

**РОЛЬ ЗАХИСНИКА-АДВОКАТА У ДОКАЗУВАННІ
ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ****THE ROLE OF DEFENDER-LAWYER
IN THE PROOF DURING CRIMINAL PROCEEDINGS****Черненко А.П.,***кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри права
Дніпропетровського університету імені Альфреда Нобеля***Шиян А.Г.,***старший викладач
Дніпропетровського гуманітарного університету*

У статті досліджено роль захисника-адвоката у доказуванні під час кримінального провадження, зроблено висновок про те, що захисник-адвокат повинен мати право збирати докази через підпорядковані йому оперативні підрозділи.

Ключові слова: кримінальне провадження, доказування, захисник-адвокат, оперативні підрозділи.

В статье исследована роль защитника-адвоката в доказывании в ходе уголовного производства, сделан вывод о том, что защитник-адвокат должен иметь право собирать доказательства через подчиненные ему оперативные подразделения.

Ключевые слова: уголовное производство, доказывание, защитник-адвокат, оперативные подразделения.

The paper investigated the role of the defense lawyer of proof in criminal proceedings, concluded that a defense lawyer should have the right to collect evidence through a subordinate operational units.

Key words: criminal procedure, evidence, defense lawyer, operational units.

Постановка проблеми. Доказування, на думку багатьох учених, являє собою стрижень, душу або суть чи основу кримінального провадження. Певна річ, важко собі уявити кримінальне провадження без доказування. Доказування є дуже важливим питанням для кримінальної процесуальної діяльності, але не менш важливим для цього роду діяльності є питання: а хто ж та у яких формах здійснює таке доказування?

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Питання доказування під час кримінального провадження були предметом наукових досліджень низки вчених. Серед них: Ю.П. Аленін, А.І. Винберг, В.Г. Гончаренко, Ю.М. Грошевський, В.П. Гмирко, В.Я. Дорохов, А.Я. Дубинський, В.С. Зеленецький, О.В. Капліна, Л.М. Карнєєва, Є.Г. Коваленко, І.І. Котюк, Л.М. Лобойко, В.З. Лукашевич, П.А. Лупинська, В.Т. Маляренко, О.Р. Михайленко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, І.Л. Петрухін, М.А. Погорєцький, В.О. Попелюшко, О.Р. Раїнов, М.В. Салтєвський, С.М. Стахівський, М.С. Строгович, В.М. Тертишник, В.Т. Томін, Л.Т. Ульянова, Ф.Н. Фаткуллін, М.Є. Шумило та багато інших дослідників. Нині Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) чинний уже понад 3 роки, ми вже маємо практику його застосування, тому і виникла необхідність провести аналіз його норм, що регламентують процесу доказування. Актуальними для дослідження є питання участі у цій діяльності захисника-адвоката або його ролі у доказуванні під час кримінального провадження.

Метою дослідження є з'ясувати роль захисника-адвоката у доказуванні під час кримінального провадження. Завдання:

- проаналізувати норми Кримінально-процесуального кодексу України, що діяв з 1960 року (далі – КПК 1960 року), та чинного КПК України, що входять до інституту доказового права;

- порівняти роль захисника-адвоката у доказуванні під час кримінального провадження, що належала йому за КПК 1960 року, та чинного КПК України;

- з'ясувати прогалини у регламентації ролі захисника-адвоката у доказуванні під час кримінального провадження у нормах чинного КПК України;

- за необхідності висловити пропозиції щодо удосконалення норм чинного КПК України, що регламентують питання участі захисника-адвоката у доказуванні під час кримінального провадження.

Виклад основного матеріалу. На нашу думку, для успішного вирішення питання про з'ясування ролі захисника-адвоката у доказуванні під час кримінального провадження варто вивчити це питання в історичному плані. Але спочатку варто визначитися, чи властиве доказування для захисника-адвоката взагалі. Треба сказати, що це питання цікавить й інших правників, воно обговорюється на сторінках багатьох періодичних видань. Зокрема, воно є предметом обговорення на сторінках щотижневої інформаційно-правової газети «Правовий тиждень», де зазначається, що участь захисника в кримінально-процесуальній діяльності без наділення його можливості брати участь у розслідуванні стає безпредметною. Висновок: участь у доказуванні є необхідністю для захисника.

Основою доказової діяльності є принцип змагальності, який полягає в тому, що функції обвинувачення, захисту і вирішення кримінальної справи відокремлені одна від одної і не можуть покладатися на один і той самий орган чи посадову особу. Тобто кожна із сторін самостійно, виходячи із власного внутрішнього переконання, на основі наданих сторонам процесуальних повноважень здійснює доказову діяльність [1].

Ми повною мірою погоджуємося з таким висновком і також вважаємо, що сторона захисту повинна мати певні повноваження у доказуванні.

Правоохоронна система, не маючи конкурента у встановленні істини, інколи сама стає небезпечною.

З публікацій відомі жакливі випадки тортур працівниками міліції. Сподіваємося, що такого ганебного явища не буде у нещодавно створеній українській поліції. Наведемо декілька фактів того, чого ми б не хотіли бачити у діяльності поліції, але, на жаль, вони мали місце в міліції. Так,

газета «Сегодня» наводить приклади тортур з боку міліціонерів у чисельних справах так званого положівського маніяка Ткача, котрий за 54 вбивства та зґвалтування отримав не один термін довічного ув'язнення.

За факти незаконного розслідування колишні полковники міліції Іван Ващенко та Ігор Стаценко, а також підполковник міліції Микола Глеба засуджені до 5 років ув'язнення з випробувальним терміном у 3 роки [2].

За іншими даними правозахисників, 34-річний харків'янин В'ячеслав Білоусов був визнаний Європейським судом з прав людини жертвою катувань. Чоловіка тортурами змусили зізнатися в сексуальному насильстві щодо двох неповнолітніх дівчат.

Більше того, мати однієї з дівчат відкликала заяву, адже визнала, що правоохоронці силою примусили і її доньку свідчити проти Білоусова [3].

Схожі факти наведено у [4; 5].

Описані в цих публікаціях факти переконують у необхідності участі захисника-адвоката у доказуванні. Якби ці люди разом із своїми захисниками мали реальну можливість проводити своє досудове розслідування, то такого беззаконня можна було б уникнути.

Далі перейдемо до розгляду питання щодо повноважень захисника-адвоката в історичному плані.

На сторінках інформаційно-правової газети «Правовий тиждень» констатується, що КПК 1960 року хоча і допускав участь захисника-адвоката у доказуванні, разом з тим не називав його серед суб'єктів доказування, тому його робота не мала наслідком збирання доказів. Більше того, цікавою є думка автора про те, що така робота захисника-адвоката і не може бути результативною, бо є «однобокою», тому що адвокат виявляє обставини, тобто збирає докази в інтересах свого підзахисного [1].

О.В. Сурдукова також ставить під сумнів можливість збирання доказів захисником-адвокатом за нормами КПК 1960 року [6, с. 97].

Ми повністю погоджуємося із твердженнями авторів, що захисник-адвокат дійсно був обмежений у доказуванні. Та й його «однобокість» у доказуванні була проблемою, коли він «натрапляє» на обвинувальні докази. У разі їх приєднання до провадження захисник буде діяти проти свого підзахисного, що робити йому заборонено адвокатською етикою та й законом. А у тому разі, коли захисник знищить такі докази, він порушить закон. Тому ми й наполягаємо на тому, щоб захисник-адвокат не сам збирав докази, а робив це через державні органи – оперативні підрозділи, які можуть передавати зібрані ними виправдальні докази захисникові, у разі отримання обвинувальних доказів вони направлять їх слідчому чи прокурору, які здійснюють таке провадження.

Висловлені нами пропозиції узгоджуються з висновками представників сторони захисту. Так, Д.П. Чумак також вважає, що: «Зібрані адвокатом докази можуть бути представлені як органам слідства, так і до суду» [7].

Говорячи про збирання доказів захисником-адвокатом через оперативні підрозділи, треба уточнити роль захисника-адвоката у такій роботі, ця мета і ставилася у цій роботі. На нашу думку, роль захисника-адвоката повинна більше зводитися до розумової діяльності, а не практичної. Практичну роботу із збирання доказів належить виконувати оперативним підрозділам, а захисник-адвокат повинен більше займатися плануванням такої роботи. Зрозуміло, працівники оперативного підрозділу не повинні бути сліпими виконавцями вказівок захисника-адвоката, виконуючи його доручення, вони також можуть висловлювати свої думки щодо планування такого, по суті адвокатського розслідування, але це в основному робота захисника. Він певним чином повинен бути обережним, щоб не нашкодити своєму підзахисному, тому може узгоджувати такі плани із підзахисним. Саме така побудова доказування на досудовому слідстві, може захистити

людину від необґрунтованого обвинувачення та й дасть йому реальну можливість охороняти свої права. Не буде вона шкідливою і для слідчого чи прокурора, тобто представників сторони обвинувачення, бо стане пересторогою для них від помилкового звинувачення невинуватої особи. Думаємо, що саме у цьому разі й можна говорити про дійсну змагальність на стадії досудового розслідування та сподіватися на справедливе вирішення справи. Більш конкретно про роль оперативних підрозділів у доказуванні ми говорили в окремій роботі [8, с. 346].

Хочемо звернути увагу і на таку негативну обставину. Сторона захисту за відсутності можливості збирати докази нерідко звертається до не зовсім законних методів захисту, надаючи суду недостовірні дані.

Саме на такий аспект адвокатського розслідування звертається увага у газеті «Правовий тиждень». За твердженням автора публікації, завідомо неправдивих доказів адвокат не має права пред'являти в жодному разі. Але якщо про сумнівний доказ неможливо сказати категорично, тоді адвокат може і зобов'язаний пред'явити такий доказ і слідству, і суду. Адже якщо не встановлено, що цей доказ достовірний, то не встановлено і те, що він не достовірний. Тобто допоки сумнівний доказ не перевірений, його не можна виключати, позаяк неспростований сумнів тлумачиться на користь обвинуваченого. Дискусійним автор бачить питання про те, чи може захисник доводити невинуватість підзахисного шляхом повідомлення слідчому інформації про причетність іншої особи до вчинення злочину. Проте, на думку автора, якщо така інформація дозволяє припинити кримінальне переслідування стосовно підзахисного, захисник має право неофіційно (без контакту з оперативними працівниками) повідомити, що діяння було вчинене іншою особою [1].

На наш погляд, таке твердження автора щодо можливості використання неперевіреного чи то недостовірного доказу, у нього самого викликає справедливі сумніви та й виглядає як щось не якісне, що може викликати недовіру до всіх дій захисника-адвоката, у тому числі й до тих його дій, котрі мають цілком достовірні та перевірені докази. Думаємо, є помилкою рішення захисника використовувати неперевірені чи то сумнівні докази, бо вони обов'язково будуть піддані перевірці і можуть нашкодити стороні захисту, у разі коли під час перевірки вони отримають інший від бажаного захисником зміст. Щонайменше суд під час їх оцінки може просто визнати недопустимими в силу вимог ст.ст. 86-89 КПК України. Щоб усунути такі проблеми, знову ж таки буде правильно дати можливість проводити так зване адвокатське розслідування через оперативні підрозділи, які своїми засобами та можливостями зможуть забезпечити захисника вже перевіреними і достовірними доказами, чим збережуть його добре ім'я та довіру до нього і до результатів його діяльності.

Висновки автора щодо можливості використання стороною захисту доказу, що викриває іншу людину у вчиненні кримінального правопорушення і виправдовує підзахисного, цілком відповідають адвокатському розслідуванню через оперативні підрозділи, адже воно, як і досудове розслідування, спрямоване не лише на захист особи, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування, а й установлення істини або дійсних обставин, що є предметом розслідування. Окрім того, така особливість є ще одним аргументом на користь необхідності використання оперативних підрозділів у адвокатському розслідуванні, бо за нашою пропозицією захисник сам докази не збирає, а лише доручає таку роботу працівникам оперативних підрозділів, які будуть зобов'язані надати їх захисникові для оцінки невинуватості підзахисного та слідчому для притягнення до відповідальності іншої особи. У такому разі питання про етичність дій захисника-адвоката щодо викриття іншої особи у вчиненні кримінального правопорушення буде знято.

Дещо стримано про можливість доказування з боку захисника висловлюється В.Г. Гончаренко: «Захист, як рівноправна сторона, в силу принципу диспозитивності може збирати, подавати докази, що виправдовують або пом'якшують провину підзахисного, і доводити перед судом переконливість цих доказів. В той же час своєрідність становища захисту в сенсі доказування з тих самих давньоримських часів полягає в тому, що доказувати зобов'язаний той, хто стверджує, а не той, хто заперечує, оскільки за природою речей не може бути доказів для заперечення» [9, с. 7].

Варто звернути увагу на те, що у цьому висновку вчений не заперечує необхідності існування адвокатського розслідування, а лише наголошує на тому, що захисник-адвокат має право і не зобов'язаний здійснювати доказування в силу принципу диспозитивності. Дещо радикальніше з цього питання висловлюються практикуючі адвокати. Вони наголошують на тому, що прокурори не бажають ділитися з адвокатом владою, маючи на увазі монополію на істину або доказування. На їхню думку, «... адвокат має права, які дозволяють йому тільки претендувати на рівноправ'я з прокурором, слідчим, особою, котра проводить дізнання, одночасно усвідомлюючи, що реального такого рівноправ'я немає. Цю владу слідчим і прокурором надав законодавець, і ділити її вони ні з ким не збираються. Більше того, маленький крок закону до змагальності досудового слідства стурбував деяких прокурорів і слідчих тим, що недобросовісні адвокати намагалися прирівняти свої повноваження до повноважень слідчого. Однак автори чомусь забувають, що є недобросовісні слідчі» [1].

Ми вважаємо, що практика адвокатської діяльності та факти, наведені нами вище, свідчать про те, що непорядні люди, на жаль, є й серед прокурорів і слідчих, але, на щастя, їх усе ж мало. Сподіваємося, що такі ганебні явища залишаться в історії і не матимуть місця в діяльності поліції та оновленій прокуратурі.

Завершивши розгляд історичного аспекту, варто проаналізувати і новий КПК України. Одразу зауважимо, що ситуація з прийняттям чинного КПК України, у питаннях, що розглядаються, дещо змінилася.

З приводу цього О.Ю. Лань зауважує, що за новим КПК України захисник набув низку повноважень, яких раніше не мав. Однак нині принцип змагальності сторін обвинувачення та захисту в ході досудового розслідування нерідко сприймається як декларація та повною мірою захисниками не реалізується через недосконалість положень законодавства, які унеможливають реалізацію прав захисника щодо збирання доказів у повному обсязі. Наприклад, у ст. 93 КПК України передбачено, що сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом витребування копій документів, однак суди, відповідно до ст. 99 КПК України, зазвичай не визнають копії документів процесуальним джерелом доказів. Ще однією проблемою є отримання захисником тимчасового доступу до речей і документів, які не були оглянуті стороною обвинувачення, і це може призвести до втрати доказів, що мали б значення для встановлення винуватості особи, тому що сторона захисту нерідко їх не зберігає. На думку вченого, потребує врегулювання і порядок отримання захисником документів та предметів (які знаходяться в розпорядженні слідчого), необхідних для проведення експертизи у разі самостійного залучення експертів на договірних умовах. Відповідно до ч. 8 ст. 95 КПК України, сторона захисту має право отримувати від осіб за їх згодою пояснення, але вони не вважаються джерелом доказів [10, с. 404-405].

Наведені автором прогалини чинного КПК України, на наш погляд, якраз і можуть бути заповнені через запровадження, запропонованого нами адвокатського розслідування за участі оперативних підрозділів на боці сторони захисту. Тут варто наголосити на тому, що запропоновані

нами пропозиції у своєрідній формі вже реалізовані у зарубіжній практиці, зокрема у США.

Порівнюючи роль вітчизняного та зарубіжного захисника у збиранні доказів, Н. Обрізан зазначає, що у США результати поліцейських дій прирівнюються до результатів діяльності захисників по збору відомостей. Адвокати збирають докази, використовуючи допомогу слідчих захисту, які входять до складу Федерального управління захисників. Для виявлення джерел доказів адвокати вдаються до допомоги приватних детективів, котрі у США мають широкі повноваження в збиранні необхідної інформації – спостереження, опитування потерпілих і свідків, проведення обшуків і виїмок тощо [11, с. 103].

З наведеного можна дійти висновку про те, що наша пропозиція щодо запровадження у вітчизняний кримінальний процес інституту адвокатського розслідування через залучення до нього оперативних підрозділів, котрі повинні діяти під керівництвом захисника-адвоката, цілком узгоджується із позитивним зарубіжним досвідом і здатна реалізувати конституційну вимогу щодо дійсного забезпечення прав учасників кримінального провадження і створити передумови визнання такого провадження ефективним з фактичним запровадженням принципу змагальності на досудових стадіях кримінального провадження.

Розгляд даного питання буде неповним без дослідження такої категорії, як компетентність захисника-адвоката, наявності у нього спеціальних знань у всіх сферах правовідносин і особливо у специфічних. Практиці відомі випадки певної спеціалізації захисників-адвокатів, зокрема у справах про дорожньо-транспортні події, про порушення податкового, митного законодавства тощо. Окрім того, вчені виділяють ще два критерії можливої спеціалізації захисників-адвокатів: щодо військових злочинів, яких в Україні з початком антитерористичної операції на Сході країни значно побільшало, а також щодо проваджень, що містять державну таємницю.

Щодо цього аспекту адвокатської діяльності Т.Г. Каткова зазначає, що положення про військових адвокатів є розумним та може бути запозичене з китайського законодавства. Робота адвоката у військових справах пов'язана з певною специфікою: по-перше, зі збереженням військової таємниці; по-друге, з регулюванням проходження військової служби статутами Збройних Сил України; по-третє, територіальною відокремленістю військових частин та воєнних об'єктів» [12, с. 26].

На наш погляд, пропозиція вченої є дійсно слушною, тому було б доцільним створення спеціальних адвокатських об'єднань, у яких би працювали спеціально підготовлені адвокати з відповідними допусками до державної, у тому числі й військової, таємниці. Значною мірою сприятиме вирішенню даної проблеми запровадження нашої пропозиції щодо адвокатського розслідування через оперативні підрозділи, які є державними органами й отримати допуск до державної таємниці їм значно легше та і слугуватиме обмеженню в поширенні державної таємниці, бо зменшить коло осіб, котрі мають допуск до державної таємниці. Окрім того, оперативні підрозділи укомплектовані спеціально підготовленими співробітниками та мають спеціальне обладнання, а головне, вони (оперативні підрозділи) матимуть усі засоби і методи такого адвокатського розслідування, що і дозволить повною мірою забезпечити права всіх учасників кримінального провадження, а головне – з боку сторони захисту. Зрозуміло, тільки оперативні підрозділи, діючи з боку сторони захисту, у таких делікатних провадженнях зможуть проникнути у будь-яку сферу державної таємниці, повною мірою розслідувати такі обставини, а вже отримані результати – надавати захисникові-адвокату дозвано і значно зменшити обізнаність, скажемо, підозрюваного і при цьому повною мірою захистити його права.

Висновки: 1) захисники-адвокати повинні бути наділені реальним правом збирати докази, бо правоохоронна система, не маючи конкурента у встановленні істини, інколи сама стає небезпечною, що підтверджують непоодинокі факти, коли правоохоронці припускаються до вимагання зізнання від осіб, котрі часто є невинуватими у вчиненні злочинів;

2) роль захисника-адвоката у убиранні доказів повинна більше зводитися до розумової діяльності (планування, оцінка результатів тощо), а практичну роботу зі збирання доказів належить виконувати оперативним підрозділам, які повинні бути підпорядковані лише цим захисникам і незалежними від сторони обвинувачення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Правовий тиждень. Збирання доказів та адвокатське розслідування [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=120490>.
2. Маньяк Ткач больше не признается и ждет четвертого пожизненного приговора [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://incidents.com.ua/ua/16144.html>.
3. Європейський суд не повірив міліціонерам, що чоловік сам себе побив [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1383824839>.
4. Україна програла в Європейському суді чергову справу про катування [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1383217998>.
5. Правоохоронці продовжують вибивати зізнання [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1331032219>.
6. Сурдукова О.В. Адвокатське розслідування як інститут кримінально-процесуального права // Вісник Академії адвокатури України. – 2005. – № 4. – С. 97-103.
7. Чумак Д.П. Адвокатське розслідування [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.chumak.vn.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=148&Itemid=60&lang=uk.
8. Черненко А.П. Роль оперативних підрозділів у доказуванні під час кримінального провадження // Докази і доказування за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (до 75-річчя з дня народження доктора юридичних наук, професора Михайла Макаровича Михеєнка) : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 6-7 грудня 2012 р., м. Київ. – Х. : Видавець Строков Д.В., 2013. – С. 343-347.
9. Гончаренко В.Г. Опис prodandi в контексті процесуальних функцій і етики спілкування // Вісник Академії прокуратури України. – 2005. – № 4. – С. 5-9.
10. Лань О.Ю. Захисник – суб'єкт доказування у кримінальному провадженні // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 4. – С. 400-407.
11. Обрізан Н. Роль захисника в збиранні доказів у кримінальному процесі України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз // Право України. – 2005. – № 7. – С. 100-104.
12. Каткова Т.Г. Порівняльно-правовий аналіз законодавства про адвокатуру України та КНР // Вісник ХНУВС. – 2013. – № 4(63). – С. 22-28.