

Попелюшко В.О. Favor defensionis / В.О. Попелюшко // Актуальні питання реформування правової системи України: зб. наук. ст. за матеріалами VIII Міжнародної науково-практичної конференції, Луцьк, 17-19 червня 2011 р. / Уклад.: З.В. Журавська, Т.Д. Климчук, Н.М. Коритнюк, С.С. Савич., - Луцьк: Волинська обласна друкарня, 2011. - 376 с. [С. 307-309].

## FAVOR DEFENSIONIS

В.О. Попелюшко

*В статті розглядаються правила сприяння захисту, що засновані на принципі презумпції невинуватості.*

*Ключові слова: правила сприяння захисту, презумпція невинуватості.*

Змагальність в кримінальному судочинстві істотно відрізняється від змагальності інших його видів головним чином у тому, що тут формальна (юридична) рівність сторін далеко не дорівнює їх рівноправності. При провадженні у кримінальних справах сторона обвинувачення (окрім справ приватного обвинувачення) наділена владними повноваженнями процесуального примусу, в тому числі у формі проведення слідчих та інших процесуальних дій з метою отримання доказів, якими принципово не дано володіти стороні захисту. З метою не те що урівноваження, а як-би можливого пом'якшення, заповнення такої нерівноправності сторін обвинувачення і захисту для справедливого змагання, закон і теорія процесу надає стороні захисту низку процесуально-правових переваг, які отримали у римському праві назву favor defensionis (сприяння захисту). Нині їх називають “перевагами захисту” (О.В. Смірнов), “виключними правами захисту” (К.Б. Калиновський), “правилами сприяння захисту” (І.Б. Михайловська) тощо.

Ці правила, основані на принципі презумпції невинуватості, вперше законодавчо закріплені у ст. 9 французької Декларації прав людини і громадянина (1789 р.), були французами ж і реалізовані. Так, згідно прийнятого у 1808 р. Кодексу кримінального розслідування Франції (Code

d'instruction criminelle) тягар доказування покладался на прокурора і на цивільного позивача. Вони повинні були доказати наявність злочину і майнової шкоди, а також кримінальну і цивільну відповідальність підсудного. Якщо ж вони цього не докажуть, то, за напрацьованою теорією кримінального права та процесу доктриною, сприйнятою практикою, – обвинуваченому сприяє презумпція невинуватості. Вона відпадає лише при доказаності вини підсудного.

Розширеним же проявом презумпції невинуватості стала доктринальна вимога, щоби усякі сумніви тлумачились на користь обвинуваченого (*in dubio pro res*), навіть тоді, коли вона не отримує закінченого вираження в законодавстві. З цієї вимоги було вироблено ряд висновків, суттєвих для судової практики, зокрема:

1. Якщо обвинувачений здійснив замах і вчинені ним дії можуть бути початком різних злочинів, суд повинен вважати, що замах був здійснений на більш легкий злочин.

2. Оскільки винуватість передбачає не тільки вчинення діяння, передбаченого кримінальним законом, але і вину (умисел або необережність) на стороні особи, яка здійснила його, то для визнання особи винною, за загальним правилом, повинно бути доказано, що вона діяла навмисно або необережно.

3. При засудженні судом першої інстанції засуджений може залишатися на волі до вирішення його апеляційної та касаційної скарг, оскільки останні призупиняють обвинувальний вирок (ч. 2 ст. 203, ч. 4 ст. 373 КПК).

4. При підрахунку бюлетнів, поданих за виправдання і за засудження, незаповнені і нерозбірливі бюлетні вважаються сприятливими для обвинуваченого (Закон від 13 травня 1836 р.).

5. Рівність голосів присяжних за виправдання і за засудження тягне виправдання підсудного (ст.ст. 347 і 350 КПК).

6. Ассизний суд має право призупинити обвинувальний вердикт присяжних і направити справу на новий розгляд, якщо він визнає, що жюрі

прийняло помилкове рішення (ст. ст. 350 і 352 КПК). Суд не має такого права у випадку винесення присяжними помилкового виправдувального вердикту.

7. Доля засудженого не може бути погіршена, якщо вирок оскаржений в апеляційному чи касаційному порядку тільки ним. Крім того, у випадку виправдання обвинуваченого в ассизному суді касаційний протест прокурора також не може погіршити долі виправданого. Протест цей приноситься тільки "в інтересах закону". У випадку скасування касаційним судом виправдувального вироку відповідне рішення може мати значення лише для майбутньої діяльності ассизних судів в подібних випадках, але не тягне за собою нового розгляду справи обвинуваченого, виправданого вердиктом присяжних.

8. Не допускається відновлення справи (*la révision*) стосовно виправданого, якщо нововиявлені обставини доказують помилковість виправдання.

9. В силу правила про презумпцію невинуватості підсудний, який обмежується запереченням факту злочину або своєї вини, не зобов'язаний пред'являти ніяких доказів.

10. Вважається, що якщо обвинувачений робить посилання на обставини, які встановлюють відсутність протиправності діяння, він не зобов'язаний доказувати і їх. На прокуророві лежить обов'язок доказати і наявність злочину, і наявність вини. Тому він зобов'язаний доказати і відсутність обставин, що виключають відповідальність підсудного.

Вітчизняне кримінально-процесуальне законодавство до таких прав-переваг сторони захисту, яких немає у сторони обвинувачення, відносить, щонайменше:

1. Формулу принципу презумпції невинуватості в цілому: "Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду" (ч. 1 ст. 62 Конституції);

2. Привілії проти самообвинувачення (*accusare emo se debet, nisi coram Deo* (лат.) – ніхто не зобов'язаний обвинувачувати самого себе, хіба-що тільки перед Богом): “Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинність у вчиненні злочину” (ч. 2 ст. 62 Конституції), та “Особа не несе відповідальності за відмову давати показання проти себе ...” (ч. 1 ст. 63 Конституції);

3. Правило про тлумачення сумнівів на користь обвинуваченого: “Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь” (речення друге ч. 3 ст. 62 Конституції);

4. Правила-права інституту диспозитивності, як способи вирішення конфлікту з кримінальним законом: а) на примирення обвинуваченого з потерпілим у справах, що порушуються не інакше як за скаргою потерпілого, крім випадків, передбачених ч. 2, 4 і 5 ст. 27 КПК (п. 6 ч. 1 ст. 6 КПК); б) на закриття кримінальної справи на підставі Закону про амністію (ч. 4 ст. 6 КПК); в) на закриття кримінальної справи публічного обвинувачення та звільнення від кримінальної відповідальності (ч. 3 ст. 7<sup>1</sup>; ст. 7<sup>2</sup> КПК – 45 КК; ст. 8 КПК – 46 КК; ст. 11<sup>1</sup> КПК – 49 КК);

5. Правила-права процесуальної диспозитивності: а) на надання кваліфікованого захисту обвинуваченому при відсутності коштів і з інших об'єктивних причин (п. 2 ч. 4 ст. 47 КПК); б) на конфіденційне побачення з захисником до першого допиту, а після першого допиту – без обмеження їх кількості та тривалості (п. 1 ч. 2 ст. 48 КПК); в) на ознайомлення з усіма матеріалами закінченої розслідуванням справи до судового розгляду (ст. 218 КПК) без розкриття стороні обвинувачення “своїх доказів”; г) на ознайомлення з матеріалами закінченої розслідуванням кримінальної справи без обмеження, за загальним правилом, в часі (ч. 5 ст. 218 КПК); д) на давання показань по суті справи в кожний момент судового слідства або відмову давати показання і відповідати на запитання (п. 5 ст. 263 КПК); е) на допит свідків (потерпілих) після сторони обвинувачення (ч. 3 ст. 303 (ст. 308) КПК); є) на виступ в судових дебатах після виступу сторони обвинувачення

(ч. 2 ст. 318 КПК); ж) на останню репліку (ч. 5 ст. 318 КПК); з) на останнє слово (ст. 319 КПК).

6. Правила заборони “повороту на гірше” (ч. 2 і 3 ст. 375, ч. 1 ст. 397 КПК);

7. Правила щодо стабільності виправдувального вироку (ч. 2 ст. 367, ч. 3 ст. 397, ч. 1 ст. 400<sup>б</sup> КПК);

8. Правила щодо універсальності захисту, зокрема, про можливість збирання адвокатом-захисником доказів (п. 12 ч. 2 ст. 48, ст. 6 Закону про адвокатуру), коли збирання доказів державним органом, у провадженні якого перебуває справа, заборонене (при зупиненні справи, в період часу переходу справи від одного органу до іншого, з однієї стадії в наступну, на стадії попереднього розгляду справи суддею тощо);

9. Правила “асиметрії” (О.М. Ларін) при оцінці доказів на допустимість.

На відміну від решти вищенаведених правил сприяння захисту, асиметрія правил допустимості доказів не знайшла прямого вираження в процесуальному законі. Більше того, в чинному КПК України на відміну, наприклад, від КПК РФ (ст. 75), відсутня норма, яка б регламентувала правила визнання доказів недопустимими. Отже, на сьогодні це – таланти кримінально-процесуальної теорії.

В російській процесуальній науці (а в державах, де поняття, види доказів, процедура їх збирання чітко не формалізовані, а їх оцінка зводиться головним чином до визнання належності та достовірності, така проблема не стоїть) правило *favor defensionis* обґрунтовується тим, щоби попередити незаконне засудження особи, а не необґрунтоване виправдання. І саме істотна відмінність в засобах, якими наділена сторона обвинувачення та сторона захисту з досягнення поставлених перед ними завдань при провадженні у кримінальній справі, вимагає використання неоднакових критеріїв для оцінки зібраних ними доказів на предмет допустимості. Бо несправедливо позбавляти сторону захисту права використовувати для

обґрунтування своєї позиції відомостей, отриманих слідчим з порушенням закону, оскільки в такому випадку відповідальність за процесуальні порушення, допущені державним органом при збиранні доказів, по суті перекладатиметься на обвинуваченого. В той же час використання виправдувальних доказів, отриманих хоча й з порушенням процесуальної форми, якщо такі порушення тягнуть за собою менш тяжкі наслідки, аніж використання їх для обґрунтування винуватості особи (засудження невинуватого), є своєрідною крайньою необхідністю в кримінальному процесі, основою на пріоритетності інтересів особи над інтересами держави (М.М. Кіпніс, В.В. Іщенко, І.Л. Петрухін та ін.).

Російськими процесуалістами запропоновані й самі правила асиметрії оцінки доказів на допустимість та межі їх застосування. До допустимих доказів сторони захисту, наприклад, відносять:

- зібрані захисником в непроцесуальній формі і приєднані до матеріалів справи як належні, хоча й не передбачені законом;
- зібрані державними органами, що здійснюють провадження у справі, з порушенням норм кримінально-процесуального закону, проте свідчать на користь обвинуваченого (М.М. Кіпніс, І.Б. Михайловська).

Базовим правовим положенням для наукового напрацювання правил сприяння захисту у вітчизняному кримінальному судочинстві є серцевинний структурний елемент конституційного припису презумпції невинуватості – “Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь” (речення друге ч. 63 Конституції). Отже, справа за наукою та, в перспективі, за законодавцем.