

## **В. О. ПОПЕЛЮШКО**

### **Чи можливий справжній змагальний судовий розгляд в українському кримінальному процесі?**

В науці кримінального процесу відсутня єдність поглядів щодо системи змістовних складових змагального процесу. Тим не менше того, що обов'язковими його компонентами є розподіл функцій обвинувачення, захисту та вирішення справи, при рівноправності сторін по доказуванню (спростуванню) її фактичних обставин не заперечується ніким. З цих позицій наш вітчизняний процес не є змагальним. В законі він виписаний по типу так званого змішаного, розшуково (досудове слідство)-змагального (судовий розгляд), хоча деякі елементи змагальності мають місце і на досудовому слідстві. Та й у проекті нового КПК змагальність проголошується лише як одна із засад розгляду справ у судах (ст. 29 проекту КПК).

Практика засвідчила, про що зазначається й в літературі, - з часу закріплення рівності прав сторін у судовому розгляді (з 21 червня 2001р. – ст. 16<sup>1</sup>, 261 КПК), реальної рівноправності там досі немає [1, 11-17; 2, 97], в кримінальному процесі продовжує існувати “проблема обвинувального, а не виправдувального характеру [3, 696], а не навпаки, як дехто стверджує [4, 6; 5, 48-52].

Не можна сказати, що питання причин такого стану зі змагальністю, шляхів

її розширення та зміцнення не займають вчених процесуалістів. Ні, займають. Говориться про те, що змагальність повинна бути забезпечена не закликами до об'єктивності суддів, а послідовним удосконаленням законодавства [3, 696], пропонуються конкретні способи наповнення елементів змагальності реальним змістом в тих чи інших процесуальних ситуаціях [6, 311-319; 7, 43-44; 8, 16-17; 9, 701-702; 10, 7-9] тощо. Тут мова йтиметься лише про власне бачення проблеми, занесеної у заголовок статті.

Та чи можливий справжній змагальний судовий розгляд при теперішньому стані речей в кримінальному процесі? Очевидно, що ні, і ось чому.

По-перше, сторона обвинувачення і сторона захисту приходять у суд із різними “стартовими” можливостями. Перед судом уже лежить направлена йому прокурором кримінальна справа, яка містить цілісну систему обвинувальних доказів, процесуально “продублювати” які стороні обвинувачення в ході судового слідства як правило не складно.

Сторона ж захисту приходить у суд практично лише із знанням матеріалів справи. Тому, волею-неволею, місія сторони захисту в суді здебільшого зводиться до спростування обвинувачення та його доводів, піддання їх сумніву шляхом логічного доказування: оцінки обвинувальних доказів на належність, допустимість, достовірність, достатність для однозначного висновку тощо.

По - друге, хоча сторона захисту має право клопотати перед судом про виклик нових свідків і експертів, витребування інших доказів (ст.296 КПК) суд вправі таке клопотання задовільнити, а вправі і відхилити. Більше того, таких доказів захисту, якщо вони і були під час розслідування справи, на час її

судового розгляду із різних причин може уже й не бути. Вони можуть бути безповоротно втрачені в силу об'єктивних їх властивостей. А як свідчить практика, нерідко виправдувальні докази приховуються чи навіть навмисно знищуються оперативними підрозділами правоохоронних органів та слідчими. Отже і в плані доказових можливостей сторони захисту по збиранню корисних для неї доказів про обставини справи за сприянням суду небагато.

Нарешті, по-третє, не є достатньо дієвим доказовим засобом право захисника подавати суду докази (ст.261 КПК). Справа у тому, що, з однієї сторони, адвокат не уповноважений законом збирати кримінально-процесуальні докази (ст.65 ч. 13 ст. 66 КПК) та й не може мати такого повноцінного повноваження, оскільки збирання доказів пов'язане, як правило, із процесуальним примусом. А з другої - результати використання ним тих скромних повноважень на самостійну участь у доказуванні як досліджуванні у межах кримінальної справи, що передбачені п. 13 ч.1 ст. 48 КПК та ст. 6 Закону про адвокатуру, суд приймає як кримінально-процесуальні докази здебільшого лише документи чи їх копії, отримані адвокатом від громадян та юридичних осіб. А це різного роду довідки та характеристики стосовно особи підзахисного, які за змістом не пов'язані безпосередньо із самою суттю обвинувачення. Відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в інших формах, з інших джерел - речові докази, результати опитування громадян, висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, захиснику зібрати значно складніше і не лише тому, що труднощі складає сам розшук громадян та відповідних фахівців. Часто потрібні фахівці співробітники експертних спеціалізованих

установ правоохоронних органів, а з питань, пов'язаних із криміналістичними дослідженнями, виключно вони (ст. 6 Закону про судову експертизу), які із зрозумілих причин неохоче ідуть на співпрацю із адвокатами. Та й кримінально — процесуальна „легалізація” таких матеріалів захисту в суді багатоступенева: необхідність виклику та допиту опитаного чи фахівця як свідка, призначення та проведення судової експертизи тощо. Вона викликає необхідність затягування процесу. Тривалий же судовий процес не вважається позитивним показником якісної роботи суддів. Тому судді у різні способи ухиляються від поповнення матеріалів справи доказами, зібраними стороною захисту поза межами судового слідства.

Звідси, змагальність судового розгляду значно б виграла, а доказові можливості сторін якщо не урівноважилися - дещо збалансувалися за умов одноголосного законодавчого закріплення : 1) обов'язку суду по задоволенню клопотань “слабої” сторони із збирання та дослідження додаткових доказів; 2) більш широких доказових можливостей захисту на досудовому слідстві; 3) організаційно - правових гарантій реалізації стороною захисту своїх доказових повноважень.

Можливі різні варіанти (підходи) у вирішенні проблеми підвищення доказових можливостей захисту на досудових стадіях кримінального процесу.

Один із них — деформалізація цих стадій, надання сторонам рівних можливостей по збиранню доказового матеріалу в непроцесуальній формі та рівного права у наступному поданні їх суду. Цей шлях притаманний кримінальному процесу держав англо - американської правової системи. де

оперування доказами, кримінально - процесуальне доказування здійснюється виключно в суді.

Між тим така рівноправність сторін у доказуванні на досудових етапах є в значній мірі формальністю, оскільки доказові можливості поліції та сторони захисту незрівнянні. Більше того, особа та її захисник не відають, якому обвинуваченню їм протистояти в суді і які обвинувальні докази на них там чекають. Тобто, при такому процесі сторона захисту відшукує доказовий матеріал, як правило, всліпу. Одвічна вада усіх форм досудового розслідування - обвинувальний ухил, тут проявляється найвипукліше. Очевидно, такий шлях трансформації кримінального процесу Україні, державі європейсько-континентальній, не підходить. Та й взагалі “чиста” справедлива змагальність можлива лише у рівному суспільстві. Тому необхідно зберегти розшуковий в цілому характер досудового слідства із поставленням в обов’язок органам, що його здійснюють, з’ясування дійсних обставин справи (об’єктивної істини) у кожній справі. з одночасним посиленням контрольних та дозвільних повноважень суду. як це до речі, і пропонується у проекті КПК. А змагальність на цій стадії слід поглибити за рахунок розширення доказових можливостей захисту в усіх їх формах.

Оскільки адвокат здійснює свої доказові повноваження по з’ясуванню фактичних обставин справи у трьох формах: 1) шляхом заявлення клопотань про проведення слідчим слідчих дій по збиранню доказів захисту (ч.І ст. 129 КПК); 2) у формі безпосередньої участі у здійснюваних слідчим слідчих діях (п.4 ч.2 ст.48 КПК); 3) шляхом самостійного збирання відомостей про факти, що можуть

використовуватися як докази в справі з послідувачим їх поданням слідчому (п.13 ч.2 ст. 48, ч.1 ст. 66 КПК), простір для розширення доказових можливостей захисту є в усіх наведених напрямках.

Перша форма участі захисника у доказуванні в чинному КПК (ч. 1 ст. 129) більш менш виписана, оскільки формально його клопотання (як і клопотання інших учасників процесу) „про виконання слідчих дій слідчий зобов'язаний розглянути в строк не більше трьох діб і задовільнити їх, якщо обставини, про встановлення яких заявленні клопотання мають значення для справи”.

А якщо встановлення обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення вимагає невідкладного проведення слідчих дій? А якщо слідчий всупереч приписів процесуального закону відмовить у задоволенні обгрунтованого клопотання захисника? І як це, як не прикро, є нормою у роботі слідчих. Надання права на те, що скарга на відмову у задоволенні клопотання буде розглянута при попередньому розгляді справи або при розгляді справи по суті (ч. 6 ст. 234 КПК) нічого не дає, бо розгляд її судом на даних стадіях процесу буде лише констатацією факту і жодним чином не може вплинути на усунення прогалини по збиранню доказових матеріалів захисту на стадії досудового слідства. Другими словами, право на участь захисника у доказуванні шляхом заявлення клопотань про проведення слідчим слідчих дій по справжньому не гарантоване і належним чином процесуальним правом не забезпечене.

У проекті КПК передбачено запровадження інституту слідчого судді (ст.28). До його компетенції проект КПК відносить розгляд скарг на постанови про порушення провадження у кримінальній справі стосовно певної особи, на

постанови про відмову в порушенні провадження у кримінальній справі та закриття провадження, а також на відмову у прийнятті заяви чи повідомлення про злочин (ст.321-323). Вважаю, що слід підтримати пропозицію про віднесення до його відання також вирішення процесуальних суперечок між учасниками процесу, захисниками зокрема, та слідчим [1, 696], в т.ч. з питань, пов'язаних із розглядом ним клопотань про проведення слідчих дій ч метою з'ясування тих чи інших обставин справи і саме у такий спосіб зміцнити можливості захисту по своєчасному встановленню сприятливих для підзахисного обставин справи. Оскільки захисники звертаються за допомогою до слідчого шляхом заявлення клопотань про з'ясування здебільшого обставин, встановлення яких пов'язане із застосуванням процесуального примусу, вирішити розглядувану проблему в інший спосіб навряд чи можливо.

Друга форма, відома вітчизняному кримінальному процесу, майже повністю скасована Законом України від 21 червня 2001 року “Про внесення змін до кримінально - процесуального кодексу України” шляхом виключення ч. 7 ст. 48 КПК. Нині захисник вправі через слідчого задавати питання свідкові потерпілому, експертові, спеціалістові і обвинуваченому, а також клопотатися про занесення до протоколу обставин, які мають значення для справи лише при проведенні додаткових слідчих дій, при яких він присутній (ч. 4 ст. 221 КПК). В решті випадків, при основному розслідуванні справи – він “статист”. Тому право захисника “бути присутнім” при допитах, на чому наполягають фахівці [11, 7; 9, 701], повинно бути трансформовано в право “брати у них участь”.

Як свідчила практика, право захисника на активну участь у допитах та при

проведені інших слідчих дій давало подвійний ефект: безпосередній – з'ясування корисних для захисту обставини справи тут же при проведенні тієї чи іншої слідчої дії, та побічний, оскільки стимулювало захисників у заявленні клопотань про провадження потрібних захисту слідчих дій. присутність захисника при виконанні яких була і є його невід'ємним правом (п. 4 ч. 2 ст. 48 КПК).

Третя форма, яку не без підстав інколи називають адвокатським розслідуванням у справі, в законі врегульована не досить чітко та дещо протирічно і практична реалізація захисником саме цієї форми доказування із-за низки об'єктивних та суб'єктивних факторів породжує найбільше складнощів.

По-перше, в законі в одних випадках сказано, що учасники процесу (а отже і захисник) вправі подавати докази (ч. 2 ст. 66, ст. 261 КПК), що неможливе без їх збирання. В той же час правом на збирання доказів процесуальний закон наділяє лише державні органи у справах, які перебувають у їх провадженні і в порядку, визначеному КПК, тобто шляхом провадження слідчих і інших процесуальних дій (ч. 1 ст. 66 КПК), а захисника — лише правом збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК).

Оскільки існування в одному кримінальному процесі двох систем доказів, однієї - для державних органів, що здійснюють провадження у справі, другої - для інших учасників процесу не повинно бути, виходячи із законодавчого регулювання цього питання на сьогодні слід однозначно констатувати, що термін докази у ч. 2 ст.66, ст. 261 КПК вживається для ситуації, коли



фактичні дані із їх джерелами, зібрані захисником (предмети, документи, висновки фахівців тощо) отримують статус кримінально-процесуальних доказів у формі їх прийняття та долучення до справи слідчим чи судом.

Проблему небажання приймати слідчим зібрані захисником матеріали як докази можна зняти шляхом, аналогічним вирішення проблеми відхилення ним клопотань захисника про проведення слідчих дій - за посередництвом слідчого судді.

В перспективі можливий інший шлях - правова регламентація способів, порядку (форм) непримусового збирання та закріплення захисником доказового матеріалу. У такому випадку фактичні дані, які мають значення для справи, зібрані передбаченими законом способами та у визначеному законом порядку (формах) з моменту процесуального їх отримання захисником набуватимуть статусу доказів згідно із законом і для визнання їх такими розсуду слідчого (суду) не потребуватимуть. Вони долучатимуться як докази до кримінальної справи в обов'язковому порядку.

По-друге, складнощі, а звідси й низька активність захисників у використанні розглядуваної форми доказування викликані тим, що з однієї сторони, адвокати до неї психологічно не готові і у них здебільшого відсутні професійні навички по самостійному збиранню доказів, (суб'єктивний фактор), а з другої, збирання доказового матеріалу адвокатами, на відміну від збирання доказів слідчими, не забезпечене "оперативно-розшуковим" супроводом (суб'єктивний фактор).

Усунути суб'єктивний фактор і тим самим посилити змагальність на досудовому слідстві зокрема, проблема чи не із найскладніших. Справа у тому, що

зламати деформацію професійної правосвідомості адвокатів, зорієнтовану головним чином на роботу в суді, а ще більше - ефект в судових дебатах, - питання далеко не одномоментного характеру. Це процес тривалий, а для підвищення професіоналізму адвокатів по збиранні доказів, спочатку щонайменше потрібно створити адвокатуру України і на її базі відповідні навчальні та навчально - методичні заклади по професійній підготовці та перепідготовці адвокатського корпусу, тобто забезпечити професіоналізм організаційно та матеріально - технічно.

Для забезпечення ж збирання захисником доказів оперативно - розшуковими засобами можна (а скоріше необхідно) скористатися досвідом багатьох держав світу, і запровадити приватні детективні агентства (бюро).

По-третє, зміцнення, розширення змагальності на досудовому слідстві неодмінно повинно включати можливості захисника по збиранню „наукових” доказів, повноваження по використанню осіб, які володіють спеціальними знаннями.

Найкращим вирішенням цього питання було б запровадження правил про можливість призначення та проведення з того чи іншого питання двох експертиз - експертизи обвинувачення та експертизи захисту. Але, по-перше, це можливо лише у всеціло змагальному провадженні (як досудовому, так і в судових стадіях), а по-друге, в Україні це на сучасному етапі практично не реально, оскільки захист у нас повністю дистанційований від судових експертиз та експертних установ. Експертні установи є установами державними, більшість її

нах, зокрема криміналістичних, про що уже говорилося, функціонує лише в системі правоохоронних органів, експерти є співробітниками цих органів, а тому пов'язані завданнями боротьби із злочинністю і жодним чином не з захистом.

Захисник формально має право одержувати висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК). Між тим отримати такі висновки, як з огляду на викладене вище, так і на те, що експерти-професіонали не зобов'язані давати висновки на запити захисників, досить проблематично.

Фахівці з питань, що вимагають спеціальних знань, є спеціалістами з того чи іншого наукового, технічного чи іншого спеціального знання, питання пов'язані з якими потребують роз'яснення та вирішення у кримінальній справі. Враховуючи це, з метою значного розширення змагальних начал російського кримінального судочинства, Федеральним законом від 4 липня 2003 р. в КПК РФ запроваджено нові види доказів - висновок і показання спеціаліста (п. 3 ч. 2 ст. 74). Висновок спеціаліста згідно з цим нововведенням, - “надане в письмовому вигляді судження з питань, поставлених перед спеціалістом сторонами”, а показання спеціаліста — “відомості, повідомлені ним на допиті про обставини, що вимагають спеціальних знань, а також роз'яснення своєї думки”, сформованих ним при залученні його до збирання доказів захисником, слідчим чи судом за клопотанням сторін (ч. 2, 3 ст. 80 КПК РФ). Не бачу перешкод для використання вказаного російського досвіду законодавцем України та втілення його у новому КПК.

Отже так, або приблизно так концептуально, можна було б наповнити

рівноправність сторін судового розгляду реальним змістом, а відтак говорити про змагальність вітчизняного кримінального судочинства без суттєвих застережень.

### Література.

1.Фріс П.Л., Малєєв А.Ю. Питання реформування кримінально-процесуального законодавства України та забезпечення рівності учасників кримінального процесу // Адвокат. – 2002. - № 1.

2.Гончаренко С.В. Тактичні аспекти забезпечення змагальності на досудовому слідстві // Доповіді учасників міжнародної науково-практичної конференції “Тактика, методика, етика захисту та представництва” – К.: Академія адвокатури України, 2003.

3.Грошевий Ю. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність // Вісник Академії правових наук України. – 2003. - №2 (33) - №3 (34).

4.Петро Коляда. Ситуація “із захистом” // Юридичний вісник України, 15-21 березня 2003р.

5.Півненко В.П., Мірошніченко Є.О. Впровадження конституційних принципів змагальності та рівності сторін на стадії досудового слідства: проблеми і шляхи їх вирішення // Вісник Верховного Суду України. - 2003. - № 2(36).

6.Михайленко А.Р. Расследование преступлений: законность и обеспечение прав граждан. Научно-практическое издание. – К.: Юринком Интер, 1999.

7.Письменний Д.П. Реалізація функції захисту у чинному Кримінально-процесуальному кодексі України // Доповіді учасників міжнародної конференції “Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві”. – К.: Академія адвокатури України, 2002.

8.А.М.Бірюкова. Деякі питання участі захисника при попередньому розгляді справи // Адвокат. – 2003. - № 5.

9.Гончаренко В. Деякі зауваження у зв’язку з прийняттям нового

Кримінально-процесуального кодексу України // Вісник Академії правових наук України. – 2003. - № 2(33) – 3(34).

10. Ярослав Зейкан. Чи потрібен адвокат на початку слідства // Реформирование адвокатуры Украины: актуальные вопросы (круглый стол). – Киев, 17 марта 2004.

11. Варфоломеева Тетяна. У тенетах реформи // Юридичний вісник України. – 2002, 7-13 вересня. - № 36.