

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

СОЛОВЙОВ ВЯЧЕСЛАВ ОЛЕКСАНДРОВИЧ

УДК 343.121.4 (477)

ДИСЕРТАЦІЯ

**ЗАХИСНИК ЯК СУБ'ЄКТ ДОКАЗУВАННЯ ПРИ ОБРАННІ, ЗМІНІ,
СКАСУВАННІ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО
ПРОВАДЖЕННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ**

081 – право

Подається на здобуття ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

 В.О. Соловйов

Науковий керівник –

Аленін Юрій Павлович, доктор
юридичних наук, професор,
професор кафедри, заслужений
юрист України, член-кореспондент
Національної академії правових наук
України

Одеса – 2021

АНОТАЦІЯ

Соловійов В. О. Захисник як суб'єкт доказування при обранні, зміні, скасуванні заходів забезпечення кримінального провадження слідчим суддею. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 – Право. – Національний університет «Одеська юридична академія», Одеса, 2021.

Дисертація є першим у вітчизняній науці спеціальним комплексним дослідженням кримінального процесуального доказування, яке здійснюється захисником при обранні, зміні, скасуванні, продовженні слідчим суддею строків заходів забезпечення кримінального провадження на основі запропонованої справедливої, змагальної процедури, що відповідає праву підозрюваного мати час та можливість для підготовки свого захисту, передбаченого п. (3) б ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року, а також принципу розумності строків, визначеному в КПК України 2012 року. На підставі дослідження, здійсненого в дисертації, вперше запропоновано: загальну концепцію участі захисника в доказуванні на досудовій стадії, диференційовану та належно вдосконалену відповідно до мети збирання доказів; авторську концепцію доказування, що здійснюється захисником у зв'язку із застосуванням до підозрюваного заходів забезпечення кримінального провадження слідчим суддею, що є складовою загальної концепції і відповідає Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року та принципам справедливості, змагальності та розумності строків кримінального провадження; розширити повноваження захисника з ініціювання застосування більшої кількості видів заходів забезпечення кримінального провадження.

У дисертації визначені основні сучасні підходи до поняття кримінального процесуального доказування, представлено його універсальну дефініцію, яка є застосовною до усіх суб'єктів кримінального провадження. Надано загальну характеристику доказування, здійснюваного стороною захисту під час досудового розслідування. Констатовано штучність змагальності процедури доказування, на підставі чого запропоновано основні напрямки впровадження змагальності в

діяльність сторони захисту, основним з яких визначено застосування правил «*favor defensionis*» до процедури збирання доказів захисником. Розглянуто статус матеріалів, що збираються стороною захисту на досудовому розслідуванні, та алгоритм формування доказів сторони захисту у досудовій стадії, на підставі чого зроблено висновок про збирання стороною захисту доказів «у чистому вигляді» на досудовому розслідуванні саме під час підготовки захисту, пов'язаного із обранням, зміною, скасуванням, продовженням строків заходів забезпечення кримінального провадження слідчим суддею. Запропоновано більш адаптовані до сучасного процесу доказування поняття доказів, класифікації доказів та процесуальних рішень. Виокремлено особливості доказування, що здійснюється під час вирішення питань про заходи забезпечення кримінального провадження слідчим суддею, головною з яких визначено спеціальну процедуру збирання доказів стороною захисту, яка має перспективу впровадження до КПК України у зв'язку із значною часовою обмеженістю процесів вирішення слідчим суддею питань про обрання, зміну, скасування, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження. Констатовано орієнтованість інституту заходів забезпечення кримінального провадження на задоволення потреб усіх учасників кримінального провадження, у зв'язку з чим необхідним визначено надання стороні захисту прав на ініціювання застосування більшої кількості видів заходів забезпечення кримінального провадження.

Виокремлено два шляхи збирання матеріалів (доказів) захисником, пов'язаного із обранням, зміною, скасуванням заходів забезпечення кримінального провадження до підозрюваного: самостійне збирання доказів та збирання доказів за допомогою слідчого судді. Встановлено неналежність врегулювання процедур, які складають самостійне збирання доказів захисником, що свідчить про неможливість реалізації стороною захисту конвенційного права мати час та можливості для підготовки свого захисту. Розглянуто проблемні моменти збирання захисником доказів способами витребування, отримання, запропоновано врегулювання відповідних процедур. Виділено нові способи збирання доказів захисником. Доведено необхідність надання захиснику права ініціювати накладення слідчим суддею арешту на майно у вигляді

речей, документів, зібраних захисником під час досудового розслідування, запропоновано відповідні процедури. Висунуто пропозиції по врегулюванню проблемних питань збирання захисником доказів шляхом самостійного залучення експерта для проведення експертизи.

Охарактеризовано збирання захисником доказів за допомогою слідчого судді. Визначено особливу важливість цієї форми для побудови справедливої, змагальної процедури збирання доказів стороною захисту. Розглянуто проблемні моменти процедур збирання захисником доказів за допомогою слідчого судді, а саме: тимчасового доступу до речей, документів (ст. ст. 159-165 КПК України); проведення обшуку на підставі ст. 166 КПК України; залучення слідчим суддею експерта для проведення експертизи, в тому числі судово-психіатричної (ст. ст. 244, 509 КПК України); відібрання зразків для експертизи (ст. 245 КПК України); проведення слідчим суддею допиту на підставі ст. 225 КПК України. В контексті діяльності захисника розглянуто недоліки інституту депонування доказів, представленого в КПК України. Виявлено відсутність врегулювання в КПК України одержання захисником дозволу на знищення, пошкодження речей, документів як об'єктів судової експертизи, запропоновано врегулювання відповідних процедур. За результатами дослідження двох шляхів збирання доказів захисником, запропоновано виділення загальної та спеціальної процедур збирання доказів стороною захисту, головними відмінностями яких є підстави застосування, строки та наявність окремих елементів відповідних процесуальних дій.

Проаналізовано порядок прийняття рішень про заходи забезпечення кримінального провадження слідчим суддею в умовах змагальності сторін, виокремлено аспекти прояву такої змагальності. Виділено два основних напрямки участі захисника в застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження слідчим суддею: ініціювання розгляду питань про їх застосування та заперечення проти їх застосування за клопотанням сторони обвинувачення, запропоновано їх загальні механізми. Окрім арешту, обґрунтовано необхідність надання захиснику додаткових прав з ініціювання застосування до відповідних осіб приводу, грошового стягнення, а також з ініціювання скасування та зміни будь-яких заходів забезпечення

кримінального провадження, застосованих до підозрюваного. Доведено необхідність застосування спеціальної процедури збирання доказів захисником у зв'язку із підготовкою захисту, пов'язаного із вирішенням слідчим суддею питань щодо заходів забезпечення кримінального провадження відносно підозрюваного, висунуто пропозиції по скороченню строків здійснення інших важливих процесуальних дій, пов'язаних із підготовкою такого захисту, особливо у зв'язку із застосуванням до підозрюваного запобіжного заходу після його затримання. Запропоновано змагальні загальні правила вирішення питань про заходи забезпечення кримінального провадження слідчим суддею, якими, серед іншого, передбачено: додаткові процесуальні гарантії захисника під час підготовки та участі у розгляді відповідних клопотань, порядок подачі сторонами письмових заперечень, право слідчого судді за клопотаннями учасників розгляду або за власною ініціативою збирати докази, необхідні для прийняття законного, обґрунтованого процесуального рішення, в тому числі шляхом доручення проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій; порядок недопущення слідчим суддею в якості доказів матеріалів, поданих учасниками або зібраних ним самим, що не є визнанням їх недопустимими доказами.

Внесені інші науково обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення кримінального процесуального законодавства України в частині регламентації основних положень запропонованої концепції доказування, здійснюваного захисником при обранні, зміні, скасуванні, продовженні строків заходів забезпечення кримінального провадження слідчим суддею, що відповідає праву підозрюваного, встановленому п. (3) б ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року, а також принципам справедливості, змагальності, розумності строків.

Ключові слова: доказування, збирання доказів, захисник, сторона захисту, заходи забезпечення кримінального провадження, запобіжні заходи, слідчий суддя, підготовка захисту, спеціальна процедура збирання доказів, строки збирання доказів, право мати час і можливості для підготовки захисту.

SUMMARY

Soloviov V. O. Defender as an actor in the process of proof for the purpose of imposition, changing and cancelling measures to ensure criminal proceedings by an investigative judge. Qualification scientific work on the rights of a manuscript.

Thesis for the Doctor of Philosophy scientific degree in the specialty 081 – Law. – National University «Odessa Law Academy», Odessa, 2021.

The thesis provides for a complex research, which is unprecedented for Ukrainian science, with a special focus on the process of proof in a criminal investigation, pursued by a defender for the purpose of choosing, changing, cancelling and prolonging measures to ensure criminal proceedings by an investigative judge in compliance with just and competition-based procedure proposed, which corresponds to a suspect's right to have time and means for preparing his/her defense according to Para. 3 (b) Art. 6 of the European Convention on Human Rights and with the principle of reasonable time as defined by Ukraine's Criminal Procedure Code. Based on the research provided for in this thesis, the author has for the first time ever developed: a general concept of the defender's role in the process of proof within the pre-trial stage, which was differentiated and duly improved for the purpose of collection of evidence; the author's concept of the process of proof undertaken by a defender in view of an investigative judge's application of measures to ensure criminal proceedings in relation to a suspect as a component of the general concept complying with the Convention and the principles of fairness, competition and reasonable time of a criminal procedure; broadening of the defender's powers to initiate application of a bigger amount of measures to ensure criminal proceedings.

The thesis determines major modern approaches towards the process of procedural proof, provides for its universal definition, which is applicable to all types of actors of criminal procedure. It provides for a general characteristic of the process of proof, undertaken by the defense. The author indicates the artificiality of the process of proof, which is used as a basis for proposing major ways to implement the principles of competition into the defense party's activities with application of «favor defensionis» rules in relation to the defense's evidence collection being one of their major components. The thesis includes consideration of the status of materials collected by the defense party during a pre-trial

investigation as well as an algorithm for developing evidence of the defense party within the pre-trial stage, which is used as a basis for a conclusion regarding the defense party's evidence collection «as it is» within the pre-trial stage, especially within the process of preparing the defense for the purpose of choosing, changing and cancelling the terms of measures to ensure criminal proceedings by an investigative judge. The author introduces definitions and classification of evidence as well as procedural decisions, which reflect on modern aspects of the process of proof. The thesis covers singling out the specifics of the process of proof, undertaken as a matter of choosing measures to ensure criminal proceedings by an investigative judge, with its main specific – special procedure for evidence collection by the defense party, which may be introduced due to significant time constraints related to the process of choosing, changing and prolonging measures to ensure criminal proceedings. It is indicated that the main purpose of the institute of measures to ensure criminal proceedings is satisfying the needs of all parties of the criminal procedure, which is used as a basis for broadening of the defense party's powers to initiate application of a bigger amount of measures to ensure criminal proceedings.

The author singles out two ways for collecting materials (evidence) by the defender, which is related to choosing, changing and cancelling measures to ensure criminal proceedings in relation to a suspect: independent evidence collection and evidence collection aided by an investigative judge. It is indicated that the procedures for independent evidence collection by the defender do not have an adequate regulation, which signals the inability of the defense party to implement its right to have time and means for preparing his/her defense in accordance with the Convention. Thesis covers problematic issues related to evidence collection by the defender via requesting and obtaining access, and introduces ways to determine the respective procedures. The author provides for new ways of evidence collection by the defender. It is proved that the defender requires to be granted with the right to seize assets collected by it within a pre-trial investigation; the respective procedures are proposed. The author proposes ways to resolve problematic issues related to evidence collection by a defender via independent appointment of experts for conducting examinations.

The author provides characteristics for the defender's evidence collection aided by an investigative judge. He emphasizes on a special importance of this instrument for building up a just, competition-based procedure for evidence collection by the defense party. The thesis considers the problematic issues related to the procedures for the defender's evidence collection aided by an investigative judge, namely: temporary access to items and documents (Art. 159-165 of the CPC of Ukraine); search according to Art. 166 of the CPC of Ukraine; appointment of experts an investigative judge for conducting examinations, including forensic psychiatric examinations (Art. 244, 509 of the CPC of Ukraine); collecting samples for examination (Art. 245 of the CPC of Ukraine); interrogation by an investigative judge according to the Art. 225 of the CPC of Ukraine. In the context of the defense party's activities, the author considers the shortcomings of the institute of depositing evidence as represented in the CPC of Ukraine. The author reveals the lack of special procedure for obtaining permits to destroy and damage items and documents as subjects of examination by a defense party, the respective procedure are proposed. In view of the results of examination of the two ways for evidence collection by the defender, the author proposes to single out general and special procedures for evidence collection by the defense party with their main differences being the grounds for application, terms and separate elements of the respective procedural actions.

The author analyses the procedure for deciding on applying the measures to ensure criminal proceedings by an investigative judge in accordance with the principles of competition between the parties, singles out some aspects of such competition. Two major ways for the defender's participation in application of measures to ensure criminal proceedings by an investigative judge are indicated: brining the matter of their application for consideration as well as objecting to their application under the initiative of the prosecution; general mechanisms are proposed. Apart from seizure, the author provides reasoning for granting the defender with extra rights to initiate application of compulsory delivery, monetary sanctions to respective parties as well as to initiate changing and cancelling measures to ensure criminal proceedings applied in relation to a suspect. The author proves that it is necessary to apply a special procedure for evidence collection by the defender related to preparation of defense in the context of an investigative judge's potential

decisions to apply measures to ensure criminal proceedings in relation to a suspect. The author proposes to shorten the terms for undertaking other important procedural actions related to preparation of defense, especially in relation to application of measures to ensure criminal proceedings to a suspect following his/her detention. The thesis encompasses proposals to introduce competition-based general rules for deciding on the matters of applying measures to ensure criminal proceedings by an investigative judge, which among other things provide for: extra procedural guaranties for the defender related to preparation and participation in consideration of respective appeals, the procedure for submitting the parties' written objections, the right of an investigating judge to collect evidence in view of a party's appeal or his/her own initiative for the purpose of delivering a lawful and grounded procedural decision, including by sanctioning investigative actions; procedure for prevention by an investigative judge of acceptance as evidence the materials submitted by the parties or collected by the judge, which does not constitute acknowledgement of such materials as inadmissible evidence.

The author introduces other scientifically grounded proposals regarding improvement of Ukraine's criminal procedure legislation in terms of introducing principal features of the proposed concept of the process of proof, undertaken by the defender for the purpose of choosing, changing, cancelling and prolonging measures to ensure criminal proceedings by an investigative judge in accordance with Para. 3 (b) Art. 6 of the European Convention on Human Rights and with the principle of reasonable time as defined by Ukraine's Criminal Procedure Code.

Key words: process of proof, evidence collection, defender, defense party, measures to ensure criminal proceedings, measures of restraint, investigative judge, defense preparation, special procedure for evidence collection, terms of evidence collection, right to have time and means for preparing defense.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Соловйов В. О. Проблемні питання визначення процесуального статусу тимчасово вилученого майна та його арешту за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року. *Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування* : колективна монографія. Одеса, 2018. С. 631-655.

2. Соловйов В. О. Особливості участі захисника в доказуванні під час вирішення питання про заходи забезпечення кримінального провадження слідчим суддею. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2019. № 18. С. 172-178.

3. Соловйов В. О. Групи процесуальних відносин, які виникають під час збирання захисником матеріалів на стадії досудового розслідування. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 109-112.

4. Соловйов В. О. Деякі проблеми правореалізації під час збирання захисником матеріалів на підставі ухвали слідчого судді. *Правові горизонти*. 2019. № 15 (28). С. 96-100.

5. Соловйов В. О. Відібрання зразків для експертиз, що проводяться за ініціативою сторони захисту. *EUROPEAN POLITICAL AND LAW DISCOURSE*. 2021. Vol. 8. Issue 1. С. 220-225.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Соловйов В. О. Форми участі захисника в доказуванні на досудовому розслідуванні. *VI Всеукраїнські наукові читання з кримінальної юстиції пам'яті професора В.П. Колмакова*: матер. Всеукр. наук. конф. молодих вчених, аспір. та студ. (м. Одеса, 18 квіт. 2015 р.). Одеса: Фенікс, 2015. С. 510-513.

7. Соловйов В. О. Участь захисника в доказуванні у другому значенні на стадії досудового розслідування. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє*: мат. VII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 10 лист. 2017 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 438-440.

8. Соловйов В. О. Перехід до електронної форми кримінального

провадження: переваги для захисника. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє*: мат. VIII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 лист. 2018 р.). Одеса: Вид. дім «Гельветика», 2018. С. 671-674.

9. Соловійов В. О. Право підозрюваного мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту, пов'язаного з обранням запобіжного заходу. *Правове життя сучасної України*: матер. Міжнар.наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.). Т. 2. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2019. С. 385-389.

10. Соловійов В. О. Закриття кримінального провадження за клопотанням учасників кримінального провадження: деякі проблеми. *Правова наука і державотворення в Україні в контексті правової інтеграції*: матер. XII Міжнар.наук.-практ.конф. (м. Суми, 24-25 трав. 2019 р.). Суми, 2019. С. 146-148.

11. Соловійов В. О. Допустимість доказів, отриманих захисником в ході проведення обшуку згідно статті 166 КПК України. *Весняні юридичні читання-2019. Сучасні проблеми законодавства, практики його застосування та юридичної науки*: матер. Всеукр.наук.-практ. конф. (м. Вінниця, 12 квіт. 2019 р.). Вінниця, 2019. С. 209-211.

12. Соловійов В. О. Загальна та спеціальна процедури збирання матеріалів стороною захисту на стадії досудового розслідування. *Актуальні проблеми діяльності органів досудового розслідування*: матер. Всеукр.наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 07 черв. 2019 р.). Дніпро, 2019. С. 179-183.

13. Соловійов В. О. Забезпечення збереження речей, документів як доказів, зібраних стороною захисту. *Правове життя сучасної України*: мат. Міжн. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.). Одеса: Вид. дім «Гельветика», 2020. Т. 3. С. 299-302.

14. Соловійов В. О. Деякі способи збирання стороною захисту доказів на досудовому розслідуванні. *Актуальні проблеми формування громадянського суспільства та становлення правової держави*: зб. мат. III-ї Всеукр. наук.-практ. інтернет-конф. (м. Черкаси, 21 трав. 2020 р.). Черкаси, 2020. С. 170-179.

15. Соловійов В. О. Деякі проблемні питання порядку самостійного залучення експертів стороною захисту. *Реалізація прав людини у діяльності правоохоронних*

органів: мат. III Міжн. наук.-практ. конф. (м. Кривий Ріг, 30 квіт. 2020 р.). Кривий Ріг, 2020. С. 163-166.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

16. Соловйов В. О. Ініціювання стороною захисту застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Бюлетень Асоціації адвокатів України*. 2020. № 2 (45). С. 18-19.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ	4
ВСТУП	5
РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОКАЗУВАННЯ, ЯКЕ ЗДІЙСНЮЄТЬСЯ ЗАХИСНИКОМ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ.	16
1.1. Сучасні підходи до поняття кримінально-процесуального доказування.....	16
1.2. Загальна характеристика доказування, здійснюваного стороною захисту під час досудового розслідування.	24
1.3. Особливості доказування під час вирішення питань щодо заходів забезпечення кримінального провадження слідчим суддею.....	45
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ ДО ВСТУПУ ТА РОЗДІЛУ 1	59
 РОЗДІЛ 2. ШЛЯХИ ЗБИРАННЯ МАТЕРІАЛІВ (ДОКАЗІВ) ЗАХИСНИКОМ, ПОВ'ЯЗАНОГО З ОБРАННЯМ, ЗМІНОЮ ЧИ СКАСУВАННЯМ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ.	70
2.1. Самостійне збирання матеріалів (доказів) захисником.	70
2.2. Збирання захисником матеріалів (доказів) за допомогою слідчого судді.	99
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ ДО РОЗДІЛУ 2	142
 РОЗДІЛ 3. ПІДГОТОВКА ТА УЧАСТЬ ЗАХИСНИКА У РОЗГЛЯДІ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ КЛОПОТАНЬ ПРО ОБРАННЯ, ЗМІНУ, СКАСУВАННЯ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ.	155
3.1. Порядок прийняття рішень про заходи забезпечення кримінального провадження слідчим суддею в умовах змагальності сторін кримінального провадження.	155

3.2. Ініціювання захисником розгляду питань про заходи забезпечення кримінального провадження.	164
3.3. Захисник як суб'єкт заперечення доводів сторони обвинувачення під час обрання, зміни, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження.	171
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ ДО РОЗДІЛУ 3	189
ВИСНОВКИ	193
ДОДАТКИ	201

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ВССУ – Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ

ЄРДР – Єдиний державний реєстр досудових розслідувань

ЄСПЛ – Європейський Суд з прав людини

ЗЗКП – заходи забезпечення кримінального провадження

Інструкція – Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 р. № 53/5

Конвенція – Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р.

КПК України – Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 року

КПК – Кримінальний процесуальний кодекс (залежно від контексту)

п. – пункт

р. – рік

с. – сторінка

ст. – стаття

ч. – частина

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. З прийняттям у 2012 р. КПК України в кримінальному процесуальному законодавстві з'явилися нові інститути, метою яких є перетворення кримінального процесу України на змагальний. Одним із нововведень стало надання стороні захисту додаткових прав та гарантій, спрямованих на зміцнення її положення під час здійснення доказування на досудовому розслідуванні. Так, сторона захисту отримала право самостійно, безпосередньо збирати докази у досудовій стадії, а також право звертатися до слідчих суддів з метою одержання деяких доказів, необхідних для підготовки захисту. Незважаючи на закріплення відповідних прав, до сьогодні в КПК України відсутнє врегулювання процедур, спрямованих на їх належну реалізацію, що свідчить про розуміння законодавцем ролі сторони захисту в процесі доказування номінальною, а закріплених прав декларативними. Відповідні прогалини законодавства призвели до набуття особливої актуальності в науці кримінального процесу темою збирання доказів стороною захисту. Крім того, серед спеціальних завдань стратегічних документів держави з'явилося надання широкого кола процесуальних повноважень стороні захисту на досудовій стадії, забезпечуючи рівні процесуальні можливості, зокрема, щодо збору доказів [1]. Водночас усі наукові дослідження цього напрямку в основному зводяться до обговорення прогалин врегулювання процедури збирання доказів, необхідних захиснику для підготовки захисту від обвинувачення, який здійснюватиметься під час судового розгляду. Однак потреба у підготовці захисту на досудовому розслідуванні виникає не виключно у зв'язку із готуванням до судового провадження. Не менш важливою метою збирання доказів є підготовка захисту, пов'язаного із застосуванням слідчим суддею до підозрюваного ЗЗКП, а особливо запобіжних заходів. Строки підготовки такого захисту порівняно із підготовкою до судового розгляду суттєво відрізняються, однак процедура збирання доказів для обох випадків є ідентичною та не відповідає вимогам принципу розумності строків, а так само порушує право підозрюваного мати час та можливості для підготовки свого захисту, гарантованого п. (3) б ст. 6 Конвенції. В цьому контексті особливої актуальності набуває дослідження процедури збирання доказів, необхідних для

підготовки захисту, пов'язаного із обранням, зміною, скасуванням, а також продовженням строків ЗЗКП слідчим суддею, що зумовлює необхідність перегляду загальної концепції участі захисника в доказуванні на досудовій стадії в контексті диференціації відповідних процедур, а так само створення нової концепції доказування, що здійснюється захисником у зв'язку із застосуванням до підозрюваного ЗЗКП слідчим суддею, є складовою загальної і відповідатиме Конвенції та принципам справедливості, змагальності та розумності строків кримінального провадження. Крім того, особливо актуальним є дослідження можливості впровадження принципу змагальності не тільки в доказування, однак й в інші інститути кримінального процесу, в тому числі у процес ініціювання застосування ЗЗКП слідчим суддею.

Загальні питання доказування, що здійснюється стороною захисту під час досудового розслідування, розглядалися у працях таких українських вчених, як: Г.І. Алейникова, Н.М. Басай, А.М. Бірюкової, Т.В. Варфоломєєвої, В.К. Волошиної, Є.І. Виборнової, І.Ю. Гловацького, І.В. Гловюк, В.Г. Гончаренка, В.О. Гринюка, Ю.М. Грошевого, Я.П. Зейкана, Л.Б. Ісмаїлової, О.В. Капліної, С.О. Ковальчука, Т.В. Корчевої, О.Ю. Костюченко, Т.О. Кузубової, О.П. Кучинської, Л.М. Лобойка, В.Г. Лукашевича, Т.В. Лукашкіної, О.Ю. Ланя, П.А. Лупінської, О.А. Ляша, В.А. Люліч, А.І. Макаркіна, О.В. Малахової, Є.Г. Мартинчика, В.Т. Маляренка, М.А. Маркуш, О.Р. Михайленка, М.М. Михеєнка, А.С. Нерсесяна, М.О. Ноздріної, В.Т. Нора, Н.М. Обрізан, М.А. Погорецького, М.М. Погорецького, В.О. Попелюшка, П.І. Репешка, О.В. Рибалки, Н.М. Сенченко, Д.Б. Сергєєвої, М.І. Сірого, Є.В. Смирнова, О.С. Старенького, С.М. Стахівського, М.М. Стоянова, О.Ю. Татарова, В.М. Тертишника, Г.К. Тетерятник, А.М. Титова, І.А. Тітка, В.М. Трофименка, В.В. Тютюнника, Л.Д. Удалової, Р.А. Чайки, А.П. Черненка, С.С. Чернявського, Н.П. Черняк, В.П. Шибіка, О.Г. Шило, В.І. Шишкіна, А.Г. Шияна, М.Є. Шумила, О.О. Юхна, О.Г. Яновської та ін. Доказування, що здійснюється під час вирішення слідчим суддею питань про ЗЗКП, досліджувалось у працях В.В. Вапнярчука, І.В. Гловюк, В.А. Завтура, Т.В. Лукашкіної, М.А. Макарова, А.І. Палюха, Х.Р. Слюсарчук, М.М. Стоянова, С.Л. Шаренко, О.Г. Шило, а в контексті діяльності

сторони захисту лише фрагментарно в роботах В.О. Винокурова, І.В. Гловюк, О.В. Гунченка, В.А. Завтура, Д.В. Колодчина, Т.В. Лукашкіної, Є.В. Смирнова.

Водночас детальних комплексних досліджень доказування, що здійснюється захисником у зв'язку із підготовкою захисту, пов'язаного із застосуванням до підозрюваного ЗЗКП слідчим суддею, в тому числі в контексті перегляду загальної концепції участі захисника в доказуванні на досудовій стадії в частині диференціації та належного вдосконалення її процедур відповідно до мети збирання доказів, а так само в контексті розроблення та впровадження нової концепції доказування, що здійснюється захисником у зв'язку із застосуванням до підозрюваного ЗЗКП слідчим суддею, є складовою загальної і відповідатиме Конвенції та принципам справедливості, змагальності та розумності строків кримінального провадження, до сьогодення в кримінально-процесуальній науці не здійснювалось, як і не приділялось належної уваги питанню впровадження принципу змагальності не тільки в доказування, однак й в інші інститути кримінального процесу, зокрема, шляхом надання захиснику більшого обсягу повноважень, пов'язаних із застосуванням слідчим суддею ЗЗКП. Викладене вище, а також безпосередня і особлива значимість наведеного для побудови змагального кримінального процесу України, належного і достатнього механізму реалізації права особи на захист обумовлює вибір даної теми дослідження.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційне дослідження виконано в межах плану науково-дослідної роботи кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія» «Динаміка кримінального процесуального законодавства України: досвід та перспективи» на 2016-2020 рр. як складової плану науково-дослідної роботи Національного університету «Одеська юридична академія» «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та культурний вимір» на 2016-2020 рр. (ДРН 0116U0184).

Мета і завдання дослідження. Відповідно до встановленого об'єкта (правовідносини, що виникають у стадії досудового розслідування у зв'язку із участю захисника в доказуванні, пов'язаному із вирішенням слідчим суддею питань про ЗЗКП) і предмета дисертації (повноваження захисника як суб'єкта доказування,

здійснюваного у зв'язку із вирішенням слідчим суддею питань про ЗЗКП, та пов'язані із ним процедури), мета дисертації полягає: у представленні загальної концепції участі захисника в доказуванні на досудовій стадії в частині диференціації та належного вдосконалення її процедур відповідно до мети збирання доказів, у розробленні та впровадженні нової концепції доказування, що здійснюється захисником у зв'язку із застосуванням до підозрюваного ЗЗКП слідчим суддею, є складовою загальної і відповідатиме Конвенції та принципам справедливості, змагальності та розумності строків кримінального провадження, у більш широкому впровадженні принципу змагальності в інститут ЗЗКП, а також у формулюванні пропозицій щодо удосконалення кримінального процесуального законодавства в цій сфері. Для досягнення мети вирішувалися такі *завдання*: надати теоретико-методологічну характеристику доказуванню, що здійснюється захисником під час досудового розслідування, в рамках якої розглянути сучасні підходи до поняття кримінально-процесуального доказування, охарактеризувати доказування, здійснюване стороною захисту під час досудового розслідування, виокремити особливості доказування під час вирішення питань щодо ЗЗКП слідчим суддею; визначити шляхи збирання матеріалів (доказів) захисником, пов'язаного із обранням, зміною, скасуванням ЗЗКП до підозрюваного, серед яких виокремити самостійне збирання доказів та збирання доказів за допомогою слідчого судді; розглянути процес підготовки та участі захисника у розгляді слідчим суддею клопотань про обрання, зміну, скасування ЗЗКП, в межах якого проаналізувати порядок прийняття рішень про ЗЗКП слідчим суддею в умовах змагальності, виокремити та розкрити основні напрямки участі захисника в застосуванні ЗЗКП слідчим суддею: ініціювання розгляду питань про їх застосування та заперечення проти їх застосування за клопотанням сторони обвинувачення; сформулювати науково обґрунтовані пропозиції щодо нормативного врегулювання запропонованих концепцій, вдосконалення кримінального процесуального законодавства України в частині належної регламентації пов'язаних із ними процедур.

Методи дослідження. Дисертаційне дослідження ґрунтується на застосуванні філософських, загальнонаукових та спеціальних методів наукового пізнання.

Діалектичний метод застосований для визначення основних понять дослідження, таких як «доказування», «докази», «процесуальні рішення», «витребування та отримання доказів», для виведення механізму формування доказів сторони захисту на досудовому розслідуванні, для виділення нових способів збирання доказів захисником, для виокремлення особливостей доказування, здійснюваного під час вирішення слідчим суддею питань про ЗЗКП, для диференціації процедури збирання доказів захисником на загальну та спеціальну, для виділення основних напрямків участі захисника в застосуванні ЗЗКП слідчим суддею, для розроблення загальних правил вирішення питань про ЗЗКП слідчим суддею, для побудови концепцій участі захисника в доказуванні на досудовому розслідуванні та формулювання пропозицій щодо нормативного врегулювання пов'язаних із ними процедур тощо (підрозділи 1.1, 1.2, 1.3, 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3). Метод історизму дозволив порівняти положення КПК України 1960 р. з КПК України 2012 р., а так само й відповідні положення різних редакцій КПК України та Інструкції (підрозділи 1.2, 1.3, 2.1, 2.2). За допомогою функціонального методу визначено ролі окремих суб'єктів в доказуванні, в тому числі здійснюваного під час вирішення слідчим суддею питань про ЗЗКП (підрозділи 1.2, 1.3, 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3). Метод системного аналізу використовувався під час надання характеристик інститутів ЗЗКП та депонування доказів, класифікацій «доказів» та «процесуальних рішень», розгляду самостійного збирання доказів захисником та збирання доказів за допомогою слідчого судді як окремих систем повноважень, процедур та правил, виокремлення повноважень захисника у доказуванні, що здійснюється при вирішенні слідчим суддею питань про ЗЗКП з-поміж загальної системи повноважень тощо (підрозділи 1.1, 1.2, 1.3, 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3). Формально-юридичний метод використовувався під час дослідження відповідних положень кримінального процесуального законодавства України (підрозділи 1.1, 1.2, 1.3, 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3). Порівняльно-правовий метод використовувався для порівняння норм кримінального процесуального законодавства України з відповідними нормами інших держав, а так само для порівняння подібних інститутів, що існують в окремих галузях права (підрозділи 2.2, 3.2, 3.3). Логіко-нормативний метод використано для формулювання пропозицій щодо удосконалення

кримінального процесуального законодавства України (підрозділи 1.2, 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3).

Теоретичну основу дисертаційного дослідження становлять наукові праці українських та зарубіжних вчених з кримінального процесуального права.

Нормативну основу дослідження складають Конституція України, акти кримінального процесуального законодавства України та Республіки Казахстан, практика ЄСПЛ.

Емпіричну базу дисертаційного дослідження становлять узагальнення судової практики ВССУ, а також судові рішення, розміщені в Єдиному державному реєстрі судових рішень за 2013-2020 роки.

Наукова новизна отриманих результатів. Дисертація є першим в українській науці спеціальним комплексним дослідженням кримінального процесуального доказування, яке здійснюється захисником при обранні, зміні, скасуванні, продовженні слідчим суддею строків ЗЗКП на основі запропонованої справедливої, змагальної процедури, що відповідає праву підозрюваного мати час та можливості для підготовки свого захисту, передбаченого п. (3) б ст. 6 Конвенції, а також принципу розумності строків.

За результатами здійсненого дослідження отримані такі результати, що мають наукову новизну:

вперше: представлено загальну концепцію участі захисника в доказуванні на досудовій стадії, диференційовану та належно вдосконалену відповідно до мети збирання доказів; запропоновано авторську концепцію доказування, що здійснюється захисником у зв'язку із застосуванням до підозрюваного ЗЗКП слідчим суддею, є складовою загальної концепції і відповідає Конвенції та принципам справедливості, змагальності та розумності строків кримінального провадження; умовою формування доказів сторони захисту на досудовому розслідуванні визначено їх збирання з метою подання слідчому судді у зв'язку з вирішенням питань про ЗЗКП; охарактеризовано інститут ЗЗКП як такий, що спрямований на задоволення процесуальних потреб сторони захисту; на підставі здійснення групування повноважень захисника за функціонально-сутнісним критерієм виокремлено два шляхи збирання захисником

доказів, пов'язаного із вирішенням слідчим суддею питань про ЗЗКП; запропоновано адаптовані до сторони захисту універсальні процедури збирання та отримання речей, документів, інформації; обґрунтовано існування нових альтернативних способів збирання доказів стороною захисту шляхом безпосереднього здобуття речей, документів, інформації, шляхом замовлення необхідних послуг, шляхом застосування технічних засобів фіксування процесуальних дій; розглянуто перспективу відібрання стороною захисту зразків для експертизи з речей, документів шляхом їх витребування та отримання, а біологічних зразків шляхом замовлення необхідних послуг; запропоновано надати стороні захисту право ініціювати прийняття слідчим, прокурором, дізнавачем, слідчим суддею процесуальних рішень; сформульовано пропозицію щодо покладення на слідчого, прокурора обов'язку з термінового надання захиснику доказів, які можуть вказувати на невинуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення; доведено необхідність надання захиснику права ініціювати накладення слідчим суддею арешту на майно у вигляді речей, документів, зібраних ним під час досудового розслідування, на підставі чого запропоновано відповідні процедури; в якості окремої обставини, що підлягає встановленню слідчим суддею під час розгляду клопотання захисника про тимчасовий доступ до речей, документів, розглянуто «обґрунтованість ризиків знищення або пошкодження речей, документів під час проведення судової експертизи»; запропоновано врегулювання окремого порядку вирішення слідчим суддею питання про збереження зразка речового доказу захисту; доведено відсутність обов'язку захисника під час розгляду клопотань про ЗЗКП доводити обставини, що передбачені ч. 3 ст. 132 КПК України; перелік речей і документів, до яких заборонено доступ, запропоновано доповнити категорією «будь-яких матеріалів, що зібрані стороною захисту як докази у кримінальному провадженні» (з урахуванням відповідних винятків); запропоновано універсальні загальні змагальні правила вирішення різних питань про ЗЗКП; виокремлено два основних напрямки участі захисника в застосуванні ЗЗКП слідчим суддею: ініціювання розгляду питань про їх застосування та заперечення проти їх застосування за клопотанням сторони обвинувачення, запропоновано їх загальні механізми; доведено необхідність надання

захиснику додаткових прав з ініціювання застосування слідчим суддею приводу, грошового стягнення, скасування та зміни будь-яких ЗЗКП, застосованих до підозрюваного; виділено два аспекти права підозрюваного, передбаченого п. (3) в ст. 6 Конвенції: об'єктивний та суб'єктивний; обґрунтовано впровадження спеціальних скорочених строків процедур витребування, тимчасового доступу, проведення допиту та призначення експертиз слідчим суддею, проведення експертиз, в тому числі експрес-експертиз, ініційованих захисником та інших процедур, спрямованих на збирання захисником доказів з метою підготовки захисту у зв'язку із вирішенням слідчим суддею питань про ЗЗКП (в тому числі у зв'язку із підготовкою захисту проти обрання до підозрюваного запобіжного заходу), на підставі чого запропоновано диференціювання процедури збирання захисником доказів на загальну та спеціальну, головними відмінностями яких є підстави застосування, строки та наявність окремих елементів відповідних процесуальних дій; обґрунтовано необхідність встановлення обов'язку слідчого, прокурора не пізніше трьох годин з моменту повідомлення про підозру вручити захиснику письмове повідомлення про намір звернення з клопотанням про обрання запобіжного заходу, яке буде підтверджувати підставу для термінового збирання доказів та застосування спеціальної процедури; доведено особливу важливість та необхідність реалізації захисником під час підготовки захисту, пов'язаного із вирішенням питань про ЗЗКП щодо підозрюваного, запропонованого права на звернення до слідчого судді з клопотанням про доручення проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій;

вдосконалено: поняття кримінального процесуального доказування, доказів, джерел доказів шляхом формулювання більш універсальних сучасних дефініцій, застосованих також до діяльності сторони захисту; класифікацію кримінально-процесуальних доказів і рішень шляхом їх поділу на остаточні, кінцеві, проміжні та локальні; правове регулювання тимчасово вилученого майна в частині його розширення деякими випадками збирання доказів захисником; правове регулювання накладення арешту на майно у зв'язку із пропозицією надання захиснику права ініціювати його застосування; порядок самостійного залучення захисником експертів на підставі ст. 243 КПК України шляхом здійснення нормативного розмежування

його форм; процедуру тимчасового доступу, що здійснюється захисником, в залежності від форми надання речей, документів, інформації; порядок надання дозволу та проведення за клопотанням захисника обшуку на підставі ст. 166 КПК України шляхом адаптування загальної процедури обшуку до випадків, передбачених ст. 166 КПК України; процедуру вирішення слідчим суддею питання про відібрання зразків для експертизи за клопотанням захисника в залежності від етапу призначення та проведення експертизи; порядок відібрання зразків з речей, документів, біологічних зразків для експертизи, проведення якої ініційоване захисником; окремі положення принципу змагальності в контексті розширення повноважень слідчого судді з доказування;

дістали подальшого розвитку: впровадження гарантій процесуальної діяльності сторони захисту до моменту набуття нею процесуального статусу; питання зберігання захисником доказів у вигляді речей, документів; питання попередження експерта, залученого захисником, про кримінальну відповідальність за завідомо неправдивий висновок і відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків; удосконалення процедури залучення слідчим суддею експерта для проведення експертизи, в тому числі судово-психіатричної, за клопотанням захисника; питання впровадження в кримінальний процес інституту депонування доказів, в тому числі в частині удосконалення процедур вирішення клопотання захисника про допит та його проведення слідчим суддею; правила вирішення питань про ЗЗКП в частині впровадження елементів змагальності, додаткових процесуальних гарантій діяльності сторони захисту з доказування під час підготовки та участі у розгляді відповідних клопотань, надання захиснику права подавати письмові заперечення проти обрання, зміни, продовження строків ЗЗКП щодо підозрюваного та регламентації порядку такого подання, наділення слідчого судді правом за клопотанням учасників розгляду або за власною ініціативою збирати докази, необхідні для прийняття законного, обґрунтованого процесуального рішення, а також обов'язком за наявності відповідних підстав не допускати в якості доказів матеріали, які зібрані ним або подаються учасниками в обґрунтування власної позиції, що не матиме наслідком визнання таких матеріалів недопустимими доказами; питання

збільшення граничного строку надання стороні захисту клопотання та матеріалів про застосування ЗЗКП; питання скорочення строку надання захиснику доступу до матеріалів досудового розслідування у зв'язку із підготовкою захисту проти обрання до підозрюваного запобіжного заходу.

Практичне значення одержаних результатів. Висновки і пропозиції, сформульовані у дисертації, можуть бути використані у:

науково-дослідній роботі – для подальшого дослідження проблем доказування, здійснюваного стороною захисту у зв'язку із вирішенням слідчим суддею питань про ЗЗКП;

правотворчій діяльності – для удосконалення нормативної регламентації доказування, здійснюваного стороною захисту у зв'язку із вирішенням слідчим суддею питань про ЗЗКП, та пов'язаних із ним процедур;

практичній діяльності – для формування послідовної практики застосування захисниками, слідчими, прокурорами, слідчими суддями процедур, пов'язаних із здійсненням доказування у зв'язку із вирішенням питань про ЗЗКП на досудовому розслідуванні;

навчальному процесі – при викладанні нормативних дисциплін, підготовці відповідних розділів підручників, навчальних посібників і методичних рекомендацій.

Апробація результатів дослідження. Висновки і положення дисертаційного дослідження обговорювались на засіданні кафедри кримінального процесу, детективної та оперативно-розшукової діяльності, кафедральному семінарі кафедри кримінального процесу, детективної та оперативно-розшукової діяльності Національного університету «Одеська юридична академія». Основні результати наукового дослідження оприлюднені на: Всеукраїнській науковій конференції молодих вчених, аспірантів та студентів «VI Всеукраїнські наукові читання з кримінальної юстиції пам'яті професора В.П. Колмакова» (м. Одеса, 18 квітня 2015 р.); VII Міжнародній науково-практичній конференції «Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє» (м. Одеса, 10 листопада 2017 р.); VIII Міжнародній науково-практичній конференції «Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє» (м. Одеса, 17 листопада 2018 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя

сучасної України» (м. Одеса, 17 травня 2019 р.); XII Міжнародній науково-практичній конференції «Правова наука і державотворення в Україні в контексті правової інтеграції» (м. Суми, 24-25 травня 2019 р.); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Весняні юридичні читання – 2019. Сучасні проблеми законодавства, практики його застосування та юридичної науки» (м. Вінниця, 12 квітня 2019 р.); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Актуальні проблеми діяльності органів досудового розслідування» (м. Дніпро, 07 червня 2019 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 15 травня 2020 р.); III Всеукраїнській науково-практичній інтернет-конференції «Актуальні проблеми формування громадянського суспільства та становлення правової держави» (м. Черкаси, 21 травня 2020 р.); III Міжнародній науково-практичній конференції «Реалізація прав людини у діяльності правоохоронних органів» (м. Кривий Ріг, 30 квітня 2020 р.).

Публікації. Основні положення дисертації відображені у 16 публікаціях, в тому числі 1 статті у колективній монографії, 3 статтях, опублікованих у наукових фахових виданнях, перелік яких затверджено МОН України, 1 статті, опублікованій у періодичному науковому виданні держави, яка входить до Організації економічного співробітництва та розвитку та Європейського Союзу, 1 публікації, в якій додатково висвітлено результати дисертації, та 10 тезах доповідей на наукових і науково-практичних конференціях, семінарах.

Структура та обсяг дисертації. Дисертація складається зі вступу, 3 розділів, що включають 8 підрозділів, висновків, списку використаних джерел (115 найменувань до вступу та розділу 1; 121 найменування до розділу 2; 30 найменувань до розділу 3, загальна кількість використаних джерел – 245) та двох додатків. Загальний обсяг дисертації становить 222 аркуші, із них основний текст – 172 аркуші, список використаних джерел – 28 аркушів, додатки – 22 аркуші.

РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОКАЗУВАННЯ, ЯКЕ ЗДІЙСНЮЄТЬСЯ ЗАХИСНИКОМ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

1.1. Сучасні підходи до поняття кримінально-процесуального доказування

Досліджуючи доказування, яке здійснюється захисником в кримінальному провадженні, зокрема, під час стадії досудового розслідування, вкрай важливим є визначення категоріального апарату, який братиметься за основу та використовуватиметься для подальшого опрацювання теми дослідження та викладення результатів такого дослідження в науковій роботі. В цьому контексті головною категорією є саме кримінально-процесуальне доказування. З огляду на те, що доказування було, є і буде залишатися основою усієї кримінально-процесуальної діяльності, важко здивувати когось тезою, що його поняття є вкрай актуальним питанням теорії кримінального процесуального права. Нелегко і запропонувати новітні корисні підходи до визначення доказування у кримінальному процесі, адже дана тематика є предметом дослідження науковців майже усіх шкіл вже декілька століть поспіль. Дослідження наукових праць, присвячених проблемам визначення найбільш вірного поняття кримінально-процесуального доказування, дають можливість зробити висновок про існування безлічі різноманітних дефініцій, запропонованих їх авторами, кожен з яких обґрунтовує правильність поняття, запропонованого саме ним. Разом з тим, на нашу думку, є раціональним виділення основних підходів до поняття доказування, які існують в сучасній вітчизняній науці кримінального процесу.

Так, В. В. Вапнярчук наукові погляди на поняття доказування компілював у відповідні групи та розглядає декілька підходів до кримінально-процесуального доказування з позиції їх змістовно-функціонального розуміння, тобто з точки зору того, що саме вкладали ті чи інші науковці у зміст доказової діяльності та її основного спрямування [2, с. 11-37]. **Перший (пізнавальний) підхід** до доказування у кримінальному процесі полягає в його розумінні як пізнавальної діяльності, що має досить багато схожих і відмінних рис порівняно з іншими видами пізнання. Сутність пізнавального підходу полягає в розумінні доказування як різновиду людської

пізнавальної діяльності, яке здійснюється за загальними закономірностями, властивими процесу пізнання в усіх галузях науки і практики, хоча водночас має низку особливостей. У свою чергу, в рамках пізнавального підходу до доказування в залежності від превалювання на тому чи іншому етапі історичного розвитку певних акцентів, автор виділяє логічне (раціональне) та раціонально-емпіричне трактування пізнавальної доказової діяльності. Філософсько-методологічним підґрунтям для першого трактування слугував такий напрям традиційної гносеології як раціоналізм, для другого – раціоналізм і емпіризм. Розглянемо деякі дефініції, запропоновані представниками пізнавального підходу. Н. В. Жогін під доказуванням розумів встановлений законом порядок збирання, дослідження й оцінювання доказів у кримінальних справах. Метою доказування визначалась об'єктивна істина, під якою мався на увазі такий зміст людських знань, що правильно відображає об'єктивну дійсність і не залежить від суб'єкта доказування [3, с. 124]. На думку В. Т. Нора, доказування є різновидом пізнавальної діяльності людей, яка у кримінальному процесі здійснюється за загальними закономірностями, властивими процесу пізнання в усіх галузях науки і практики, маючи водночас низку особливостей, при цьому доказування – це діяльність, яка провадиться у визначених законом процесуальних формах і спрямована на збирання, закріплення, перевірку й оцінювання фактичних даних (доказів), конечних для встановлення істини у кримінальній справі [4, с. 73-75]. В рамках цього підходу цікавою видається позиція М. М. Михеєнка, який розглядав доказування як діяльність суб'єктів кримінального процесу зі збирання (формування), перевірки й оцінки доказів та їх процесуальних джерел, а також формулювання на цій основі певних тез і наведення аргументів для їх обґрунтування [5, с. 6-9; 6, с. 115-117]. М. Є. Шумило зазначає, що доказування є основною формою пізнання у кримінальному судочинстві, яке відбувається відповідно до окресленої процедури й відображає гносеологічні, правові і психологічні закономірності встановлення винності чи невинуватості особи у вчиненні злочину [7, с. 118]. С. М. Стахівський сформував поняття кримінально-процесуального доказування як передбачену законом діяльність суб'єктів кримінального процесу щодо збирання (формування), перевірки й оцінки доказів та їх процесуальних джерел, прийняття на

цій основі певних процесуальних рішень і наведення аргументів для їх обґрунтування (мотивації) [8, с. 21]. З точки зору Ю. М. Грошевого доказування є кримінальною процесуальною діяльністю спеціально уповноважених на це суб'єктів зі збирання, дослідження й оцінки доказів з метою правочинного встановлення обставин, що входять до предмета доказування в кримінальній справі. Доказування, як різновид опосередкованого пізнання обставин минулої події, є основним елементом кримінально-процесуального пізнання [9, с. 144]. Аналогічне розуміння (трактування) сутності доказування у кримінальному процесі (як регламентованої кримінальним процесуальним законом пізнавальної діяльності зі збирання, перевірки, оцінювання доказової інформації та оперування нею) з певними термінологічними варіаціями бачимо в роботах інших вітчизняних науковців [10, с. 12; 11, с. 6, 25; 12, с. 8-9; 13, с. 51-52; 14, с. 74-78; 15, с. 90; 16, с. 3; 17, с. 57-58; 18, с. 95; 19, с. 143-146; 20, с. 12; 21, с. 92; 22, с. 10; 23, с. 92; 24, с. 115; 25, с. 184; 26; 27, с. 219; 28, с. 131-151]. На нашу думку, деякі поняття, наведені вище, є дещо застарілими і, у зв'язку з трансформацією кримінального процесу України, мають недоліки передусім пов'язані з процесуальною формою, яка діяла в радянському кримінальному процесі. Ми маємо на увазі орієнтованість наданих дефініцій виключно на діяльність сторони обвинувачення. У зв'язку з тим, що сучасний кримінальний процес передбачає можливість брати участь в доказуванні, збирати докази також стороною захисту, на наш погляд, найбільш вдалим серед розглянутих понять є запропоноване М. М. Михеєнком.

Другий підхід до розуміння кримінального процесуального доказування, який, на думку автора, має право на виділення як самостійний і такий, що суттєво відрізняється від попереднього, – це так званий **діяльнісний підхід**, який полягає: по-перше, в розумінні доказування як діяльності її процесуальних носіїв, структуру якої складають такі функціональні місця: «мета» ↔ «вихідний матеріал» ↔ «спосіб» ↔ «носії діяльності» ↔ «засоби» ↔ «перетворювальний процес» ↔ «продукт діяльності»; по-друге, в трактуванні доказування у кримінальному процесі не тільки й не стільки як пізнавального процесу дослідження певної правнорелевантної події, а скільки, так би мовити, в інженерному – проектно-реалізаційному фокусі; по-третє,

основним змістом кримінальної процесуальної діяльності є діяльність з вироблення процесуальних рішень: доказування ж є лише органічним структурним «забезпечувальним» елементом цієї діяльності, і поза її рамками доказування взагалі не може існувати як самостійний феномен. Філософським підґрунтям діяльнісної концепції доказування є системомиследіяльнісна методологія (СМД-методологія). Головним представником даного підходу є В. П. Гмирко [29; 30; 31, с. 274- 281; 32, с. 142-150; 33, с. 142-150; 34, с. 27; 35].

Третій підхід до доказування, який має місце у вітчизняній кримінальній процесуальній науці, на погляд науковця міститься в презентованій М. А. Погорецьким авторській концепції кримінального процесуального доказування [36, с. 63-79; 37, с. 12-25], яку В. В. Вапнярчук умовно іменує **комплексним підходом** до розуміння кримінального процесуального доказування, який передбачає розуміння кримінального процесуального доказування як пізнавально-практичної правової й розумової (логіко-психологічної) діяльності, що ґрунтується на формі (типі, моделі) вітчизняного кримінального процесу, а також на трьох класичних кримінальних процесуальних функціях: обвинувачення; захисту; судового розгляду та вирішення справи (здійснення правосуддя), та в якій доцільно виділяти зовнішню і внутрішню структуру. Методологічною основою запропонованої концепції визначена теорія пізнання, діяльності, аргументації й інтерпретації.

Крім того, сам В. В. Вапнярчук пропонує розглядати кримінально-процесуальне доказування в рамках **системного підходу** [2, с. 37-48]. Його сутність полягає в розумінні доказування як системи й можливості застосування системного підходу (системного аналізу) до його дослідження. Елементами системи доказування пропонується виділяти: об'єкт, суб'єктивну сторону, об'єктивну сторону й суб'єкта доказування. Поєднання цих елементів призводить до появи емерджентної властивості доказування, якою є можливість належного здійснення доказової діяльності й досягнення його мети. Вказані складові елементи системи доказування, у свою чергу, теж можуть бути досліджені як системи (або підсистеми), в яких також можуть бути визначені й проаналізовані їх змістовні опції. Системний підхід до кримінального процесуального доказування обумовлює необхідність здійснення

системного аналізу цього явища з використанням різних форм опису. Історична форма опису дає можливість виділити та докладно проаналізувати різні концепції (підходи, трактування), які мали місце в історії розвитку вітчизняного кримінального процесуального доказування: пізнавальну, діяльнісну, комплексну. Предметна форма опису дає можливість зрозуміти будову системи доказування (субстрактний аналіз) та відношення між її змістовними елементами (структурний аналіз). Визначення і характеристика вказаних вище чотирьох елементів системи доказування (об'єкта, суб'єктивної сторони, об'єктивної сторони та суб'єкта) і є її предметним аналізом. Функціональна форма опису системи доказування дає можливість визначити спрямованість доказової діяльності, особливості її внутрішнього та зовнішнього функціонування. В системному підході кримінальне процесуальне доказування розуміється як пізнавальна й проектно-реалізаційна діяльність, яка полягає в дослідженні суб'єктом, який його здійснює, обставин вчиненого кримінального правопорушення, формуванні на підставі певного стандарту доказування власної теоретико-інформаційної моделі (своєї правової позиції) та її реалізації. Філософсько-методологічним підґрунтям системного трактування доказування, на думку автора, доцільно визначати як теорію пізнання (натуралістичний методологічний підхід), так і системомиследіяльнісну методологію (діяльнісний методологічний підхід) [2, с. 78].

Щодо підходів, запропонованих після 2012 року, М. А. Погорецький визначає доказування як нерозривний цілісний процес, що полягає в отриманні доказів (пошуку і виявленні (вилученні) фактичних даних та їх джерел; перевірці, оцінці фактичних даних і їх джерел, їх процесуальному оформленні (закріпленні) й наданні фактичним даним та їх джерелам значення доказу у кримінальному провадженні) та їх використанні для встановлення фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження, в обґрунтуванні доказами своєї правової позиції сторонами кримінального провадження [37, с. 22]. Такої ж позиції притримується і О. Ю. Лань [38, с. 168]. На думку Л. М. Лобойка, кримінально-процесуальне доказування – це здійснювана в правових і логічних формах частина кримінально-процесуальної діяльності органів досудового розслідування, прокуратури і суду, що полягає у висуванні можливих версій щодо системи юридично значущих обставин

кримінального провадження, у збиранні, перевірці та оцінці доказів за цими версіями, а також в обґрунтуванні на досудовому слідстві достовірного висновку про доведеність вини особи та його подальше обстоювання у судових стадіях процесу [39, с. 80]. Л. Д. Удалова вважає, що доказування у кримінальному процесі – це здійснювана у встановленому законом порядку діяльність органів досудового розслідування, прокуратури, суду за участю інших суб'єктів процесу зі збирання, перевірки та оцінки доказів та їх процесуальних джерел, а також формування на цій основі певних тез і наведення аргументів для їх обґрунтування [40, с. 120]. В. Г. Гончаренко стверджує, що доказування можна визначити як одну з форм практичної діяльності в процесі регулювання суспільних відносин, яка полягає у збиранні, дослідженні, оцінці й використанні інформації, котра за певних умов, визначених процесуальним законом, набуває статусу юридичних доказів. Автор вважає, що ця діяльність не є науковим дослідженням, проте з ґносеологічної точки зору так само, як і в наукових розробках, є пошуком істини [41, с. 8]. Л. М. Гуртієва та Т. В. Лукашкіна пропонують чітко розрізняти два аспекти, два види доказування: 1) доказування (процес доказування) як діяльність, спрямовану на встановлення фактичних обставин кримінального провадження, яке здійснюється особою, що веде кримінальне провадження і безпосередньо забезпечує прийняття нею процесуального рішення (про закриття кримінального провадження, звернення до суду з обвинувальним актом тощо); 2) доказування як діяльність з обґрунтування своєї позиції в кримінальному провадженні, яке має певного адресата, наприклад, суд, до якого звертаються сторони з проханням про прийняття певного рішення у судовому провадженні [42, с. 8-9].

Проаналізувавши основні підходи до поняття доказування, які на сьогоднішній день існують у вітчизняній кримінально-процесуальній науці, робимо висновок, що будь-яке пропоноване авторами поняття містить сукупність характерних ознак, які дають підстави віднести його до одного із розглянутих вище підходів. На наше переконання, **сучасні підходи** до поняття доказування (запропоновані після прийняття КПК України 2012 року) відображають суть пізнавального, діяльнісного, комплексного, системного підходів, однак не є адаптованими до сучасного

кримінального процесу. Багато вчених звужують доказування до діяльності, яка здійснюється виключно стороною обвинувачення, виходячи з того, що на останню покладений обов'язок доказування. Вважаємо, що поняття доказування повинно бути максимально універсальним, адаптованим під сучасну процедуру: по-перше, повинна бути можливість застосувати його до усіх суб'єктів, які здійснюються доказування; по-друге, воно повинно бути позбавленим зайвих характеристик, звужуючих можливість і сферу його застосування; по-третє, універсальне визначення кримінально-процесуального доказування повинно відображати сутність основних його елементів, без яких неможливо вести мову про доказування. Хочемо відмітити, що ми є прихильниками пізнавального (на наш погляд, класичного) підходу до поняття кримінально-процесуального доказування. Тому дамо більш детальну його характеристику та визначимо найбільш універсальне, на нашу думку, поняття доказування.

Метою кримінального процесу є забезпечення правильного, ефективного та справедливого застосування норм матеріального права, передусім, кримінального, доказування при цьому є відповідним етапом цього складного різновиду правозастосовчого процесу [43, с. 315; 44, с. 30]. П. С. Лупинська виділяла в ньому два етапи, першим з яких називала збирання та оцінку інформації, тобто встановлення фактичних обставин, а другим – зіставлення інформації з умовами прийняття рішень та власно формулювання процесуального рішення [45]. Правильне встановлення фактичних обставин є передумовою прийняття законного та обґрунтованого рішення. Встановлення фактичних обставин в кримінальному провадженні відбувається в формі доказування, тобто шляхом збирання, перевірки та оцінки достатньої кількості доказів, необхідних для прийняття відповідних процесуальних рішень. Таке доказування в кримінальному процесі являє собою різновид процесу пізнання [44, с. 31]. Розглядаючи доказування як одну із форм або різновидів пізнання в кримінальному провадженні, науковці визначають певні особливості такої діяльності, які відрізняють її від пізнання в інших галузях [46, с. 6; 47, с. 7; 48, с. 19-20]. Крім того, існують різні погляди на співвідношення пізнання та доказування [49, с. 7,8, 33; 27, с. 218; 5, с. 6-10; 50, с. 386; 51, с. 12-15; 52, с. 18].

Як ми вже зазначали вище, пізнавальний підхід до поняття кримінально-процесуального доказування є найбільш вдалим, на нашу думку, адже найкращим чином відображає його сутність. Поділ доказування на два види, запропонований сучасними процесуалістами Л. М. Гуртісвою та Т. В. Лукашкіною, на наш погляд, найбільше відображає сутність даного виду діяльності, у зв'язку з чим лягатиме в основу подальшого дослідження теми наукової роботи, **виділення власного універсального поняття кримінально-процесуального доказування**, яке буде використане нами як науково-методологічна основа для дослідження участі захисника в доказуванні під час обрання, зміни, скасування ЗЗКП слідчим суддею [42, с. 8-9]. Перший вид – це доказування як діяльність, спрямована на встановлення фактичних обставин кримінального провадження шляхом збирання, перевірки, оцінки доказів, яка здійснюється уповноваженими суб'єктами (судом, слідчим суддею, прокурором, слідчим та ін.) за участю інших осіб, в порядку, передбаченому законодавством. Саме таке поняття доказування КПК України встановлює в ч. 2 ст. 91. Незважаючи на те, що на сторону захисту не покладено обов'язку доказування, остання уповноважена активно здійснювати цей вид діяльності в першому його значенні. Другий вид – це доказування як діяльність з обґрунтування своєї позиції в кримінальному провадженні (обґрунтування певного твердження, певної тези) [53, с. 206; 5, с. 9-11]. Погоджуємось, що перший вид доказування насамперед призначений для формування внутрішнього переконання суб'єкта, який здійснює пізнання, доказування ж в другому значенні характеризується тим, що завжди звернено до зовнішнього адресата, до якого звертаються суб'єкти з проханням про прийняття певного процесуального рішення у кримінальному провадженні [54, с. 157]. Цей вид доказування є свого роду похідним від доказування у першому значенні. Сторони кримінального провадження здійснюють таке доказування як на досудовому розслідуванні, так і в судовій стадії. Наприклад, в судових засіданнях щодо вирішення слідчим суддею питань про ЗЗКП або під час судових дебатів у стадії судового розгляду. КПК України такий вид доказування іменує доведенням. Подібне доказування здійснює й слідчий під час обґрунтування перед прокурором необхідності погодження клопотань до слідчого

судді (п. 10 ч. 2 ст. 36, п. 5 ч. 2 ст. 40 КПК України). Водночас КПК України не врегульовує цей випадок доведення. Вважаємо, що доказування дійсно слід розглядати в двох його значеннях як діяльність, яку здійснюють обидві сторони та інші учасники кримінального провадження як під час досудового розслідування, так і в судових стадіях незалежно від покладення обов'язку доказування на відповідного суб'єкта. У зв'язку з цим, універсальним, на наш погляд, визначенням доказування у першому його значенні є таке: доказування – це діяльність, спрямована на встановлення фактичних обставин кримінального провадження, здійснювана суб'єктами кримінального провадження шляхом збирання, перевірки, оцінки доказів в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством.

Виділення та розуміння двох видів доказування необхідне для розмежування категорій обов'язку та тягара доказування, для встановлення моменту виникнення доказів в кримінальному провадженні та для здійснення характеристики участі в доказуванні окремих суб'єктів, визначення особливостей їх діяльності [55, с. 439].

1.2. Загальна характеристика доказування, здійснюваного стороною захисту під час досудового розслідування

Процесуальна діяльність в кримінальному провадженні здійснюється суб'єктами, кожен з яких виконує специфічну функцію. Основними в кримінальному процесі є функції обвинувачення (переслідування), захисту, правосуддя та судового контролю. Погоджуємось з підходом, представником якого є І. В. Гловюк, яка розглядає захист як багатозначну категорію у межах кримінального процесу в широкому і вузькому значенні. На її думку, в широкому розумінні захист є діяльністю, спрямованою на поновлення порушених прав та свобод, законних інтересів будь-якого суб'єкта процесу, в вузькому ж розумінні захист є кримінально-процесуальною функцією, яка має чітку цільову спрямованість – протистояти кримінальному переслідуванню, та визначене коло суб'єктів, яке є більш вузьким – а саме суб'єктів, щодо яких здійснюється кримінальне переслідування у різних його формах, їх законних представників та захисників [56, с. 200].

Захист у кримінальному провадженні здійснюється у двох формах: безпосередньо підозрюваним (обвинуваченим) та за допомогою захисника. Згідно з ч. 1 ст. 3 КПК України до сторони захисту відносяться підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники. В класичних випадках на досудовій стадії сторона захисту представлена підозрюваним та/або захисником, який забезпечує його захист. Правовий статус сторони захисту встановлений кримінальним процесуальним законодавством: статус підозрюваного – ст. 42 КПК України, захисника – ст. ст. 45-54 КПК України. На відміну від КПК України 1960 року, новий КПК України не передбачив можливості близьких родичів, опікунів та піклувальників виступати в якості захисників, що на погляд деяких вчених є позитивним нововведенням [57, с. 93-94]. Фактичною підставою для постановки питання про участь захисника на досудовому розслідуванні є поява в провадженні підозрюваного. За новим КПК України підозрюваним є особа, якій в порядку, передбаченому статтями 276-279 КПК України, повідомлено про підозру, особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок невстановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень. Для початку здійснення своїх повноважень у конкретній справі захисник повинен бути залучений до неї в порядку, передбаченому КПК України. Захисник може в будь-який момент бути залученим як самим підозрюваним, так й іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного. Крім того, на досудовій стадії його може бути залучено слідчим, прокурором, слідчим суддею для здійснення захисту за призначенням у випадках, передбачених КПК України. З моменту підтвердження своїх повноважень адвокат може користуватися процесуальними правами захисника. Одним із головних правил участі захисника в кримінальному провадженні, а також гарантією прав підозрюваної особи є заборона здійснення

захисту та надання правової допомоги іншим особам всупереч інтересам підзахисних або осіб, яким захисник надає чи раніше надавав будь-яку правову допомогу.

Правовий статус підозрюваного складається із повноважень, передбачених КПК України (загальні права та обов'язки визначені у ст. 42), а також іншими актами кримінального процесуального законодавства. На відміну від підозрюваного захисник має особливий процесуальний статус, який складається з сукупності власних прав і обов'язків, передбачених КПК України та іншими актами кримінального процесуального законодавства (основний з яких Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»), а також повноважень, які належать безпосередньо підозрюваному (крім відповідних особистих прав). Головним обов'язком захисника на досудовому розслідуванні, який характеризує мету його участі в кримінальному провадженні, є використання усіх засобів захисту, передбачених КПК України та іншими актами законодавства, для забезпечення дотримання прав, свобод та законних інтересів підозрюваного та з'ясування обставин, які спростовують підозру, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підзахисного, а також будь-яким чином поліпшують його становище. Захисник повинен дотримуватися правил адвокатської таємниці та без згоди підозрюваного не має права розголошувати відомості, що стали йому відомі у зв'язку з участю в кримінальному провадженні і становлять адвокатську або іншу охоронювану законом таємницю.

Як ми вже вказували вище, сторона захисту на стадії досудового розслідування бере участь в доказуванні як в першому, так і в другому його розумінні. На досудовому розслідуванні підозрюваний, захисник мають право самостійно збирати докази (ст. 93 КПК України), які можуть використовуватись як для вирішення локальних питань досудового розслідування, так і в суді, якщо під час завершення досудового розслідування матеріали були відкриті стороні обвинувачення (доказування у першому значенні). Крім того, під час розгляду слідчим суддею клопотань сторони захисту, остання бере участь в доказуванні у другому його значенні, доводячи перед слідчим суддею необхідність прийняття відповідного процесуального рішення (наприклад, під час розгляду слідчим суддею клопотань про

застосування ЗЗКП). В такому випадку підозрюваний, захисник повинні довести обставини, які становлять локальний предмет доказування, подаючи слідчому судді відповідні докази.

Для надання характеристики доказуванню, здійснюваному стороною захисту на досудовій стадії, передусім необхідно визначити роль окремих суб'єктів в доказуванні (в першому його значенні), для чого доцільно розглянути їх класифікації. В науці існує численна кількість класифікацій, здійснених за різними критеріями [58, с. 165; 59, с. 77; 60, с. 50-51; 61, с. 19], однак нам найбільш імпонує класифікація суб'єктів доказування, надана авторами за критерієм покладення на відповідного суб'єкта обов'язку доказування [27, с. 122-124; 42, с. 30-33], на підставі якої можна виділити п'ять груп суб'єктів доказування у кримінальному провадженні: 1) суб'єкти, на яких покладено обов'язок зібрати, перевірити, оцінити докази і таким чином з'ясувати фактичні обставини справи; 2) суб'єкти, які мають право самостійно збирати докази, накопичувати їх та надати суду; 3) суб'єкти, які мають право взяти участь у доказуванні, звертаючись до суб'єктів першої групи з клопотанням про проведення слідчих (розшукових) дій, приєднання до матеріалів провадження речей та документів; 4) суб'єкти, що надають відповідну інформацію, яка може бути використана як докази; 5) суб'єкти, які виконують допоміжні функції під час збирання та перевірки доказів. До першої групи відносяться суб'єкти, на яких покладається обов'язок доказування, які зобов'язані збирати, перевіряти та оцінювати докази в певній стадії кримінального процесу, вони уповноважені здійснювати кримінальне провадження, або наглядові чи контрольні повноваження і приймають рішення в кримінальному провадженні – слідчий, керівник органу досудового розслідування (у зв'язку з повноваженням, закріпленим у п. 6 ч. 2 ст. 39 КПК України), прокурор (у стадії досудового розслідування), суд в судових стадіях (якщо проаналізувати повноваження суду, які носять гносеологічний характер, можна стверджувати, що суд здійснює збирання доказів як самостійний елемент процесу доказування [62, с. 180-181]), а також слідчий суддя (погоджуємось з Т. В. Лукашкіною, яка вважає, що при розгляді скарг і клопотань слідчий суддя повинен встановити наявність обставин, що становлять локальний предмет

доказування, що являє собою покладення на нього обов'язку доказування [63, с. 60]). Однак в ч. 1 ст. 92 КПК України серед суб'єктів обов'язку доказування перелічуються лише слідчий, прокурор та у встановлених випадках потерпілий. До цієї групи можна віднести і працівників оперативних підрозділів, які проводять слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого або прокурора. Друга група суб'єктів – особи, які мають право самостійно збирати докази. До такої групи відноситься тільки сторона захисту, яка на підставі ч. 3 ст. 93 КПК України самостійно збирає докази. Третя група – суб'єкти, яким надано право брати участь в доказуванні в формах і межах, передбачених кримінальним процесуальним законодавством: шляхом звернення з клопотаннями про проведення слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій, приєднання до матеріалів провадження документів та речей (суб'єктами обов'язку доказування в таких випадках є ті особи, які здійснюють провадження, ухвалюють рішення). До таких суб'єктів відноситься сторона захисту, потерпілий, цивільний позивач та відповідач, їх представники, заявник, представник юридичної особи щодо якої здійснюється провадження і прокурор в судовому засіданні. Деякі науковці вважають, що захисник є суб'єктом обов'язку доказування [64, с. 99; 38, с. 59; 3, с. 510]. Однак, не можемо погодитись з такими поглядами з огляду на дію принципу презумпції невинуватості. Четверта група – особи, які в кримінальному провадженні надають висновки, дають показання, що можуть використовуватися як докази. Це підозрюваний, обвинувачений, потерпілий, свідки, експерти. П'ята група – це суб'єкти, які виконують допоміжні функції в доказуванні – перекладачі, спеціалісти, поняті, секретар судового засідання, судовий розпорядник. Участь суб'єктів цієї групи в доказуванні спрямована на надання певної допомоги у зв'язку з проведенням дій, пов'язаних з одержанням та перевіркою доказів.

Отже, ми з'ясували, що сторона захисту має право брати участь в доказуванні і не несе такого обов'язку. Ця характеристика впливає насамперед з положень принципу презумпції невинуватості, передбаченого ст. 62 Конституції України, міжнародними договорами [65; 66; 67] та ч. 2 ст. 17 КПК України, відповідно до якого ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального

правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом. Окрім того, презумпція невинуватості означає, що усі сумніви стосовно доведеності обставин у кримінальному провадженні підлягають тлумаченню на користь обвинуваченого (підозрюваного), а не доведена винність особи у вчиненні злочину розглядається як доведена її невинуватість. Як бачимо, сторона захисту, будучи позбавленою процесуальних можливостей, які є в розпорядженні протилежної сторони, має низку процесуальних гарантій, покликаних компенсувати недостатність правових механізмів, потреба в яких гостро виникає на шляху до здійснення повноцінного захисту від обвинувачення. Стосовно ж положень ч. 2 ст. 92 КПК України, в якій передбачено, що обов'язок доказування належності та допустимості доказів, даних щодо розміру процесуальних витрат, та обставин, які характеризують обвинуваченого, покладається на сторону, що їх подає, погоджуємось, що в даному випадку мова йде про «тягар доказування», а не про «обов'язок», а тому ця норма характеризує доказування в другому його значенні [68, с. 217-218]. Слід зауважити, що тягар доказування допоміжних кримінально-процесуальних рішень (скарг, клопотань) за загальним правилом розподіляється вже не на основі презумпції невинуватості, а на основі так званої «презумпції необґрунтованості процесуальних актів». Суть даного правила в тому, що зацікавлений в ухваленні рішення учасник кримінального процесу повинен сам обґрунтувати свій акт [69].

Існування процесуальних гарантій, наданих стороні захисту для участі в доказуванні, покликаних компенсувати неспроможності та вирівняти можливості в змаганні сторін, характеризують процес доказування, що здійснюється стороною захисту на досудовій стадії. Сукупність таких процесуальних гарантій в науці об'єднують в інститут сприяння стороні захисту – «*favor defensionis*», який знаходить своє відображення в кримінальному процесі України в багатьох нормах та має давні коріння [70, с. 283]. Вчені по-різному визначають сприяння захисту в кримінальному судочинстві. Так, на думку І. Б. Михайлівської для вирівнювання прав сторін у змагальному процесі закон передбачає для захисту ряд процесуальних переваг, які в загальному вигляді можна позначити як правило сприяння захисту [71, с. 41].

М. А. Міхеєнкова стверджує, що під процесуальної конструкцією сприяння захисту слід розуміти концепцію, згідно з якою права захисту як більш слабкої сторони повинні бути додатково гарантовані законодавцем понад механічного зрівнювання повноважень [72, с. 21]. Погоджуємось з науковцями і вважаємо, що на стадії досудового розслідування «*favor defensionis*» повинен застосовуватись до багатьох процедур, пов'язаних із доказуванням. Однією із головних таких процедур, на наш погляд, є **процедура збирання доказів стороною захисту**.

Чинним КПК України передбачено здійснення кримінального провадження на підставі принципу змагальності, в тому числі й в стадії досудового розслідування. Принцип змагальності характеризується неможливістю покладання функцій державного обвинувачення, захисту та судового розгляду на один і той самий орган чи службову особу. Відповідно до ст. 22 КПК України змагальність передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими КПК України; сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених КПК України. На жаль, в цій частині визначення змагальності є відверто штучним і декларативним, адже підґрунтям змагальності є рівні можливості сторін або максимальне їх наближення до стану рівності. В літературі зустрічаються непоодинокі випадки пропозицій повністю урівняти права сторін за рахунок надання стороні захисту необмеженого кола повноважень, які є характерними саме для діяльності сторони обвинувачення. Одними з таких є пропозиції: наділити захист правом провадити слідчі дії з можливістю фіксації фактичних даних, надаючи їм юридичної сили доказів; наділити сторону захисту правом бути поінформованим про весь обсяг доказової інформації з моменту набуття статусу підозрюваного, обвинуваченого; позбавити як сторону обвинувачення, так і сторону захисту права самостійно надавати зібраним фактичним даним статусу доказів, а деякі процесуальні (слідчі) дії взагалі дозволити проводити з дозволу судових органів [73, с. 176]. Такі пропозиції складають концепцію так званого «паралельного або адвокатського розслідування» [74, с. 429-464; 75, с. 87]. Не можемо

погодитись із основними положеннями цієї концепції, адже базовою функцією захисника у кримінальному провадженні є функція захисту, а не проведення розслідування, теоретичне ж допущення здійснення паралельного розслідування стороною захисту здатне зруйнувати весь механізм сучасного кримінального процесу [76, с. 16]. Крім того, погоджуємось із позицією Конституційного Суду України, викладеною у Рішенні від 17.03.2020 року № 5-р/2020 (справа № 3-358/2018(4975/18) [77], згідно якої: «рівність учасників кримінального провадження перед законом означає наділення їх рівними правами і рівними обов'язками щодо участі у кримінальному процесі та відстоюванні своєї позиції. При цьому поняття «рівні права», «рівні обов'язки» не можна ототожнювати з поняттями «однакові права», «однакові обов'язки». Права чи обов'язки можуть бути різними і залежать від статусу та ролі учасника кримінального провадження (прокурора, потерпілого, слідчого, обвинуваченого, захисника, цивільного позивача, цивільного відповідача тощо). Таким чином, рівність прав та обов'язків полягає в тому, що кожен з учасників кримінального провадження наділений правами і має обов'язки, визначені законодавством для його процесуального становища. Отже, процесуальні права та обов'язки учасників кримінального провадження з різним процесуальним становищем є неоднаковими, що зумовлено різними процесуальними функціями, які мають бути реалізовані під час кримінального провадження суб'єктами з відповідним процесуальним статусом». На наш погляд, змагальності сторін в рамках існуючої моделі кримінального процесу України можливо досягти шляхом максимального впровадження «favor defensionis» в інститути кримінального процесу, тим самим створюючи додаткові компенсаційно-гарантійні механізми для забезпечення «здорової конкуренції» в контексті здійснення доказової діяльності сторін.

Отже, згідно п. 8 ч. 3 ст. 42 КПК України підозрюваний має право самостійно збирати та представляти докази слідчому, прокурору. Захисник, користуючись правами підозрюваного, також має таке право. Однак ч. 3 ст. 93 КПК України містить більш спеціальну норму, яка надає право збирання доказів стороні захисту. Відповідно до цієї норми сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого

самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів. Ця норма характеризується тим, що на відміну від КПК України 1960 року, вперше задекларувала право сторони захисту та потерпілого самостійно, безпосередньо збирати докази, використовуючи передбачену КПК України можливість витребування та отримання предметів та документів, які сторона захисту не передає слідчому, а накопичує в себе та на етапі закінчення досудового розслідування відкриває їх стороні обвинувачення (ст. 290 КПК України). О. Ю. Лань, проаналізувавши положення ч. 3 ст. 93 КПК України та інших норм, здійснює своєрідну диференціацію способів збирання доказів стороною захисту і робить висновок, що права захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні поділяються на дві групи: 1) ініціювання захисником проведення процесуальних дій з метою отримання доказів (слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій); 2) проведення захисником процесуальних дій з метою отримання доказів (направлення адвокатських запитів; отримання від учасників кримінального провадження та інших осіб пояснень; тимчасовий доступ до речей і документів; залучення експерта для проведення експертизи) [38, с. 59]. Таке розмежування хоча і формально відповідає змісту ч. 3 ст. 93 КПК України, однак не повною мірою відображає сутність двох абсолютно відмінних напрямків участі сторони захисту в доказуванні під час досудової стадії.

На нашу думку, слід погодитись із запропонованою Т. В. Лукашкіною концепцією участі сторони захисту в доказуванні на стадії досудового розслідування у двох формах [78]. Перша форма – це самостійне збирання доказів, які сторона захисту накопичує протягом усього досудового розслідування, та на етапі закінчення стадії, відкривши стороні обвинувачення в порядку ст. 290 КПК України, внутрішньо оцінивши їх, вирішує використовувати матеріали в суді чи ні. В самостійне збирання доказів науковець включає їх витребування та отримання (ч. 3 ст. 93 КПК України),

тимчасовий доступ до речей і документів, а також їх вилучення (статті 159-165 КПК України), самостійне залучення експерта на договірних умовах для проведення експертизи (ст. 243 КПК України), проведення експертизи за дорученням слідчого судді, наданим за клопотанням сторони захисту (ст. 244, ч. 2 ст. 509 КПК України), проведення допиту, в тому числі одночасного допиту свідків, потерпілих слідчим суддею (ст. 225 КПК України). Більшість з цих повноважень сторони захисту є реалізацією в кримінальному провадженні «*favor defensionis*». Друга форма – це участь сторони захисту в доказуванні (збиранні доказів), яке здійснює сторона обвинувачення. В даному випадку, сторона захисту бере участь в доказуванні шляхом ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, яке полягає у поданні слідчому, прокурору відповідних клопотань, що розглядаються в порядку ст. 220 КПК України, відмова в задоволенні яких може бути оскаржена слідчому судді. У випадку задоволення таких клопотань підозрюваних, захисник відповідно до ч. 6 ст. 223 КПК України матимуть право бути присутніми при проведенні слідчих дій, окрім того, зможуть ставити питання, висловлювати пропозиції, зауваження та заперечення щодо порядку проведення слідчих дій, які заносяться до протоколу. Погоджуємось, що ведення мови про самостійне збирання доказів в таких випадках є некоректним, адже збирання доказів здійснює саме сторона обвинувачення [79, с. 265]. Незалежно від того, хто ініціював проведення слідчих дій, суб'єктами їх проведення залишаються слідчий, прокурор, які наділені владними повноваженнями по виклику певних осіб для участі в слідчих діях. Саме вони мають право звернутися до слідчого судді з клопотанням для одержання дозволу на проведення процесуальних дій, що пов'язані з обмеженням прав осіб, слідчий та прокурор зобов'язані провести такі процесуальні дії, дотримуючись всіх вимог закону, зафіксувавши їх хід та результати в протоколах або шляхом застосування технічних засобів. Зібрані в такі способи докази зберігаються в матеріалах кримінального провадження у сторони обвинувачення. Отже, саме слідчий, прокурор в розглядуваному випадку здійснюють збирання доказів шляхом проведення відповідних процесуальних дій. До цієї форми також віднесене право сторони захисту на підставі ст. 220 КПК України подавати клопотання слідчому, прокурору про

долучення до матеріалів кримінального провадження відповідних речей, документів, суб'єктами збирання доказів в цих випадках також виступають слідчий, прокурор. Крім того, вважаємо, що в межах цієї форми захисник має право брати участь у слідчих (розшукових) діях, які проводяться за рішенням сторони обвинувачення, користуючись при цьому відповідними правами свого підзахисного (п. 9 ч. 3 ст. 42 КПК України) [80, с. 513].

Що стосується здійснення стороною захисту перевірки та оцінки зібраних матеріалів (доказів), це питання не є однозначним. Так, О. В. Капліна вважає, що для сторони захисту та потерпілого оцінка доказів є їх правом, а не обов'язком, адже оцінка доказів, на її думку, пов'язана із прийняттям уповноваженими суб'єктами певних процесуальних рішень, що мають відповідні процесуальні наслідки [81, с. 147]. На наш погляд, незважаючи на те, що ст. 94 КПК України не визначає сторону захисту суб'єктом оцінки доказів, підозрюваний і захисник, отримавши певні докази, все ж таки мають право перевіряти їх іншими або в сукупності з іншими доказами, після чого оцінити їх для вирішення питання про використання в судовому провадженні або ж на досудовому розслідуванні під час вирішення різного роду локальних питань. Вважаємо, що в таких випадках оцінка доказів не є ідентичною оцінці, яку здійснюють суб'єкти, уповноважені приймати процесуальні рішення, про яку йдеться у ст. 94 КПК України – вона спрямована на внутрішнє переконання сторони захисту про можливість та доцільність використання відповідних матеріалів як доказів у кримінальному провадженні.

Визначившись із формами участі сторони захисту в доказуванні на стадії досудового розслідування, на наш погляд, необхідно з'ясувати не менш важливі, і в той же час дискусійні, питання, пов'язані із визначенням статусу матеріалів, зібраних стороною захисту під час стадії досудового розслідування, та можливості віднесення їх до категорії доказів. Погоджуємось з О. С. Стареньким, що законодавець створив в КПК України правову колізію між положеннями ч. 1 ст. 84 та ч. ч. 1, 3 ст. 93 КПК України, з одного боку передбачивши право захисника збирати на досудовому розслідуванні саме докази, а з іншого – визначивши доказами в кримінальному провадженні фактичні дані, на підставі яких лише слідчий, прокурор, слідчий суддя і

суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження і підлягають доказуванню [82, с. 34]. Така неузгодженість, на наш погляд, є основною із причин неоднозначного розуміння в кримінальній процесуальній науці статусу матеріалів, зібраних стороною захисту. Для надання однозначних відповідей на вищевказані дискусійні питання насамперед слід з'ясувати природу кримінально-процесуальних доказів. В доктрині існує багато поглядів з приводу того що саме можна вважати доказами [83, с. 166; 84, с. 47]. Одні науковці стверджують про неможливість існування доказів на досудовій стадії, мотивуючи це законодавчою вимогою безпосереднього дослідження матеріалів судом [85, с. 186]. Інші говорять про існування доказів в обох стадіях, поділяючи їх на досудові та судові [86, с. 86]. Необхідним для здійснення повноцінного дослідження правової природи доказів у кримінальному провадженні, на наш погляд, є звернення до дефініції, наданої законодавцем у ст. 84 КПК України, яка дає чітке розуміння що саме можна вважати доказом, виділяючи наступні конструкційні (обов'язкові) ознаки доказів, які найкраще характеризують їх сутність: 1) це фактичні дані, які отримані у передбаченому КПК України порядку; 2) на підставі цих фактичних даних слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження і підлягають доказуванню. Розглянемо ці ознаки більш детально.

По-перше, доказами є інформація про факти, яка зібрана у передбаченому КПК України порядку, тобто у способи, визначені кодексом. На нашу думку, більш правильним було б формулювання «які отримані у передбаченому кримінальним процесуальним законодавством порядку у способи, передбачені КПК України» (**Додаток А, п. 1**), адже в такому випадку з під регулювання даної норми не виключались би процедури одержання інформації, врегульовані спеціальним законодавством. Такі фактичні дані можуть бути зібрані будь-якими суб'єктами доказування, які мають на це право, адже КПК України у ст. 84 не обмежує можливість їх отримання лише вичерпним переліком суб'єктів. Це є однією із головних позитивних ознак сформульованого у КПК України поняття доказу, яка серед іншого вказує на його універсальність. По-друге, обов'язковою ознакою є

необхідність встановлення на підставі цих фактичних даних наявності чи відсутності фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження і підлягають доказуванню, уповноваженими суб'єктами, серед яких КПК України називає слідчого, прокурора, слідчого суддю та суд. На наше переконання, сутність даної ознаки характеризується особливістю процесу правозастосування, який обов'язково повинен закінчуватись прийняттям процесуального рішення, адже встановлення фактичних обставин у процесі правозастосування обов'язково здійснюється для прийняття відповідного процесуального рішення. Суб'єкт доказування завжди збирає докази з метою правильного вирішення провадження по суті або для вирішення проміжних чи локальних питань, що виникають під час кримінального провадження (таких, як, наприклад, застосування ЗЗКП). Встановлення обставин обов'язково повинно бути оформлено процесуально та в кінцевому рахунку лягти в основу відповідного процесуального рішення. Також, на нашу думку, обставини, що мають значення для кримінального провадження та обставини, що підлягають доказуванню мають дещо різну природу.¹

В контексті викладеного вище необхідно з'ясувати що собою являють процесуальні рішення. Так, згідно із ч. 1 ст. 110 КПК України процесуальними рішеннями є всі рішення органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді, суду. Рішення слідчого, прокурора приймається у формі постанови, судові рішення у формі ухвали, постанови або вироку. Окремим видом процесуальних рішень є обвинувальний акт, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і яким завершується досудове розслідування. В доктрині науковцями запропоновані різноманітні дефініції кримінально-процесуальних рішень [87, с. 24; 88, с. 41; 89, с. 58; 90, с. 27; 91, с. 23]. Найбільш точним визначенням, на наш погляд, є запропоноване колективом авторів, згідно якого процесуальні рішення – це правозастосовні акти владно-розпорядчого

¹ Вважаємо, що обставини, які підлягають доказуванню – це ті, перелік яких визначений у ст. 91 КПК України та які становлять загальний предмет доказування. Обставини, що мають значення для кримінального провадження – це всі інші, які стосуються відповідного провадження, основний масив яких спрямований на вирішення проміжних питань і які становлять локальний предмет доказування в кожному окремо взятому випадку. У зв'язку з цим нормативного доопрацювання потребують ст. ст. 95, 98, 99, 101 КПК України – на нашу думку, показання, речові докази, документи та висновки експерта можуть бути використані як докази фактів чи обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню (Додаток А, п. 3).

характеру, виражені у встановленій законом формі, пов'язані з вирішенням правових питань, що виникають у процесі кримінального провадження та містять владні приписи щодо вчинення певних правових дій чи настання певних правових наслідків. Кримінально-процесуальні рішення мають правовий характер, оскільки вони є індивідуальними актами застосування кримінальних та кримінально-процесуальних норм, шляхом прийняття та виконання процесуальних рішень по кримінальній справі охороняються права та законні інтереси учасників кримінального провадження, а також забезпечується швидке, повне та неупереджене розслідування і судовий розгляд та правильне застосування кримінально-процесуального закону [92, с. 8-9]. В цій же науковій роботі автори проводять комплексну класифікацію процесуальних рішень за різними критеріями. Так, за правовим значенням поділяють їх на основні та допоміжні; за суб'єктами прийняття виділяють процесуальні рішення слідчого, керівника органу досудового розслідування, прокурора, слідчого судді, судді, суду; за особливістю набрання юридичної сили – рішення, що затверджуються прокурором, рішення, що потребують дозволу суду та рішення, що набирають чинності з моменту їх прийняття або після спливу строку їх оскарження; за функціональним призначенням – початкові, проміжні та підсумкові рішення; за порядком прийняття – одноособові та колегіальні; в залежності від стадії, на якій приймаються – рішення, що приймаються в стадії досудового розслідування, підготовчого судового провадження тощо; за характером поділяють рішення на обов'язкові та факультативні; за формою вираження (оформлення) – на постанови, ухвали, клопотання, обвинувальні акти, вирoki тощо [92, с. 12].

Для подальшого використання під час дослідження проблематики теми наукової роботи та здійснення загальної характеристики участі сторони захисту в доказуванні на досудовому розслідуванні, на підставі функціонально-змістовного критерію та рівня досягнення вирішеності кримінального провадження по суті вважаємо за необхідне запропонувати поділ процесуальних рішень, що приймаються в стадії досудового розслідування різними суб'єктами, на **остаточні, кінцеві, проміжні та локальні**. Остаточні процесуальні рішення є рішеннями, якими в досудовій стадії кримінальне провадження закінчується остаточно і по суті, без

можливості переходу справи на наступну стадію. Це, насамперед, рішення про закриття кримінального провадження за різними підставами, встановленими ч. 1 ст. 284 КПК України. Кінцевими процесуальними рішеннями є рішення, які становлять форми закінчення досудового розслідування, однак для остаточного вирішення справи по суті необхідним є судовий розгляд. Це такі рішення як обвинувальний акт, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру. Проміжні рішення – це ті, якими не закінчується досудове розслідування, вирішуються різного роду процесуальні питання досудового розслідування та які не містять ознак остаточних, кінцевих та локальних. Такими рішенням, серед іншого, є, наприклад, рішення про зупинення та відновлення досудового розслідування, рішення про продовження строків досудового розслідування, рішення про доручення проведення досудового розслідування, рішення про визначення підслідності проведення досудового розслідування тощо. Локальними процесуальними рішеннями є рішення стосовно обрання, зміни, скасування ЗЗКП, які приймаються з метою досягнення дієвості кримінального провадження. Це, наприклад, ухвала слідчого судді про надання дозволу на тимчасовий доступ до речей і документів, ухвала про обрання запобіжного заходу у вигляді особистого зобов'язання або домашнього арешту, ухвала про накладення грошового стягнення тощо.

Отже, головною обов'язковою ознакою, за наявності якої можна зробити висновок про збирання стороною захисту доказів, є необхідність прийняття відповідного процесуального рішення на підставі таких доказів уповноваженим суб'єктом. В разі ж, якщо захисник зібрав відповідні матеріали у способи, визначені КПК України, однак на підставі таких матеріалів не було прийнято процесуальне рішення, тобто не проведено правозастосування уповноваженим суб'єктом, матеріали так і не отримують статусу доказу – вони залишаються не використаними процесуально. Розглянемо механізм «формування» доказів на стадії досудового розслідування.

В процесі доказування, яке здійснюється під час досудової стадії сторонами кримінального провадження, сторона обвинувачення уповноважена приймати остаточні, кінцеві та проміжні процесуальні рішення. При цьому обидві сторони кримінального провадження можуть виступати ініціаторами прийняття локальних процесуальних рішень: сторона обвинувачення – у випадках, коли суб'єктом прийняття рішення є слідчий суддя, сторона захисту – в будь-якому випадку. Окрім того, сторона захисту збирає матеріали з метою використання їх під час судового розгляду. В кожному окремому випадку мета збирання матеріалів може відрізнятись, однак, на наш погляд, на досудовій стадії суб'єкти здійснюють їх збирання, переслідуючи при цьому три основні мети: 1) сторона обвинувачення для прийняття остаточного, кінцевого, проміжного процесуального рішення (так би мовити, взагалі), прагнучі при цьому вирішити справу по суті; 2) сторона захисту для використання в суді; 3) обидві сторони з метою вирішення локальних питань досудового розслідування. Перші два випадки характеризуються тим, що під час їх реалізації встановлюються обставини, які становлять загальний предмет доказування, передбачений ст. 91 КПК України, другий – встановленням обставин, що становлять локальний предмет доказування, який в кожному, окремо взятому випадку, є особливим.

Розглянемо **алгоритми дій** сторін кримінального провадження як суб'єктів доказування після збирання ними відповідних матеріалів, а також спробуємо визначити момент перетворення зібраних матеріалів на докази. **Перший:** прагнучи вирішити основні питання кримінального провадження, сторона обвинувачення, зібравши матеріали, сформувавши внутрішнє бачення, в залежності від наявності повноважень приймає відповідне процесуальне рішення самостійно чи виступає ініціатором його прийняття. **Самостійно** сторона обвинувачення приймає такі процесуальні рішення: **1) остаточне:** слідчий, прокурор виносять постанову про закриття кримінального провадження (окрім рішення прокурора про закриття кримінального провадження щодо підозрюваного, адже воно не є перешкодою для продовження досудового розслідування щодо відповідного кримінального правопорушення); **2) кінцеве:** прокурор складає клопотання про звільнення особи від

кримінальної відповідальності, слідчий, прокурор складають клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, обвинувальний акт; **3) проміжне:** слідчий, прокурор складають повідомлення особі про підозру, виносять постанову про зупинення досудового розслідування. Приймаючи остаточне процесуальне рішення, в суб'єкта доказування відсутня необхідність доводити свою позицію зовнішньому адресату (в даному випадку доказування становить перший етап процесу правозастосування, який здійснює суб'єкт прийняття рішення самостійно) – доказування здійснюється тільки в першому значенні, адже обґрунтування власного твердження не відбувається. При винесенні кінцевого або проміжного процесуальних рішень, якщо рішення потребує затвердження прокурором, слідчий, як ініціатор, повинен аргументувати своє твердження та довести його прокурору. Таке доведення в даному випадку здійснюється автоматично (на відміну від прийняття рішення слідчим суддею за ініціативою інших суб'єктів, яке в більшості випадків здійснюється за спеціальною процедурою – в судовому засіданні, з дослідженням необхідних обставин) та, на наш погляд, має специфічну природу, однак в межах другого виду доказування. Що стосується прийняття кінцевих процесуальних рішень, доказування тут здійснюється в першому значенні, однак доказування другого виду має властивість бути перенесеним у часі на наступні стадії кримінального провадження, адже в суді сторона обвинувачення нестиме тягар доказування обставин, підтверджених доказами, які лягли в основу кінцевого процесуального рішення на стадії досудового розслідування. Іншою є ситуація, коли слідчий, прокурор, зібравши матеріали, внутрішньо переконались в неможливості на підставі отриманих фактичних даних самостійно прийняти остаточне та кінцеве процесуальні рішення та, у зв'язку з відсутністю повноважень, звертаються до суб'єкта, який має повноваження прийняти проміжне процесуальне рішення. Мова йде про продовження строків досудового розслідування, коли слідчий, прокурор повинні звернутися з відповідним клопотанням до районного (міського) або іншого прирівняного до нього прокурора, керівника місцевої прокуратури, заступника Генерального прокурора або до слідчого судді в залежності від обставин, передбачених ст. 294 КПК України. В цьому випадку

слідчий, прокурор використовуватимуть зібрані матеріали для обґрунтування необхідності продовження строків досудового розслідування. Доказування в цьому випадку здійснюється як в першому так і в другому його значенні, адже після збору відповідних матеріалів слідчий, прокурор повинні обґрунтувати власну правову позицію, наприклад, слідчому судді в судовому засіданні за участю сторони захисту, яка має право подати письмові заперечення і, в свою чергу, також нестиме тягар доказування обставин, вказаних у запереченні. В даному випадку маємо можливість спостерігати один із випадків прояву реалізації принципу змагальності у кримінальному провадженні. Вважаємо, що сторона обвинувачення в першому і другому випадках здійснює збирання матеріалів, які стають доказами після їх використання, що підтверджується прийняттям відповідного процесуального рішення. Загалом можна вести мову про збирання в обох випадках саме доказів, адже слідчий, прокурор в будь-якому випадку зобов'язані прийняти на підставі цих доказів відповідні процесуальні рішення або звернутися за прийняттям процесуального рішення до іншого суб'єкта, який в свою чергу також несе обов'язок здійснити доказування та прийняти процесуальне рішення на підставі наданих доказів. Що стосується сторони захисту, згідно із ст. 220 КПК України остання має право подавати клопотання про виконання будь-яких процесуальних дій слідчому, прокурору, котрі зобов'язані розглянути та задовольнити його за наявності відповідних підстав протягом трьох днів з моменту подання. Однак, вважаємо, що в такому випадку сторона захисту позбавлена можливості подавати клопотання про прийняття будь-яких процесуальних рішень, а тому необхідно законодавчо доопрацювати ст. 220 КПК України, доповнивши її такою можливістю (**Додаток А, п. 2**). В разі створення законодавчої можливості ініціювання підозрюваним, захисником прийняття будь-яких процесуальних рішень слідчим, прокурором, дискусійним виявляється питання покладення на сторону захисту тягара доказування відповідних підстав (наприклад, підстав для закриття кримінального провадження). На наш погляд, з огляду на обов'язок слідчого, прокурора приймати відповідні процесуальні рішення у кримінальному провадженні, останні повинні й встановлювати підстави для прийняття таких рішень, у зв'язку з чим здійснення обґрунтування їх прийняття для

сторони захисту має бути правом [93, с. 147]. Таке обґрунтування захисник зможе здійснюватися двома шляхами: шляхом долучення до клопотання відповідних нових матеріалів (наприклад документів чи висновку експерта, отриманого в порядку ст. 243 КПК України) або шляхом посилення на матеріали, зібрані стороною обвинувачення, які вже є в кримінальному провадженні. Візьмемо, наприклад, таке остаточне процесуальне рішення як постанову про закриття кримінального провадження. Перш ніж прийняти його, сторона обвинувачення повинна буде вирішити – що робити з новими матеріалами, поданими стороною захисту – долучити їх до кримінального провадження як докази чи ні. На жаль, КПК України також не містить і обов'язку слідчого, прокурора долучати до кримінального провадження речі, документи, подані стороною захисту. А тому сторона обвинувачення буде мати право відмовити в клопотанні, при цьому не долучивши речі, документи до матеріалів провадження як неналежні. Цю проблему могло б вирішити встановлення обов'язку слідчого, прокурора долучати до кримінального провадження будь-які матеріали, подані стороною захисту, що мають значення для кримінального провадження. Однак поки що вимушені констатувати відсутність можливості ініціювати прийняття остаточних, кінцевих та проміжних процесуальних рішень стороною захисту на підставі ст. 220 КПК України та робимо висновок про розповсюдження розглянутого вище алгоритму дій, пов'язаного зі збиранням матеріалів (доказів), спрямованих на вирішення основних питань кримінального провадження, виключно на сторону обвинувачення. **Другий** алгоритм виникає під час збирання стороною захисту матеріалів, необхідних для вирішення кримінального провадження по суті, і які остання може використати виключно у судовому провадженні. Підозрюваний, захисник збирають матеріали у способи, визначені ст. 93 КПК України, накопичують їх у себе, а потім відкривають їх протилежній стороні в порядку ст. 290 КПК України, після чого приймають внутрішнє рішення про використання їх в судовому засіданні. В такому випадку сторона захисту здійснює доказування в першому його значенні. Участь в доказуванні у другому його значенні переноситься на стадію судового розгляду, в якій підозрюваний або захисник будуть аргументувати власну позицію перед судом. При даному алгоритмі сторона захисту на досудовому розслідуванні

збирає матеріали, які мають перспективу стати доказами у суді. **Третій** алгоритм суттєво відрізняється від перших двох: по-перше, він не стосується виключно однієї сторони, а охоплює доказування, здійснюване сторонами обвинувачення і захисту. По-друге, сторона кримінального провадження в даному випадку збирає матеріали з конкретною, заздалегідь визначеною метою, – звернутися до суб'єкта прийняття відповідного локального процесуального рішення з метою переконати його прийняти необхідне процесуальне рішення, використовуючи при цьому зібрані матеріали. В цьому випадку суб'єкт прийняття рішення встановлює фактичні обставини шляхом отримання матеріалів від суб'єкта ініціювання. Маємо змогу спостерігати унікальний комплексний підхід до доказування, тобто доказування обов'язково здійснюється в два етапи: 1) збирання матеріалів із заздалегідь визначеною метою (перший вид доказування); 2) подання їх суб'єкту прийняття рішення та доведення свого твердження перед ним (другий вид доказування) [94, с. 177]. Цей алгоритм головним чином стосується процесу участі сторін кримінального провадження у доказуванні під час вирішення питань про ЗЗКП слідчим суддею. В даному випадку матеріали перетворюються на докази в момент їх розгляду суб'єктом прийняття процесуального рішення – слідчим суддею. Саме за таких умов здійснення доказування найбільше знаходить своє відображення засада змагальності. Статтями 151, 156, 172, 193 КПК України передбачено, що слідчий суддя має право за клопотанням сторін кримінального провадження або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання. І хоча дані норми містять формулювання «слідчий суддя має право», погоджуючись з Т. В. Лукашкіною, вважаємо, що слідчий суддя не може відмовити сторонам в дослідженні поданих ними матеріалів [78, с. 193]. Це підтверджує і принцип змагальності сторін, який передбачає свободу та рівність в поданні суду матеріалів сторонами.² Отже, матеріали, що підтверджують сутність доводів сторін, стають

² У зв'язку з цим наведене формулювання у відповідних статтях КПК України можливо було б замінити наступним: «слідчий суддя зобов'язаний за клопотанням сторін кримінального провадження (учасників розгляду – для вирішення питання про арешт майна у ст. 173 КПК України) та має право за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання». Взагалі КПК України не містить єдиної загальної процедури розгляду клопотань про ЗЗКП. В кожній окремій статті містяться різні формулювання. На нашу думку, необхідно доповнити КПК України окремою статтею, в якій слід передбачити загальну процедуру розгляду клопотань про ЗЗКП. Більш детально це питання буде розглянуто у третьому розділі дисертації.

доказами під час їх розгляду слідчим суддею. Це стосується і подання стороною захисту матеріалів безпосередньо під час судових засідань з розгляду слідчими суддями клопотань сторони обвинувачення. Такі матеріали повинні бути спрямовані передусім на спростування доводів сторони обвинувачення. В цьому контексті, слід відмітити важливу проблему, пов'язану із сталою практикою відмови слідчих суддів перевіряти та оцінювати докази з точки зору їх допустимості, внаслідок чого на підставі доказів, які мають ознаки недопустимих, приймаються важливі в кримінальному провадженні процесуальні рішення [95, с. 158-159; 96]. Погоджуємось, що слідчі судді під час перевірки обґрунтованості підозри мають обов'язково вирішувати як питання права, так і питання факту [96]. Однак останні відмову у дослідженні доказів з точки зору їх допустимості та належності мотивують відсутністю відповідних повноважень, наданих КПК України, що є абсолютно необґрунтованим поясненням з огляду на зміст ст. ст. 84, 86, 94, 132, 194 КПК України. Доведення стороною захисту недопустимості доказів сторони обвинувачення під час розгляду слідчим суддею клопотань про ЗЗКП за таких умов становитиме значну проблему. Більш детально це питання буде розглянуте у третьому розділі роботи.

На підставі викладеного робимо висновок, що **сторона захисту на стадії досудового розслідування збирає докази, саме беручи участь у доказуванні, яке здійснюється у зв'язку із обранням, зміною, скасуванням ЗЗКП**, що є головною особливістю як доказової діяльності захисника взагалі, так і доказування, здійснюваного під час обрання, зміни чи скасування ЗЗКП на досудовому розслідуванні. На наш погляд, сторона захисту завжди має статус суб'єкта ініціювання прийняття відповідного процесуального рішення, адже не несе обов'язку доказування та не уповноважена приймати процесуальні рішення самостійно [94, с. 177].

Взагалі, вважаємо, що на досудовому розслідуванні сторона захисту, реалізуючи повноваження, надані їй для здійснення доказування, в залежності від переслідуваної мети діє в таких напрямках: 1) бере участь в доказуванні у двох формах, запропонованих Т. В. Лукашкіною, розглянутих нами вище. Таке

доказування спрямоване на одержання матеріалів обома сторонами, при цьому сторона обвинувачення буде використовувати отримані від сторони захисту матеріали для прийняття остаточного, кінцевого, проміжного процесуального рішення, а сторона захисту для використання в суді; 2) збирає докази з метою використання їх під час вирішення питань про ЗЗКП слідчим суддею.

За результатами проведеного дослідження, робимо висновок, що матеріали, які збираються сторонами, перетворюються на докази саме під час прийняття на їх підставі відповідного процесуального рішення. На наш погляд, наведені нами вище алгоритми дій дають змогу зрозуміти та відслідкувати процесуальний момент перетворення зібраних сторонами кримінального провадження матеріалів у докази, а також запропонувати класифікацію доказів в залежності від мети їх збирання та видів процесуальних рішень, для прийняття яких вони збираються, на наступні: **остаточні, кінцеві, проміжні та локальні докази.**³ У зв'язку з тим, що доказування, здійснюване сторонами під час вирішення питань про ЗЗКП, на наш погляд, є специфічним видом діяльності, який потребує окремої уваги, вважаємо за необхідне розглянути особливості такої діяльності на досудовій стадії.

1.3. Особливості доказування під час вирішення питань щодо ЗЗКП слідчим суддею

Значної актуальності останнім часом набула тема доказування, яке здійснюється як сторонами кримінального провадження, так і слідчим суддею під час вирішення питань про ЗЗКП. З прийняттям КПК України у 2012 році в кримінальному процесі України з'явився оновлений набір заходів, які спрямовані на досягнення його дієвості. Крім того, оновлення зазнав як порядок розгляду питань про застосування

³ В цьому контексті дуже вдалою є класифікація локальних доказів, наведена В.А. Завтуром [97, с. 104-105]: залежно від спрямованості процесу доказування та структури локального предмету доказування, докази, якими обґрунтовується необхідність застосування ЗЗКП автор поділяє на ті, що підтверджують або спростовують обґрунтованість підозри, і ті, що спрямовані на встановлення фактичних обставин, що мають суттєве значення для правильного вирішення відповідних клопотань. В контексті ж застосування запобіжних заходів додатково виокремлено докази, якими обґрунтовується наявність або відсутність ризиків протидії кримінальному провадженню; докази, якими встановлюються обставини, що враховуються при обранні запобіжного заходу, визначені ст. 178 КПК України, а також докази, якими встановлюються обставини, зумовлені обранням запобіжного заходу певного виду (наприклад, чи заслуговує поручитель довіри при обранні особистої поруки; вирішення питання про доцільність визначення розміру застави при обранні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (ч. 4 ст. 183 КПК України) тощо).

ЗЗКП, так і процес прийняття таких рішень. Це пов'язане, насамперед, з поступовою трансформацією кримінального процесу у змагальний, який дає можливість розширити активність сторін кримінального провадження під час доказування слідчому судді наявності або відсутності підстав для застосування ЗЗКП. Також, це свідчить про суттєве розширення меж судового контролю в порівнянні із КПК України 1960 року. Приємно констатувати, на наш погляд, позитивні тенденції у цій сфері, пов'язані із правильним розумінням науковцями як сутності самого процесу вирішення питань про ЗЗКП, так і потреб вдосконалення і розвитку цього інституту. На цей факт вказують пропозиції щодо покращення кримінально-процесуального законодавства в частині вироблення необхідної змагальної процедури вирішення слідчим суддею питань про ЗЗКП; наділення слідчого судді додатковими повноваженнями, спрямованими на забезпечення його можливості прийняти обґрунтоване та вмотивоване рішення шляхом встановлення допустимості або недопустимості доказів, на які посилаються сторони кримінального провадження; розширення процесуальних прав сторони захисту під час доказування, яке спрямоване на обрання, зміну, скасування ЗЗКП слідчим суддею. Вважаємо, що вдосконалення даного інституту кримінального провадження є неможливим без дослідження насамперед загальних основ процесу вирішення слідчим суддею питань про ЗЗКП, без виділення особливостей як самого інституту обрання, зміни та скасування ЗЗКП, так і доказування, яке безпосередньо пов'язане із вирішенням цих питань.

Відповідно до ч. 2 ст. 131 КПК України ЗЗКП є: 1) виклик слідчим, дізнавачем, прокурором, судовий виклик і привід; 2) накладення грошового стягнення; 3) тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом; 4) відсторонення від посади; 4-1) тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя; 5) тимчасовий доступ до речей і документів; 6) тимчасове вилучення майна; 7) арешт майна; 8) затримання особи як тимчасовий запобіжний захід; 9) запобіжні заходи: особисте зобов'язання, особиста порука, застава, домашній арешт, тримання під вартою. Також у кримінальному процесі існують спеціальні види ЗЗКП, які застосовуються під час здійснення кримінального провадження в особливому порядку: 1) поміщення в

приймальник-розподільник для дітей осіб, що вчинили суспільно небезпечне діяння після досягнення одинадцятирічного віку до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ч. 4 ст. 499 КПК України); 2) передання на піклування опікунам, близьким родичам і членам сім'ї з обов'язковим лікарським наглядом (п. 1 ч. 1 ст. 508 КПК України); 3) поміщення осіб стосовно яких передбачається застосування примусових заходів медичного характеру до психіатричного закладу в умовах, що виключають їх небезпечну поведінку (п. 2 ч. 1 ст. 508 КПК України).

Природа заходів, спрямованих на досягнення дієвості кримінального провадження, є багатогранною та дискусійною. Водночас існують характерні ознаки ЗЗКП, які дають змогу ідентифікувати відповідний інститут кримінального провадження та виділити **його основні особливості**: 1) специфічна загальна мета ЗЗКП – досягнення дієвості кримінального провадження (ч. 1 ст. 131 КПК України), яка є багатоаспектною та, на нашу думку, означає забезпечення досягнення завдань кримінального провадження, усунення перешкод в реалізації процесуальних прав суб'єктів кримінального провадження, забезпечення процесу доказування, будь-які інші цілі, здатні вплинути на дієвість кримінального провадження; 2) особливі підстави та умови застосування ЗЗКП, порядок прийняття таких рішень слідчим суддею на відміну від КПК України 1960 року; 3) тимчасовий характер дії ЗЗКП – заходи повинні застосовуватись до припинення існування реальних потреб у таких заходах; 4) змішана природа ЗЗКП: примусовий [98, с. 367; 99, с. 135], попереджувальний [100, с. 234-237], запобіжний [101, с. 7], на наш погляд, забезпечувальний та обмежувальний характер таких заходів; 5) ретроспективний та перспективний характер спрямування дії ЗЗКП; 6) особливий набір кримінально-процесуальних гарантій застосування ЗЗКП [97, с. 39-50]; 7) специфічний суб'єкт прийняття рішень про ЗЗКП, який забезпечує реалізацію судового контролю на досудовому розслідуванні (для більшості видів ЗЗКП), а також є гарантом дотримання балансу приватних і публічних інтересів під час прийняття рішень про ЗЗКП [102, с. 97]; 8) комплексність ЗЗКП та спрямованість на вирішення низки перешкод, які виникають у кримінальному провадженні, тобто один ЗЗКП може вирішувати одночасно декілька проблемних питань, які виникають у кримінальному

процесі (наприклад, арешт майна здатний забезпечити як збереження речових доказів, так і подальше відшкодування потерпілому спричиненої кримінальним правопорушенням шкоди); 9) орієнтованість на досягнення загальних завдань кримінального провадження, які стосуються інтересів усіх учасників (обох сторін кримінального провадження), та відсутність спрямованості на забезпечення діяльності виключно сторони обвинувачення; 10) особливий порядок доказування, яке здійснюється сторонами та слідчим суддею під час вирішення питань про ЗЗКП; 11) кінцева мета ЗЗКП – отримання відповідними суб'єктами доказів, забезпечення процесу встановлення фактичних обставин для прийняття відповідного процесуального рішення у кримінальному провадженні.

З приводу орієнтації ЗЗКП на досягнення загальних завдань кримінального провадження, які стосуються інтересів усіх його учасників, необхідно зауважити, що історично ЗЗКП виникли як механізми, покликані полегшити діяльність саме органів, які здійснюють кримінальне переслідування, на що, зокрема, вказує і примусовий характер більшості ЗЗКП. Наразі ж ЗЗКП також фактично залишаються спрямованими на допомогу органу досудового розслідування та прокуратурі та носять однобічний характер, спрямований допомогти стороні обвинувачення у виконанні функцій, покладених на неї. Виключення складає такий вид ЗЗКП як тимчасовий доступ до речей і документів, спрямований на забезпечення процедури збирання доказів як стороною обвинувачення, так і стороною захисту. Однак завдання кримінального провадження зводяться не тільки до забезпечення притягнення до відповідальності кожного, хто вчинив кримінальне правопорушення, але й до недопущення обвинувачення та засудження кожного невинуватого та незастосування необґрунтованого процесуального примусу до жодної особи.

Багатостороння, рівнозначна орієнтація завдань кримінального провадження на усіх учасників кримінального провадження є своєрідною константою, а тому, вважаємо, що традиційне розуміння ЗЗКП як примусових заходів, спрямованих забезпечити сторону обвинувачення правовими механізмами для виконання своїх функцій, в реаліях сучасного, трансформованого у змагальний, кримінального процесу є неправильним та повинне змінюватися [103, с. 299]. Простими словами

ЗЗКП повинні допомагати у подоланні перешкод в реалізації процесуальних прав не тільки стороні обвинувачення, але й стороні захисту та іншим учасникам кримінального провадження, які цього потребують. На наше глибоке переконання, в цьому контексті інститут ЗЗКП має перспективу бути переглянутим та розвинутим. Така перспектива є майбутнім розвитку кримінального процесу України, зокрема, засад його змагальності. Викладене може знайти втілення, наприклад, в доповненні існуючого переліку ЗЗКП новими, спрямованими на вирішення проблем, що виникають в діяльності сторони захисту, зміні чи нормативному доопрацюванні вже існуючих ЗЗКП в контексті розширення прав сторони захисту, пов'язаних з ініціюванням застосування деяких видів ЗЗКП, участю в прийнятті рішень про їх застосування, в пропозиціях застосування альтернативних (більш «м'яких») заходів порівняно із ЗЗКП до учасників кримінального провадження, за наявності відповідних умов тощо [103, с. 299]. На наш погляд, необхідно зауважити, що за своєю сутністю ЗЗКП охоплюють набагато ширший перелік процесуальних механізмів, головною метою яких є досягнення дієвості кримінального провадження, ніж передбачених виключно у ст. 131 КПК України та нормах КПК України щодо запобіжних заходів, які застосовуються в особливих порядках кримінального провадження. Так, О. М. Миколенко, характеризуючи ЗЗКП, робить висновок про існування, зокрема, такого ЗЗКП як видалення за ухвалою суду обвинуваченого з зали судового засідання тимчасово або на весь час судового розгляду при повторному порушенні ним порядку (ст. 330 КПК України), який відсутній серед загального переліку ЗЗКП. Окрім того, автор виокремлює особливості ЗЗКП та заходів кримінально-процесуального примусу, які дають можливість зрозуміти відмінність цих інститутів один від одного [104, с. 81-84]. Н. Р. Бобечко залежно від зв'язку з кримінально-процесуальним примусом поділяє їх на дві групи: заходи примусового забезпечення кримінального провадження (усі правові форми кримінально-процесуального примусу) та заходи непримусового забезпечення кримінального провадження [105, с. 34]. І. П. Зінковський пропонує оновлений перелік ЗЗКП, розширений новими заходами, які, на думку автора, за своєю сутністю є заходами, спрямованими на досягнення дієвості кримінального провадження [106, с. 258-259].

На нашу думку, ознакам ЗЗКП відповідають такі інститути кримінального провадження як відводи; прийняття рішення слідчим суддею, судом про проведення закритого судового засідання для забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні; безпосередньо забезпечення безпеки відповідних учасників кримінального провадження, членів їх сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо в порядку, визначеному КПК України та Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві»; забезпечення доказів, наприклад, допит свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні тощо. Викладене вище дає змогу вести мову про широке та вузьке тлумачення ЗЗКП. Широке охоплює усі наявні у кримінальному процесуальному законодавстві механізми, спрямовані на виконання завдань та досягнення дієвості кримінального провадження. Вузьке сформоване на підставі функціонально-змістовного критерію та, на нашу думку, охоплює ЗЗКП, які за своєю сутністю відповідають заходам процесуального примусу, а фактично на сьогоднішній день включає в себе усі заходи, що містяться у ст. 131 КПК України та нормах, регулюючих особливі порядки кримінального провадження. Отже, дослідження правової природи та особливостей ЗЗКП дає змогу зробити висновок про можливість та ймовірність розширення інституту ЗЗКП новими його видами. Про це свідчить і динаміка, пов'язана із доповненням у 2016 році переліку ЗЗКП новим видом – тимчасовим відстороненням судді від здійснення правосуддя (п. 4-1 ч. 2 ст. 131 КПК України).

Однією із особливостей інституту ЗЗКП, як ми вказували вище, є порядок доказування, яке здійснюється сторонами та слідчим суддею під час вирішення питань про ЗЗКП. Доказування в цьому контексті відіграє неабияку важливу роль, адже є підґрунтям для прийняття законного, обґрунтованого, вмотивованого рішення слідчим суддею. В чому ж полягають особливості такого доказування. На наш погляд, їх можна виокремити через дослідження категорій предмета доказування, меж доказування, суб'єктів та процесу доказування. Слід зауважити, що окреме спеціальне дослідження питань доказування при застосуванні ЗЗКП в науці кримінального процесу розпочалось з роботи І. В. Гловюк, в якій автор визначає

особливості предмета та процесу доказування при застосуванні слідчим суддею ЗЗКП [102, с. 97-105].

Погоджуємось, що для позначення сукупності фактичних обставин, які підлягають встановленню під час розгляду та вирішення слідчим суддею та судом клопотань про застосування ЗЗКП, слід використовувати категорію «локальний предмет доказування» [107, с. 222-228], який становить сукупність обставин, що підлягають доказуванню при прийнятті окремих процесуальних рішень на всіх стадіях кримінального судочинства, але не пов'язаних із вирішенням справи по суті [108, с. 403-405]. Це ті обставини, які в досудовому провадженні повинні довести сторони та зобов'язаний встановити слідчий суддя. Локальний предмет доказування відрізняється від загального предмета доказування (ст. 91 КПК України) насамперед тим, що необхідний для прийняття не остаточного та кінцевого процесуальних рішень, а спрямований на прийняття проміжних та локальних рішень уповноваженими суб'єктами.

І. В. Гловюк поділяє обставини, які складають локальний предмет доказування для застосування ЗЗКП, на загальні – які застосовуються до усіх ЗЗКП і сформульовані у ст. 132 КПК України та додаткові, які є застосовними до окремих видів ЗЗКП [102, с. 98]. В. А. Завтур робить висновок про існування декількох окремих рівнів фактичних обставин, що підлягають доказуванню під час застосування ЗЗКП, пов'язаних між собою: для більшості ЗЗКП це загальний (встановлений ст. 132 КПК України) та спеціальний рівні (за окремими видами ЗЗКП); для запобіжних заходів науковець додає ще один рівень – наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити спробу протидії кримінальному провадженню у формах, що передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України [97, с. 34]. Погоджуємось з І. В. Гловюк, що для формулювання загальної моделі локального предмета доказування при застосуванні ЗЗКП визначальними є положення ч. 3 ст. 132 КПК України, згідно яких застосування ЗЗКП не допускається, якщо слідчий, дізнавач, прокурор не доведе, що: 1) існує обґрунтована підозра щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою

для застосування ЗЗКП; 2) потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який ідеться в клопотанні слідчого, дізнавача, прокурора; 3) може бути виконане завдання, для виконання якого слідчий, дізнавач, прокурор звертається із клопотанням [102, с. 98]. Вважаємо, що положення цієї норми є ще одним підтвердженням традиційного розуміння природи ЗЗКП як заходів, що забезпечують досягнення завдань, покладених виключно на сторону обвинувачення.

У зв'язку з тим, що обов'язок довести обставини, передбачені ч. 3 ст. 132 КПК України, означає ні що інше як тягар доказування обставин, на які посилається ініціатор клопотання, а також те, що сторона захисту має право звернутися до слідчого судді з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, необхідно з'ясувати чи покладено в такому випадку на підозрюваного, захисника тягар доказування цих обставин. Вважаємо, що у зв'язку з дією презумпції невинуватості, а також з огляду на специфічне процесуальне становище сторони захисту остання не повинна доводити обставини, передбачені ч. 3 ст. 132 КПК України під час подання клопотань про застосування тимчасового доступу до речей, документів, однак має право спростовувати такі обставини під час участі у засіданнях з обрання, зміни чи скасування ЗЗКП, ініційованих стороною обвинувачення.

Окрім того, В. А. Завтур виділяє три елементи локального предмету доказування під час розгляду відповідних клопотань, серед яких виокремлює обов'язкові, а саме: підстави та умови (загальні та спеціальні) застосування ЗЗКП, а також факультативний елемент у вигляді додаткових обставин, що підлягають встановленню та врахуванню під час прийняття рішення слідчим суддею. Погоджуємось з автором, що факультативний характер цих обставин зумовлений спрямуванням на повне та всебічне з'ясування обставин, що складають локальний предмет доказування, і поза межами відповідного судово-контрольного провадження такі обставини можуть не мати самостійного правового значення для кримінального провадження, втім, їх врахування – обов'язок слідчого судді, про що прямо вказано в ч. 2 ст. 152, ч. 2 ст. 157, ч. 1 ст. 178 КПК України [97, с. 51].

Що стосується запобіжних заходів, І. В. Гловюк виокремлює такі елементи локального предмету доказування: 1) підстави застосування запобіжного заходу; 2) умови застосування запобіжного заходу; 3) мотиви застосування запобіжного заходу. Під підставами застосування запобіжного заходу слід розуміти сукупність фактичних обставин, існування яких надає право слідчому, дізнавачу, прокурору звернутись із відповідним клопотанням до слідчого судді. Двоєдиною підставою застосування запобіжних заходів є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді вважати, що підозрюваний може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України. Якщо ж мова йде про застосування запобіжного заходу певного виду, ще однією складовою підстав є наявність відомостей про те, що іншими запобіжними заходами виконання завдання кримінального провадження є неможливим [109, с. 223]. І. В. Гловюк виокремлює три обов'язкових елементи підстав застосування запобіжних заходів слідчим суддею: 1) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення (для деяких запобіжних заходів – ще й відповідного ступеня тяжкості); 2) наявність ризиків, які дають достатні підстави вважати, що підозрюваний не виконуватиме покладені на нього процесуальні обов'язки; 3) наявність обставин, достатніх для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам [102, с. 99-100]. Щодо обґрунтованості підозри – мова йде про стандарт доказування, визначення якого КПК України, на жаль, не дає. Однак, В. А. Завтур, проаналізувавши підходи до розглядуваного стандарту доказування, які містяться в практиці ЄСПЛ та доктрині, зробив висновок про узгодженість доктринальних і нормативних позицій щонайменше в двох аспектах: в визначенні сутності обґрунтованої підозри – певної сукупності доказів; та в рівні переконання, який необхідно досягнути за їх допомогою – припущенні про можливість вчинення особою кримінального правопорушення [97, с. 92]. До ризиків, що можуть стати підставою обрання до підозрюваного запобіжного заходу ч. 1 ст. 177 КПК України відносить його можливість: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які

мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується. Під умовами застосування запобіжних заходів у доктрині визначають обставини, які дозволяють поставити та вирішити питання про застосування запобіжного заходу взагалі, а також запобіжного заходу певного виду [110, с. 685]. Відповідно, загальними умовами застосування запобіжних заходів слідчим суддею є наявність початого і не закінченого досудового розслідування; наявність в особи, до якої передбачається застосування запобіжних заходів, процесуального статусу підозрюваного; кримінальну процесуальну компетенцію суб'єкта, що звертається із клопотанням до слідчого судді [102, с. 99]. Крім цього, у доктрині розрізняють спеціальні умови, із наявністю яких закон пов'язує можливість застосування того чи іншого заходу [111, с. 92]. Мотивами застосування запобіжних заходів І. В. Гловюк визначає обставини, що враховуються при застосуванні запобіжних заходів, перелік яких передбачений ст. 178 КПК України, однак який, на думку автора, не є вичерпним з причини формулювання подібних обставин на рівні відповідних міжнародних рекомендацій [102, с. 100]. КПК України у ст. 178 визначає, що слідчий суддя на підставі наданих сторонами кримінального провадження матеріалів зобов'язаний оцінити в сукупності всі обставини, у тому числі: 1) вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним кримінального правопорушення; 2) тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється; 3) вік та стан здоров'я підозрюваного; 4) міцність соціальних зв'язків підозрюваного в місці його постійного проживання, у тому числі наявність в нього родини й утриманців; 5) наявність у підозрюваного постійного місця роботи або навчання; 6) репутацію підозрюваного; 7) майновий стан підозрюваного; 8) наявність судимостей у підозрюваного; 9) дотримання підозрюваним умов застосованих запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше;

10) наявність повідомлення особі про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення; 11) розмір майнової шкоди, у завданні якої підозрюється особа, або розмір доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення підозрюється особа, а також вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини; 12) ризик продовження чи повторення протиправної поведінки, зокрема ризик летальності, що його створює підозрюваний, у тому числі у зв'язку з його доступом до зброї.

Слід зазначити, що однією із особливостей доказування під час вирішення питань щодо ЗЗКП слідчим суддею, на наш погляд, є саме порядок формування доказів на досудовій стадії, адже фактичні дані, якими сторони обґрунтовують клопотання про застосування ЗЗКП і які покладаються в основу рішень слідчих суддів, є доказами «в чистому вигляді». Особливого значення при цьому набуває порядок формування доказів, які збираються стороною захисту: як ми вказували раніше, на наш погляд, матеріали, зібрані стороною захисту, перетворюються на докази саме в момент розгляду їх слідчим суддею. Більш детально цей процес розглянутий нами у попередньому питанні цього розділу дисертації.

Позитивними змінами КПК України 2012 року є запровадження нового порядку прийняття рішень про ЗЗКП слідчим суддею в умовах змагальності сторін кримінального провадження, на що, в першу чергу, вказує положення, передбачене ч. 5 ст. 132 КПК України, згідно якого під час розгляду питання про застосування ЗЗКП сторони повинні подати слідчому судді докази обставин, на які вони посилаються, а також ст. ст. 151, 156, 172, 193 КПК України, відповідно до яких під час розгляду клопотання слідчий суддя має право за клопотанням сторін або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення відповідного питання. Такий порядок характеризується новими повноваженнями слідчого судді як суб'єкта прийняття рішення, пов'язаними передусім з більш активною участю у процесі доказування, зокрема, у збиранні доказів. Погоджуємось, що незважаючи на те, що слідчий суддя у статтях 92, 93 КПК України не вказаний як суб'єкт, на якого покладається обов'язок доказування та який здійснює збирання доказів, правомірним є виокремлення його

повноважень зі збирання та перевірки доказів при здійсненні функції судового контролю в цілому та застосуванні ЗЗКП зокрема, що вказує на віднесення слідчого судді до суб'єктів доказування [102, с. 101]. Окрім того, новий порядок прийняття рішень про ЗЗКП обумовлюється саме обов'язком слідчого судді прийняти відповідне рішення на підставі доказів. У зв'язку з цим в науці зустрічаються непоодинокі, цілком обґрунтовані пропозиції про необхідність розширення процесуальних можливостей слідчого судді з перевірки та оцінки доказів на предмет належності і допустимості під час розгляду та вирішення клопотань про застосування ЗЗКП [112; 113, с. 92; 95, с. 159; 97, с. 119-120]. Серед останніх пропозицій, на наш погляд, заслуговують уваги такі: надання слідчому судді можливості відкладення судового засідання щодо розгляду клопотань про застосування ЗЗКП, встановлення неможливості слідчого судді обґрунтовувати рішення про застосування ЗЗКП відомостями, що містяться в деяких доказах [97, с. 119-120]. Наведене свідчить про перспективи та необхідність подальшого дослідження та вдосконалення процедури прийняття рішень про ЗЗКП слідчим суддею, у зв'язку з чим більш детально проблематика інституту прийняття слідчим суддею рішень про ЗЗКП в умовах змагальності буде розглянута у третьому розділі дисертації.

Однією із особливостей доказування, яке здійснюється під час вирішення питань про ЗЗКП слідчим суддею, безумовно є специфіка розподілу тягара доказування. Ця особливість насамперед пов'язана із змагальною процедурою прийняття таких рішень, яка передбачає можливість подання сторонами кримінального провадження доказів слідчому судді та обстоювання на підставі цих доказів своїх правових позицій у судовому засіданні. Погоджуємось з І. В. Гловюк, що сторона обвинувачення повинна надати належні, допустимі, достовірні та достатні докази того, що застосування ЗЗКП потрібне для забезпечення дієвості кримінального провадження. При цьому сторона захисту не зобов'язана доводити протилежне (тягар обґрунтування обставин, що виключають застосування ЗЗКП, не може бути покладено на сторону захисту, інакше це суперечило б принципу презумпції невинуватості), а недоведення слідчим, дізнавачем, прокурором необхідності застосування ЗЗКП тягне за собою відмову у задоволенні клопотання [102, с. 100].

Іншою є ситуація, коли сторона захисту подає слідчому судді клопотання про надання тимчасового доступу до речей, документів, адже в такому випадку вона повинна довести обставини, на які посилається та відповідно несе тягар доказування цих обставин. Стосовно тимчасового доступу до речей, документів, як ми вже вказували раніше, вважаємо, що на сторону захисту покладено тягар доказування лише обставин, які містяться у ст. 163 КПК України, при цьому загальні обставини, передбачені ч. 3 ст. 132 КПК України, підозрюваний, захисник доводити не повинні.

Також, вважаємо за необхідне виділити наступні особливості доказування, пов'язаного із застосування ЗЗКП. Це здійснення доказування через активну реалізацію відповідних презумпцій. Так, В. А. Завтур стверджує про реалізацію в доказуванні необхідності застосування ЗЗКП загально-правових презумпцій (добропорядності громадян та правомірності правових актів), міжгалузевих (презумпції свободи), галузевих (презумпції невинуватості) та специфічних, що реалізуються у судово-контрольному провадженні із застосування ЗЗКП (презумпції не на користь застосування ЗЗКП, презумпції не на користь продовження ЗЗКП та презумпції мінімального обмеження прав та свобод підозрюваного у зв'язку із застосуванням до нього запобіжного заходу) [97, с. 87]. Окрім того, погоджуємось, що доказування, пов'язане із застосуванням ЗЗКП, характеризується постійною зміною фактичних обставин кримінального провадження і необхідністю перегляду попередніх рішень про застосування ЗЗКП, що є реакцією на ці зміни [97, с. 36].

Наостанок, слід розглянути одну із суттєвих для сторін кримінального провадження особливостей доказування, пов'язаного із застосуванням ЗЗКП, якою є значна часова обмеженість у процесі збирання доказів, необхідних сторонам для підготовки до розгляду слідчим суддею клопотань про ЗЗКП. Особливої важливості ця характеристика, на наш погляд, набуває саме для сторони захисту, адже будучи обмеженою процесуально в засобах збирання доказів порівняно зі стороною обвинувачення, сторона захисту є позбавленою реальної можливості в стислі строки зібрати матеріали, необхідні для переконання слідчого судді у прийнятті відповідного процесуального рішення про ЗЗКП. Фактично в розпорядженні захисту є ті засоби, які передбачені законодавством для підготовки до судового розгляду. При цьому, на

відміну від підготовки до вирішення питань про ЗЗКП, підготовка до судового розгляду в класичному випадку може здійснюватися від одного до декількох місяців. Підготовка ж сторони захисту до розгляду питання про обрання запобіжних заходів обмежується в кращому випадку 72 годинами. У зв'язку з викладеним, на наше глибоке переконання, сторона захисту потребує законодавчого закріплення **спеціальної процедури збирання доказів**, необхідних їй для подання під час розгляду та вирішення слідчим суддею питань про обрання, зміну чи скасування деяких видів ЗЗКП [114, с. 388-389; 115, с. 180]. Запроваджена спеціальна процедура збирання доказів стороною захисту має перспективу стати ще однією особливістю доказування під час вирішення питань про ЗЗКП слідчим суддею [94, с. 177].

Охарактеризувавши доказування, здійснюване під час вирішення питань про ЗЗКП слідчим суддею, та виділивши його особливості, вважаємо за необхідне розглянути шляхи збирання захисником матеріалів (доказів) на стадії досудового розслідування під час обрання, зміни чи скасування ЗЗКП, а також детально проаналізувати процедури збирання таких доказів захисником.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ ДО ВСТУПУ ТА РОЗДІЛУ 1

1. Про схвалення Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки : Указ Президента України від 20 трав. 2015 р. № 276/2015 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015#Text> (дата звернення: 05.01.2021)
2. Вапнярчук В. В. Теорія і практика кримінального процесуального доказування: монографія. Харків : Юрайт, 2017. 408 с.
3. Жогин Н. В. Теория доказательств в советском уголовном процессе : учеб. пособ. Москва : Юрид. лит., 1973. 736 с.
4. Нор В. Т. Проблеми теорії і практики судових доказів. Львів : Вищ. шк., 1978. 112 с.
5. Михеєнко М. М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве : монография. Киев : Вищ. шк., 1984. 131 с.
6. Михеєнко М. М. Кримінальний процес України : підручник. Київ : Либідь, 1999. 536 с.
7. Шумило М. Є. Реабілітація в кримінальному процесі України : монографія. Харків : Арсіс, ЛТД, 2001. 320 с.
8. Стахівський С. М. Кримінально-процесуальні засоби доказування : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2005. 396 с.
9. Грошевой Ю. М. Деякі проблеми кримінально-процесуальної теорії. *Вісник Академії правових наук*. 2004. № 3 (38). С. 134-145.
10. Гродзинский М. М. Доказательства в советском уголовном процессе. *Государственный обвинитель в советском суде* / за ред. В. А. Болдирева. Москва : Госюриздат, 1954. С. 11-12.
11. Коновалова В. О. Проблеми логіки і психології у слідчій тактиці. Харків : ХДУ, 1965. 139 с.
12. Соловьев А. Д. Процессуальные вопросы установления истины на предварительном следствии : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : 12.00.09. Киев, 1969. 44 с.

13. Галаган І. С. Кримінальний процес Української РСР. Київ : Вищ. шк., 1970. 162 с.
14. Зеленецький В. С. Поняття і класифікація сукупності доказів у радянському кримінальному процесі. *Радянське право*. 1971. № 1. С. 74-78.
15. Альперт С. А. Доказательства. Уголовно-процессуальный кодекс Украинской ССР : научн.-практ. комментарий. Киев : Политиздат, 1974. 543 с.
16. Сибилева Н. В. Допустимость доказательств в советском уголовном процессе : учеб. пособ. Киев : УМК ВО, 1990. 68 с.
17. Тертышник В. М., Слинько С. В. Теория доказательств : учеб. пособ. Харьков : Арсис, 1998. 256 с.
18. Янович Ю. П. Уголовный процесс Украины : пос. по подгот. к гос. (выпуск.) экз. Харьков, 1998. 252 с.
19. Костін М. І. Поняття «доказування» у кримінальному процесі України. *Право України*. 2004. № 1. С. 143-147.
20. Стахівський С. М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування : монографія. Київ : Терно-граф, 2005. 272 с.
21. Коваленко Є. Г. Теорія доказів у кримінальному процесі України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 632 с.
22. Бочаров Д. О. Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2006. 20 с.
23. Ляш А. О., Стахівський С. М. Докази і доказування в кримінальному судочинстві : навч. посіб. Київ : Університет Україна. 2006. 185 с.
24. Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальне право : навч. посіб. Київ : Істина, 2005. 405 с.
25. Назаров В. В., Омеляненко Г. М. Кримінальний процес України: навч. посіб. Київ : Атіка, 2007. 584 с.
26. Котюк І. І. Судова гносеологія: проблеми методології та практики : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступ. д-ра юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2008. 37 с.

27. Кримінально-процесуальне право України : підручник. Харків : ТОВ «Одісей», 2009. 816 с.
28. Іщенко В. М. Докази і доказування в кримінальному процесі. *Кримінальний процес* : підручник. Харків : Право, 2010. 608 с.
29. Гмирко В. П. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристики, класифікація : конспект проблемної лекції. Дніпропетровськ : Акад. митної служби України, 2002. 64 с.
30. Гмирко В. П. Доказування в кримінальному процесі : діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація : монографія. Дніпропетровськ : Акад. митної служби України, 2010. 314 с.
31. Гмирко В. П. Концепт «відбиття» і методологічні проблеми теорії доказування. *Університетські наукові записки*. Хмельницький, 2011. № 3(39). С. 274-281.
32. Гмирко В. П. Зasadничі аксіоми теорії доказування в кримінальному процесі України. *Вісник Академії митної служби України*. 2011. № 1. С. 142-150.
33. Гмирко В. П. Ретроспективний аналіз уявлень про суть доказування в кримінальному процесі України. *Вісник Академії митної служби України*. 2011. № 2. С. 112-119.
34. Гмирко В. П. Кримінально-судові докази: юридичне поняття чи дефініція? *Право України*. 2014. № 10. С. 26-35.
35. Гмирко В. П. Генеза теорії доказів вітчизняного кримінального процесу : методологічна рефлексія. *Часопис Нац. ун-ту «Острозька академія». Серія Право*. 2015. № 2 (12). URL: <https://lj.oa.edu.ua/articles/2015/n2/15hvppmr.pdf> (дата звернення: 07.02.2019).
36. Погорецький М. А. Нова концепція кримінального процесуального доказування. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 3. С. 63-79.
37. Погорецький М. А. Теорія кримінального процесуального доказування: проблемні питання. *Право України*, 2014. № 10. С. 12-25.

38. Лань О. Ю. Захисник як суб'єкт доказування у досудовому розслідуванні кримінальних проваджень щодо неповнолітніх : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ. 2016. 226 с.
39. Лобойко Л. М. Кримінальний процес України. Загальна частина : навч. посіб. Київ, 2015. 80 с.
40. Удалова Л. Д. Кримінальний процес України : підручник. Київ : Центр учб. літ., 2013. 544 с.
41. Гончаренко В. Г. Доказування в кримінальному провадженні : науково-практичний посібник. Київ : Прецедент, 2014. 42 с.
42. Гуртієва Л. М., Лукашкіна Т. В. Теорія доказів у кримінальному судочинстві : навч.-метод. посібн. Одеса : Фенікс, 2016. 80 с.
43. Лукашкіна Т. В. Предмет доказування у провадженні щодо застосування примусових заходів медичного характеру. *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції* : мат. Міжн. наук.-практ. конф. 18 трав. 2018 р. Т. 2. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 315-319.
44. Лукашкіна Т. В. Доказування як етап правозастосовного процесу. *Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні* : мат. Всеукр. наук.-практ. інтер.-конф. 27 лист. 2013 р. Одеса : Юр. літ., 2013. С. 30-36.
45. Лупинская П. С. Решения в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и форма. Москва, 1976. 168 с.
46. Грошевий Ю. М., Стахівський С. М. Докази і доказування у кримінальному процесі : наук.-практ. посібн. Київ : Видавець Фурса С. Я., 2006. 272 с.
47. Орлов Ю. К. Основы теории доказательств в уголовном процессе : науч.-практ. пособ. Москва : Проспект, 2000. 138 с.
48. Фаткуллин Ф. Н. Общие проблемы процессуального доказывания : учеб. пособ. Казань, 1976. 206 с.
49. Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. Москва : Юристъ, 2009. 175 с.

50. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. Москва : Издательство «Наука», 1968. Т. 1. 468 с.
51. Шейфер С. А. Собираание доказательств в советском уголовном процессе: методологические и правовые проблемы. Саратов, 1986. 171 с.
52. Погорецький М. А. Доказування у кримінальному процесі: поняття, зміст, структура. *Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні* : мат. Всеукр. наук.-практ. інтер.-конф. 27 лист. 2013 р. Одеса : Юр. літ., 2013. С. 17-21.
53. Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж, 1978. 303 с.
54. Савицкий В. М. Государственное обвинение в суде. Москва : Наука. 1971. 343 с.
55. Соловйов В. О. Участь захисника в доказуванні у другому значенні на стадії досудового розслідування. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє* : мат. VII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 10 лист. 2017 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 438-440.
56. Гловюк І. В. Кримінально-процесуальні функції: теоретико-методологічні засади і практика реалізації : дис. ... на здобуття наук. ступеня док-ра юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2016. 602 с.
57. Алиев Г. З., Самодіна О. О., Самодін А. В. Окремі аспекти залучення захисника у кримінальне провадження за новим кримінальним процесуальним законодавством України. *Юридична наука*. 2013. № 3. С. 91-99.
58. Вапнярчук В. В. Суб'єкти кримінального процесуального доказування. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2014. № 1(76). С. 160-168.
59. Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе : учеб.-практ. пособ. Москва : Высш. образование, 2009. 344 с.
60. Зинатуллин З. З., Егорова Т. З., Зинатуллин Т. З. Уголовно-процессуальное доказывание: концептуальные основы : монография. Ижевск : Детектив-Информ, 2002. 228 с.
61. Стецовский Ю. И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника. Москва : Юрид. лит., 1982. 176 с.

62. Литвин О. В. Суд як суб'єкт доказування за новим КПК. *Шляхи удосконалення кримінального процесуального законодавства* : матер. регіон. кругл. столу. 19 квіт. 2013 р. Одеса : Юрид. літ., 2013. С. 178-182.
63. Лукашкина Т. В. Следственный судья как субъект доказывания в уголовном производстве. *Шляхи удосконалення кримінального процесуального законодавства* : матер. регіон. кругл. столу. 19 квіт. 2013 р. Одеса : Юрид. літ., 2013. С. 57-62.
64. Варфоломеева Т. В. Защита в уголовном судопроизводстве. Київ, 1998. 204 с.
65. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 08.02.2019).
66. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 08.02.2019).
67. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 16.12.1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення: 08.02.2019).
68. Малахова О. В. Обов'язок та тягар доказування у кримінальному провадженні України. *Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні* : мат. Всеукр. наук.-практ. інтер.-конф. 27 лист. 2013 р. Одеса : Юрид. літ., 2013. С. 215-219.
69. Калиновский К. Б. Обоснованность уголовно-процессуальных решений в свете учения о бремени доказывания. *Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве* : мат. Межд. науч.-практ. конф. Москва : ООО «Изд-во «Элит», 2011. С. 59-65.
70. Малахова О. В. Історія розвитку теорії favor defensionis. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2014. № 3 (6). С. 282-293.
71. Михайловская И. Б. Правило «благоприятствования» защите и его влияние на процесс доказывания. *Государство и право*. 2007. № 9. С. 41-49 .

72. Михеєнкова М. А. Благоприятствование защите (*favor defensionis*) и его проявление в современном уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Москва, 2012. 281 с.

73. Яновська О. Г. Рівноправність сторін у процесі доказування: проблеми правозастосування. *Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні* : мат. Всеукр. наук.-практ. інтер.-конф. 27 лист. 2013 р. Одеса : Юрид. літ., 2013. С. 174-178.

74. Попелюшко В. О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Київ. 2009. 634 с.

75. Баев О. Я. О двух предложениях совершенствования профессиональной защиты от обвинения. *Юридические записки*. 1994. № 1. С. 81-87.

76. Джатиев В. С. О некоторых вопросах теории доказательств, обвинения и защиты. *Российская юстиция*. 1994. № 8. С. 16.

77. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Татькова Віктора Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень частини п'ятої статті 190, пункту 1 частини першої, частини третьої статті 309 Кримінального процесуального кодексу України від 17.03.2020 року № 5-р/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-20> (дата звернення 09.02.2019).

78. Лукашкіна Т. В. Участь сторони захисту в доказуванні на досудовому розслідуванні у кримінальному провадженні України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 2. URL: http://pap.in.ua/2_2017/53.pdf (дата звернення: 09.02.2019).

79. Уголовный процессуальный кодекс Украины : научно-практический комментарий. Харьков : Одиссей, 2013. 1184 с.

80. Соловйов В. О. Форми участі захисника в доказуванні на досудовому розслідуванні. *VI Всеукраїнські наукові читання з кримінальної юстиції пам'яті професора В.П. Колмакова*: матер. Всеукр. наук. конф. молодих вчених, аспір. та студ. (м. Одеса, 18 квіт. 2015 р.). Одеса: Фенікс, 2015. С. 510-513.

81. Капліна О. В. Кримінальне процесуальне доказування та його суб'єкти: лекція. *Право України*. 2014. № 10. С. 136-147.
82. Старенький О. С. Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2016. 295 с.
83. Трофименко В. М. Особливості участі захисника в доказуванні в кримінальному провадженні: деякі теоретико-прикладні аспекти. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2015. № 33 (2) С. 165-168.
84. Шумило М. Є. Поняття «докази» у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі. *Вісник Верховного Суду України*. 2013. № 2 (150). С. 40-48.
85. Лобойко Л. М., Банчук О. А. Кримінальний процес: навч. посіб. Київ : Ваїте, 2014. 280 с.
86. Шумило М. Є. Досудові і судові докази у КПК України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 82-86.
87. Глинська Н. В. Обґрунтування рішень у кримінальному процесі : дис. ... канд. юрид. наук. Харків. 2003. 238 с.
88. Лупинская П. А. Уголовно-процессуальное право : учебник. Москва : Юристъ, 2001. 696 с.
89. Климчук М. П. Обґрунтованість кримінально-процесуальних рішень як елемент засади законності. *Часопис Академії адвокатури України*. 2015. Т. 8. № 2. С. 55-60.
90. Власова Н. А. Досудебное производство в уголовном процессе : уч. пособ. Москва : ЮРМИС, 2000. 144 с.
91. Ломидзе А. Б. Прокурорский надзор за законностью и обоснованностью принимаемых следователем процессуальных решений : метод. пособие. Москва : ООО Изд-во «Юрлитинформ», 2000. 456 с.
92. Аленін Ю. П., Пожар В. Г., Гловюк І. В. Прийняття процесуальних рішень за новим кримінальним процесуальним законодавством України : навч.-метод. посібник. Одеса : Фенікс, 2012. 138 с.

93. Соловійов В. О. Закриття кримінального провадження за клопотанням учасників кримінального провадження: деякі проблеми. *Правова наука і державотворення в Україні в контексті правової інтеграції*: матер. XII Міжнар.наук.-практ.конф. (м. Суми, 24-25 трав. 2019 р.). Суми, 2019. С. 146-148.

94. Соловійов В. О. Особливості участі захисника в доказуванні під час вирішення питання про заходи забезпечення кримінального провадження слідчим суддею. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2019. № 18. С. 172-178.

95. Стоянов М. М. Щодо питання визнання доказів недопустимими під час розгляду слідчим суддею клопотання про застосування запобіжних заходів. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства* : мат. Всеукр. наук.-практ. конф. 21 квіт. 2017 р. Одеса : Юрид. літ., 2017. С. 158-159.

96. Гловюк І. В., Жовтан Ю. В., Пономаренко Д. В. Перевірка слідчим суддею обґрунтованості підозри як засіб протидії необґрунтованому кримінальному переслідуванню. *Національна асоціація адвокатів України* : веб-сайт. URL: <https://unba.org.ua/publications/print/5251-perevirka-slidchim-suddeyu-obuntovanosti-pidozri-yak-zasib-protidii-neobuntovanomu-kriminal-nomu-peresliduvannnyu.html> (дата звернення: 08.04.2020).

97. Завтур В. А. Особливості доказування при розгляді та вирішенні слідчим суддею та судом клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2018. 237 с.

98. Бандурка О. М., Блажівський Є. М., Бурдоль Є. П. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. Харків : Право, 2012. 768 с.

99. Фаринник В. І. Заходи забезпечення кримінального провадження у новому кримінальному процесуальному законодавстві: сутність та класифікація. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 133-142.

100. Фірман О. В. Заходи забезпечення кримінального провадження та їх класифікація. *Юридичний електронний науковий журнал*. 2014. № 6. С. 234-237. URL: http://lsej.org.ua/6_2014/65.pdf (дата звернення: 25.03.2020).

101. Авраменко О. В., Благута Р. І., Хитра А. Я. Заходи забезпечення кримінального провадження : навч. посіб. Львів, 2014. 192 с.
102. Гловюк І. В. Окремі аспекти доказування при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження слідчим суддею. *Право України*. 2014. № 10. С. 97-105.
103. Соловійов В. О. Забезпечення збереження речей, документів як доказів, зібраних стороною захисту. *Правове життя сучасної України*: мат. Міжн. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.). Одеса: Вид. дім «Гельветика», 2020. Т. 3. С. 299-302.
104. Миколенко О. М. Критерії класифікації заходів забезпечення кримінального провадження та їх співвідношення з заходами кримінального процесуального примусу. *Правова держава*. 2014. № 17. С. 81-84.
105. Бобечко Н. Р. Заходи забезпечення кримінального провадження: процесуальна природа, зміст та обсяг. *Право України*. 2017. № 12. С. 27-38.
106. Зінковський І. П. Повноваження слідчого при обранні, зміні та скасуванні заходів забезпечення кримінального провадження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2019. 281 с.
107. Аленін Ю. П., Лукашкіна Т. В. Локальний предмет доказування в кримінальному процесі. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2009. № 4. С. 222-228.
108. Стоянов М. М. До питання про визначення локального предмету доказування. *Правове життя сучасної України* : мат. Міжнар. наук. конф. проф.-викл. складу. 20-21 квіт. 2012 р. Одеса, 2012. Т. 2. С. 403-405.
109. Грошевий Ю. М., Шило О. Г. Проблемні питання застосування КПК України при обранні запобіжних заходів у кримінальному провадженні. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 11. С. 216-224.
110. Лукашкіна Т. В. Умови та підстави застосування запобіжних заходів за чинним КПК України. *Правове життя сучасної України* : мат. Міжнар. наук.-практ. конф. 16-17 трав. 2014 р. Одеса, 2014, Т. 1. С. 683-686.

111. Мироненко О. В. Вплив спеціальних умов застосування запобіжних заходів та обставин, які при цьому враховуються, на обрання запобіжного заходу. *Публічне право*. 2014. № 2. С. 89-97.

112. Гловюк І. В. Слідчий суддя у кримінально-процесуальному доказуванні. *Часопис Академії адвокатури України*. 2013. № 3. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2013_3_8 (дата звернення: 26.03.2020).

113. Міщенко С. М. Слідчий суддя як суб'єкт реалізації судового контролю під час здійснення досудового розслідування: окремі аспекти. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2012. № 6 (9). С. 88-96.

114. Соловйов В. О. Право підозрюваного мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту, пов'язаного з обранням запобіжного заходу. *Правове життя сучасної України*: матер. Міжнар.наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.). Т. 2. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2019. С. 385-389.

115. Соловйов В. О. Загальна та спеціальна процедури збирання матеріалів стороною захисту на стадії досудового розслідування. *Актуальні проблеми діяльності органів досудового розслідування*: матер. Всеукр.наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 07 черв. 2019 р.). Дніпро, 2019. С. 179-183.

РОЗДІЛ 2. ШЛЯХИ ЗБИРАННЯ МАТЕРІАЛІВ (ДОКАЗІВ) ЗАХИСНИКОМ, ПОВ'ЯЗАНОГО З ОБРАННЯМ, ЗМІНОЮ ЧИ СКАСУВАННЯМ ЗЗКП СЛІДЧИМ СУДДЕЮ

2.1. Самостійне збирання матеріалів (доказів) захисником

Охарактеризувавши доказування, здійснюване стороною захисту на досудовому розслідуванні, ми з'ясували, що її участь в ньому відбувається у двох формах: 1) самостійне збирання доказів, які сторона захисту накопичує протягом усього досудового розслідування, та на етапі закінчення стадії, відкривши стороні обвинувачення в порядку ст. 290 КПК України, внутрішньо оцінивши їх, вирішує використовувати матеріали в суді чи ні; 2) участь сторони захисту в доказуванні (збиранні доказів), яке здійснює сторона обвинувачення [1].

Досліджуючи участь захисника в доказуванні, здійснюваного під час обрання, зміни чи скасування ЗЗКП слідчим суддею, важливим, на наш погляд, етапом в процесі підготовки до судового засідання є збирання матеріалів (доказів), які захист планує використати для обґрунтування власної позиції. Особливої важливості цей етап набуває саме під час підготовки до обрання, зміни, скасування слідчим суддею запобіжних заходів. У цьому контексті пильної уваги потребує з'ясування питання реальної можливості одержання захисником матеріалів, необхідних для підготовки до судово-контрольного провадження з вирішення питань про ЗЗКП. Однією з головних цілей даної наукової роботи є створення для захисника достатніх нормативних умов, здатних забезпечити його можливість належним чином підготуватися до судового засідання з вирішення слідчим суддею питань про ЗЗКП передусім шляхом впровадження у кримінальне процесуальне законодавство спеціальної процедури збирання доказів та створенням спеціальних компенсаційних механізмів, покликаних максимально зрівняти права сторін та забезпечити змагальність процесу вирішення питань про ЗЗКП слідчим суддею. У зв'язку з цим, на наш погляд, друга форма участі сторони захисту в доказуванні не потребує окремого розгляду в рамках цього дослідження, адже не є способом збирання доказів захисником, не здатна допомогти у вирішенні ключового питання про реальність одержання доказів, необхідних для підготовки до судово-контрольного провадження,

та не є застосовною для створення концепції збирання захисником доказів, необхідних для вирішення слідчим суддею питань про ЗЗКП. Предметом дослідження даного розділу дисертації стануть саме ті способи збирання доказів, що складають першу форму участі сторони захисту в доказуванні на досудовому розслідуванні.

Першочерговим завданням є визначення самостійності збирання захисником матеріалів (доказів). Вважаємо, така самостійність характеризується двома критеріями: незалежністю та реальністю їх одержання. Незалежність, на наш погляд, полягає в можливості захисника безпосередньо та на підставі власного рішення одержати доказ, тобто без необхідності звернення за допомогою до інших суб'єктів. В такому випадку захисник самостійно приймає рішення про необхідність здобуття відповідного доказу та, реалізуючи надані законом повноваження, звертається з вимогою або проханням надати доказ до особи, яка має чи може мати його в володінні. Реальність одержання матеріалів (доказів) є так званим ідеальним кінцевим результатом їх збирання і означає, що необхідний доказ потрапляє в розпорядження захисника, при цьому останній отримує можливість на власний розсуд вирішувати питання про його використання, незважаючи на його сутність: виправдувальну чи обвинувальну.

Протягом здійснення стороною захисту доказування на досудовій стадії між захисником та іншими суб'єктами виникають різні за суб'єктним складом процесуальні відносини та їх групи [2, с. 109-112]. Під час такої взаємодії захисник збирає докази, однак не завжди збирання здійснюється напряму, в багатьох випадках їх одержання здійснюється через звернення до суб'єктів, уповноважених приймати відповідні процесуальні рішення. В деяких випадках вести мову про самостійне збирання взагалі не можна, адже таке збирання не відповідає критеріям незалежності та реальності. Декларування самостійності збирання доказів на рівні закону, як виявилось, також не гарантує можливості реального їх одержання захисником, а тому для з'ясування «справжніх» механізмів самостійного збирання доказів захисником, для визначення процесуальних відносин, виникаючих під час такого збирання, необхідно виокремити та проаналізувати шляхи (способи) збирання матеріалів (доказів), коло суб'єктів, з якими відбувається взаємодія під час збирання, а також

випадки і суб'єктів, уповноважених надавати допомогу в збиранні необхідних захиснику доказів.

Згідно зі ст. 93 КПК України сторона захисту має право збирати матеріали (докази) шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок. На відміну від КПК України 1960 року, окрім можливості безпосереднього збирання доказів стороною захисту, КПК України 2012 року передбачив й нові способи їх збирання – це витребування та отримання, які, до речі, є ідентичними і для сторони обвинувачення.

В науці по-різному розуміють природу витребування та отримання, однак більшість вчених правильно розглядають їх як два самостійних і рівноцінних способи. На наш погляд, отримання не можна розглядати як кінцевий результат збирання доказів – воно є самостійним та відмінним від витребування способом. Ця відмінність полягає перш за все в суб'єкті, який ініціює залучення до кримінального провадження доказу. При витребуванні ініціатива завжди виходить від суб'єкта збирання доказів – тобто захисник, знаючи заздалегідь або свідомо допустивши можливість знаходження речі або документа у конкретної особи, у відповідній формі звертається до такої особи з вимогою або проханням надати цю річ або документ. Тому не згодні, що витребування можливе, лише якщо достовірно відомо, що речі, документи знаходяться чи зберігаються у відповідних суб'єктів [3, с. 253]. Взагалі не згодні з встановленням будь-яких умов використання витребування як способу збирання доказів, не визначених законом – вважаємо, захисник у разі необхідності може скористатися своїм правом у будь-якій ситуації [3, с. 254]. Що стосується такої характеристики витребування як добровільність, наявність якої підтримується великою кількістю вчених, – вважаємо, що припущення про її існування повинно висуватися лише після з'ясування наявності обов'язку відповідних суб'єктів надати матеріали стороні захисту, а також після встановлення наявності юридичної відповідальності за ненадання таких матеріалів, покликаной забезпечити виконання цього обов'язку [4, с. 118]. В ч. 7 ст. 46 КПК України встановлений обов'язок лише

органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх службових осіб виконувати законні вимоги захисника – цей перелік не містить усіх суб'єктів, вказаних у ч. 3 ст. 93 КПК України. Відносно підозрюваного такого обов'язку КПК України взагалі не встановлює. Надаючи характеристику витребуванню як способу збирання доказів, ми не просто так визначили, що воно полягає у зверненні з вимогою або проханням, адже витребування, здійснюване підозрюваним, буде означати прохання надати докази і нестиме добровільний характер для виконавця, в той час як витребування, здійснюване захисником, полягатиме у висуненні вимоги надання речей, документів суб'єктам, зазначеним у ч. 7 ст. 46 КПК України. В цьому контексті, на нашу думку, потребує розширення перелік суб'єктів, які зобов'язані виконувати законні вимоги захисника, та необхідна правова норма, що встановлюватиме їх обов'язок надавати докази в порядку витребування також підозрюваному [5, с. 170]. Такі механізми слугуватимуть процесуальною гарантією участі сторони захисту у збиранні доказів на стадії досудового розслідування.

Слід з'ясувати в якій формі сторона захисту має право здійснювати витребування доказів шляхом звернення з відповідною вимогою чи проханням. Погоджуємось з позицією більшості науковців про існування значної проблеми, пов'язаної з відсутністю в КПК України процесуальної форми витребування доказів підозрюваним, захисником [6, с. 86; 7, с. 46; 8, с. 81; 9, с. 311; 10, с. 703; 11, с. 480; 12, с. 147, 165]. Водночас вважаємо, що така проблема ускладнена відсутністю саме універсальної форми для усіх представників сторони захисту. Логічно, що витребування матеріалів повинно здійснюватися в формі заяв, звернень, запитів, клопотань, інших видів документів в письмовому вигляді, але КПК України цього не встановлює. Незважаючи на дискусійну природу даного питання та відсутність його врегулювання на нормативному рівні, більшістю науковців все ж таки підтримується позиція про необхідність витребування речей, документів виключно у письмовій формі, однак при цьому привілейованим є ототожнення письмової форми виключно з адвокатським запитом. Не можемо погодитись з визначенням адвокатського запиту єдиною формою витребування доказів з наступних причин: 1) збираючи докази, захисник наділений комплексним правовим статусом, адже користується власними

правами як адвоката та захисника, а також правами підзахисної особи як підозрюваного та громадянина, а тому формально має право витребувати матеріали, використовуючи положення різних нормативно-правових актів; 2) КПК України потребує розроблення та впровадження єдиної уніфікованої процедури витребування доказів для сторони захисту, адже за відсутності такої процедури, підозрюваний, який здійснює свій захист самостійно, фактично залишається позбавленим можливості збирати докази шляхом витребування їх у відповідних суб'єктів. Окрім того, адвокатський запит не є універсальним засобом захисника [13, с 181]. Згідно зі ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатським запитом є письмове звернення адвоката до органу державної влади, органу місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності та підпорядкування, громадських об'єднань про надання інформації, копій документів, необхідних адвокату для надання правової допомоги клієнту. Ця норма також встановлює, що надання адвокату інформації та копій документів, отриманих під час здійснення кримінального провадження, здійснюється в порядку, встановленому кримінальним процесуальним законом. Тобто, по-перше, адвокатський запит може бути використаний тільки адвокатом; по-друге, за адвокатським запитом відповідні матеріали можна отримати не від усіх суб'єктів (серед суб'єктів відсутні фізичні особи та фізичні особи-підприємці); по-третє, адвокатський запит не передбачає витребування речей – зібрати можна лише інформацію та копії документів [14, с 255]; і наостанок закон передбачає, що інформацію та копії документів, отримані під час здійснення кримінального провадження, можна одержати тільки в порядку, встановленому КПК України, якого наразі сам КПК України не врегульовує.

Слід наголосити на існуванні відповідних зрушень в напрямку удосконалення порядку збирання доказів стороною захисту, що свідчать про тенденції розвитку цього інституту та науковий інтерес до нього [4, с. 81, 104, 133, 142, 160, 168, 180; 15, с. 316-319; 16, с. 59-60; 14, с. 248–257]. Проблему відсутності процесуальної форми витребування стороною захисту доказів констатують більшість вчених, однак вона, на наш погляд, створює ризики в діяльності не лише підозрюваного та захисника, але

й сторони обвинувачення з причини відсутності її врегулювання також для слідчого, дізнавача та прокурора. У зв'язку з викладеним, вважаємо, що вкрай актуальним є питання розробки та впровадження процедури витребування матеріалів (доказів) стороною захисту, яка, на наш погляд, повинна бути встановлена безпосередньо в КПК України, чітко регламентована, здатна забезпечити можливість останньої збирати допустимі докази, задовольняти потреби підозрюваного і його захисника в кожній ситуації, яка зумовлює необхідність в одержанні ними відповідних доказів, та в залежності від мети, з якою такі докази збираються.

КПК України у ч. 3 ст. 93 встановлює вичерпні переліки об'єктів, які може збирати захисник, та суб'єктів, від яких можна витребувати та отримувати докази, які, на наш погляд, слід розширити, додавши категорії посадових осіб, громадських формувань та фізичних осіб-підприємців, а також будь-яких фізичних осіб, в тому числі у зв'язку з провадженням незалежної професійної діяльності (**Додаток А, п. 4**) [13, с. 182]. Серед об'єктів перелічені речі, копії документів, відомості, висновки експертів, висновки ревізій, акти перевірок. Погоджуємось з О. В. Малаховою про необхідність оптимізації даного переліку, а також з тим, що висновки ревізій та акти перевірок охоплюються поняттям «документ» і не потребують окремого визначення в ч. 3 ст. 93 КПК України [16, с. 58; 17, с. 26, 33, 48, 204].

З приводу висновків експертів як об'єктів витребування та отримання, вважаємо, що мова йде саме про висновки вже проведених експертиз, які знаходяться у володінні відповідних суб'єктів. При цьому без уваги законодавець залишив висновки експертних досліджень, які до 20.01.2021 року були передбачені Інструкцією та за правовою природою були відмінними від висновків експертів [18].

З приводу відомостей як об'єктів, які можуть бути одержані захисником, – В. В. Вапнярчук вважає, що їх не можна кваліфікувати в якості самостійного об'єкта витребування чи отримання – на його думку, вони можуть бути лише змістом показань (пояснень) або предметів чи документів, які можуть бути зібрані шляхом їх витребування чи отримання [19, с. 86]. В такому випадку постає цілком логічне питання – як витребувати необхідну інформацію, яка не міститься в документі заздалегідь визначеної форми, однак необхідна захиснику для підтвердження

відповідних фактичних обставин. Володільцями такої інформації, в більшості випадків, є органи державної влади та місцевого самоврядування, які у своїх листах можуть надати необхідні роз'яснення, підтвердити наявність чи відсутність відповідних фактів, спростувати інформацію, при цьому не надаючи документа, що містить інформацію за завідомо встановленою формою, визначеною законодавством України (наприклад, таких документів як посадові інструкції, свідоцтва про народження тощо), а надсилаючи лист-відповідь автору запиту, в якому викладена запитувана інформація. У зв'язку з цим, а також для запобігання неможливості одержання стороною захисту такого роду інформації, з метою попередження випадків відмов захисникам та підозрюваним в наданні інформації з мотивуванням про відсутність у ст. 93 КПК України в якості окремого об'єкта витребування/отримання такої категорії, серед об'єктів витребування та отримання замість «відомостей» необхідно додати категорію «інформації» (**Додаток А, п. 4**) [5, с. 171].

Отже, серед об'єктів залишаються речі, копії документів та інформація. З приводу витребування і отримання захисником виключно копій документів, вважаємо, що з одного боку цю проблему здатна вирішити запропонована О. В. Малаховою правова норма, яка встановлює обов'язок відповідних суб'єктів надати копії документів у завіреному вигляді, при цьому необхідним автор вважає передбачити в ч. 3 ст. 99 КПК України право сторони захисту подавати завірені копії документів [16, с. 58-60; 20, с. 56]. З іншого ж боку, якщо захист потребуватиме проведення експертизи щодо оригіналу документа, він матиме можливість одержати такі оригінали лише в порядку тимчасового доступу (вилучення), що значно ускладнює процедуру за умови добровільності надання оригіналів необхідних документів. На наш погляд, це є необґрунтованим обмеженням сторони захисту, а тому слід закріпити у ч. 3 ст. 93 КПК України її право витребувати та отримувати, окрім речей, оригінали документів та їх завірені копії (у разі неможливості надання оригіналів) (**Додаток А, п. 4**).

Повертаючись до відсутності врегулювання в КПК України форми витребування доказів, вважаємо, що універсальною формою повинен стати саме письмовий запит, про який, до речі, йдеться у положенні п. 18 Інформаційного листа

ВССУ № 223-558/0/4-13 від 05.04.2013 р., що свідчить, по-перше, про наявність сталої практики витребування доказів у формі запитів, по-друге, про суддівське розуміння запиту як єдиної та правильної форми витребування речей, документів, інформації сторонами кримінального провадження [21]. Пропонуємо доповнити ст. 93 КПК України ч. 5 відповідного змісту (**Додаток А, п. 5**) [13, с. 182]. Наслідком додання цієї норми у КПК України є необхідність закріплення визначення запиту, строків надання відповіді на запит, вимог до оформлення запиту (його структурних складових), а також обов'язку суб'єктів, яким адресовано запит, виконати його в повному обсязі [13, с. 182]. Відмова в наданні речей, документів, інформації на запит, їх ненадання, несвоєчасне або неповне надання або надання інформації, що не відповідає дійсності, повинні тягнути за собою відповідальність, встановлену законом, крім випадків відмови в наданні інформації з обмеженим доступом. Такою відповідальністю повинна стати адміністративна шляхом доповнення Кодексу про адміністративні правопорушення України відповідною нормою [22, с. 388-389].

Вважаємо, що загальний строк надання речей, документів, інформації за письмовим запитом сторони захисту повинен становити п'ять робочих днів з моменту отримання (**Додаток А, п. 5**). Погоджуємось, що встановлення стислих строків, враховуючи часову обмеженість кримінального процесу, зможе реально забезпечити його дієвість, оскільки при більш тривалих строках відповіді втрачатимуть свою актуальність [23]. На наш погляд, можливе й встановлення додаткових, більш скорочених строків, адаптованих до умов та мети збирання доказів. Насамперед, це пов'язано із процесом підготовки захисту під час вирішення питань про обрання, зміну, скасування ЗЗКП до підозрюваного та, як наслідок, впровадженням спеціальної процедури збирання доказів на досудовому розслідуванні. Більш детально це питання буде розглянуте нами у третьому розділі дисертації.

На наш погляд, запит повинен містити інформацію про особу, яка його склала: прізвище, ім'я, по-батькові, процесуальний статус, реквізити особи для отримання відповіді та зв'язку; місце і дату складання запиту; реєстраційний номер, дату реєстрації кримінального провадження, правову кваліфікацію кримінального правопорушення, короткий виклад фактичних обставин кримінального провадження,

орган досудового розслідування, який здійснює кримінальне провадження; чітке формулювання запитуваної речі, документа, інформації; мету одержання запитуваних об'єктів; посилення на підстави подання запиту; інформування про юридичну відповідальність за невиконання запиту; підпис особи, яка склала запит; інформацію, яка підтверджує процесуальний статус особи. Щодо останнього, вважаємо, необхідно передбачити у КПК України обов'язок слідчого, дізнавача, прокурора за клопотанням сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, **невідкладно надавати довідку, що підтверджує процесуальний статус особи**, яка слугуватиме підтвердженням права осіб на витребування речей, документів, інформації (Додаток А, п. 6) [5, с. 173].

Запропоновані механізм, процедура та форма витребування доказів стороною захисту здатні забезпечити процес збирання останньою допустимих доказів, одержаних саме у порядку, передбаченому КПК України, як це вказано у ч. 1 ст. 93 КПК України, а також зміцнити можливості захисника та підозрюваного після набуття ними процесуального статусу. Однак як бути з речами, документами, інформацією, зібраними особами, які ще не набули процесуального статусу – особою, якій ще не повідомлено про підозру та її адвокатом [24, с. 179]? Адже, збираючи матеріали за відсутності процесуального статусу, ці особи користуються спеціальними законами як громадяни та адвокати, при цьому здійснюють збирання доказів в порядку, не передбаченому КПК України, ризикуючи після повідомлення про підозру залишитися з доказами, які не зможуть використати, адже останні будуть визнані недопустимими як такі, що зібрані з порушенням встановленої процедури [22, с. 387; 13, с. 181]. КПК України, на жаль, не врегульовує цього важливого питання. У зв'язку з цим, з метою забезпечення прав сторони захисту під час збирання доказів на стадії досудового розслідування та можливості подальшого використання таких доказів пропонуємо ч. 1 ст. 93 КПК України викласти у відповідній редакції (Додаток А, п. 7) [5, с. 173]. В такому випадку, докази, одержані особами в порядку законів України «Про звернення громадян», «Про доступ до публічної інформації», «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», інших спеціальних законів будуть захищені від подальшого визнання їх недопустимими.

Правова природа отримання порівняно із витребуванням є абсолютно іншою. Їх відмінність, як ми зазначали вище, полягає перш за все в суб'єкті, який ініціює залучення до кримінального провадження доказу. Під час отримання, на відміну від витребування, ініціатива про залучення матеріалів до кримінального провадження походить від інших осіб. Ці особи беруть участь у доказуванні шляхом подання речей, документів, інформації суб'єкту, який здійснює збирання доказів. І хоча право на подання доказів, на відміну від КПК України 1960 року, прямо не встановлено в чинному кодексі, вважаємо виділення у ст. 93 КПК України отримання в якості окремого способу збирання доказів свідчить про його наявність [5, с. 174]. Незважаючи на це, закріплення права будь-яких осіб подавати докази, які мають значення для кримінального провадження, не було б зайвим кроком на шляху удосконалення процедури доказування. Отримання як спосіб збирання доказів в науці розуміють по-різному [25, с. 198; 3, с. 253]. Вважаємо, що отримання – це самостійний спосіб збирання доказів, який полягає у поданні будь-якою заінтересованою особою наявних в неї речей, документів, інформації стороні кримінального провадження. Такі правовідносини обов'язково характеризуються наявністю двох сторін: того, хто подає доказ і того, хто його отримує. На відміну від витребування, в більшості випадків це добровільне подання. Об'єкти ж і суб'єкти у процедурі отримання, на наш погляд, є ідентичними тим, що були розглянуті нами відносно процедури витребування. Отже, отримання матеріалів стороною захисту в класичному випадку можливе лише коли відповідні особи добровільно передають їх підозрюваному, захиснику. Зрозуміло, що на практиці такі випадки зустрічаються набагато рідше, ніж збирання шляхом витребування. В такий спосіб захисник збирає докази, коли заінтересовані особи добровільно ініціюють надання речей, документів з метою сприяння та надання допомоги підозрюваному (в основному це його близькі родичі, члени сім'ї, знайомі), а також коли сам підозрюваний передає відповідні матеріали захиснику. Однак існують й інші, нетрадиційні випадки збирання стороною захисту доказів шляхом їх отримання. Це отримання доказів від слідчого, дізнавача, прокурора, коли на останніх законом покладений обов'язок їх надання [5, с. 174]. Мова йде про: обов'язок передати підозрюваному опис речей і оригіналів або копій документів, які були

вилучені на виконання ухвали слідчого судді, за умови вилучення таких речей у підозрюваного (ч. 3 ст. 165 КПК України); обов'язок надати копію клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжного заходу, підозрюваному не пізніше ніж за три години до початку розгляду клопотання відповідно до ч. 2 ст. 184 КПК України, це ж стосується і випадків, передбачених статтями 150, 155, 199, 200 КПК України; негайне надання затриманому за підозрою (підозрюваному) копії протоколу затримання (ч. 5 ст. 208 КПК України), вважаємо, за аналогією з цією нормою, копія протоколу затримання повинна передаватися особі негайно після затримання з метою приводу (ст. 191 КПК України); обов'язок сторони обвинувачення надати підозрюваному другий примірник протоколу обшуку разом із доданим до нього описом вилучених документів та тимчасово вилучених речей (за наявності) та запис, здійснений за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів під час проведення обшуку, який відповідно до ч. 2 ст. 104 КПК України є невід'ємним додатком до протоколу – в разі, якщо обшук проведено відносно підозрюваного (ч. 9 ст. 236 КПК України); обов'язок надати підозрюваному, освідчування якого проводилось примусово, копію протоколу освідчування (ч. 5 ст. 241 КПК України); обов'язок надати копію клопотання про продовження строку досудового розслідування підозрюваному та його захиснику (ч. 3 ст. 295 КПК України), при цьому вважаємо стороні захисту повинні бути надані копії усіх матеріалів, доданих до клопотання, на нашу думку, це стосується і продовження строків досудового розслідування слідчим суддею (ст. 295-1 КПК України). Як бачимо, сторона захисту за допомогою розглянутих вище механізмів здійснює збирання матеріалів способом їх отримання. На наше переконання, захисник, користуючись процесуальними правами підозрюваного, також має право отримувати відповідні документи у вищевказаних випадках. І хоча таке збирання має дещо іншу правову природу, перш за все тому, що пов'язане із обов'язком сторони обвинувачення, а не є добровільним наданням заінтересованими особами, вважаємо, воно цілком вкладається в отримання як спосіб збирання доказів стороною захисту [5, с. 175].

В цьому контексті хотілось би звернути увагу на положення ч. 5 ст. 223 КПК України, які потребують відповідного доопрацювання в контексті визначення обов'язку слідчого, прокурора надавати докази, які можуть вказувати на невинуватість особи, стороні захисту [5, с. 176] (**Додаток А, п. 8**). Такий механізм стане ще однією процесуальною гарантією в рамках інституту сприяння захисту – «*favor defensionis*» і вважатиметься новим випадком збирання захисником доказів шляхом їх отримання від слідчого, прокурора.

Цікавим є питання – чи повинні особи, які подають доказ, повідомити чи підтвердити джерело його отримання ними самими. Чи цей факт повинна встановити сторона захисту під час отримання нею відповідного матеріалу, при цьому зафіксувавши його. З огляду на подальше несення стороною захисту тягаря доказування належності та допустимості таких доказів перед слідчими суддями, судом, вкрай актуальним і важливим в цьому контексті є питання фіксації їх передачі із зазначенням джерел походження і осіб, які їх передали. М. О. Колоколов вважає, що при передачі захиснику предметів або документів необхідно складати двосторонній документ у довільній формі, при цьому, захиснику варто запропонувати особі розказати про обставини, за яких предмет чи документи потрапили до неї, надати по можливості детальний опис цього об'єкта, вказати які маніпуляції з ним проходили, викласти свої думки про те, яке відношення отриманий об'єкт має до злочину [26, с. 227; 27, с. 102-103; 28, с. 243; 29, с. 10; 19, с. 87]. Незважаючи на недосконалість і неконкретність запропонованої процедури, погоджуємось з загальною концепцією процедури фіксації стороною захисту отримання доказів. Розглядувані питання є важливими для побудови ефективної процедури перевірки слідчими суддями доказів та встановлення їх недопустимості, адже, вирішуючи питання про ЗЗКП, останні мають право за клопотаннями сторін кримінального провадження або за власною ініціативою заслуховувати будь-яких свідків чи досліджувати будь-які матеріали, що мають значення для вирішення клопотань.

КПК України не визначає процесуального порядку та форм фіксації отримання (передачі) захисником речей, документів, інформації від суб'єктів, перелічених у ч. 3 ст. 93 КПК України. Обов'язковою формою отримання, як і витребування, на наш

погляд, повинна бути письмова. В науці існують різні погляди щодо порядку і форм фіксування отримання матеріалів стороною захисту [26, с. 227]. Найбільш поширеними пропозиціями є надання захиснику права складати протоколи про отримання доказів [30, с. 112-113; 4, с. 138; 31, с. 286; 32, с. 12; 16, с. 59; 33, с. 55; 34, с. 52; 27, с. 105; 35, с. 128]. Погоджуємось, що в цілому концепція фіксації передачі доказів протоколом є найбільш прийнятною, враховуючи відсутність інших запропонованих форм фіксації у кримінальному процесі, в той же час, вона потребуватиме деякого доопрацювання, в тому числі шляхом внесення змін до глави 5 КПК України [4, с. 138]. Вважаємо, що питання введення обов'язку сторони захисту фіксувати усі випадки отримання доказів за допомогою протоколу необхідно вирішувати з огляду на той факт, що не в усіх випадках захисник та особливо підозрюваний реально матимуть таку змогу. Рациональним, на наш погляд, було б здійснення обов'язкового складання протоколу під час витребування та отримання речей та за необхідності документів під час безпосередньої передачі особами таких речей, документів «із рук в руки» [36, с. 300]. Отримання же таких доказів через пошту, за допомогою транспортних телекомунікаційних мереж (в тому числі електронною поштою), іншими засобами не дасть змогу належним чином з'ясувати та зафіксувати джерело походження доказу, а також інші питання, що матимуть значення для подальшого встановлення допустимості доказу. Окрім того, погоджуючись з І. С. Красковою, вважаємо, що подаючи відповідні речі, документи стороні захисту, суб'єкти-ініціатори повинні в якості супровідного документа, подавати письмову заяву про передачу речей, документів [27, с. 102-103]. В заяві обов'язково повинна бути зазначена інформація про суб'єкта, який передає матеріали, здатна забезпечити можливість ідентифікувати та зв'язатися з ним; реквізити адресата – підозрюваного або захисника; опис речі, документа, їх ідентифікуючі ознаки, реквізити; джерело походження речі, документа; мета подання доказу; міркування про відношення переданого доказу до кримінального провадження; дата та місце складання заяви; особистий підпис особи, яка склала заяву [5, с. 175]. Подібну заяву, на нашу думку, повинні подавати суб'єкти під час передачі матеріалів у відповідь на запит про витребування, якщо до ділового спілкування таких

суб'єктів не пред'являються відповідні обов'язкові вимоги – офіційні правила документування, листування. Мова йде здебільшого про фізичних осіб. Такі заяви слугуватимуть супровідними документами про передачу речей, документів і фіксуватимуть факти передачі особами доказів [36, с. 300]. Розглянувши два самостійних способи збирання доказів захисником: витребування та отримання, слід приділити увагу й іншим випадкам збирання, які за своєю сутністю не охоплюються традиційними способами.

Насамперед це отримання копій документів в ході ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення (ст. 221 КПК України) та в ході надання доступу до матеріалів при завершенні досудового розслідування в порядку ст. 290 КПК України. Ознайомлюючись з матеріалами досудового розслідування до його завершення захисник має право робити необхідні виписки та копії (ч. 2 ст. 221 КПК України), а під час доступу в порядку ст. 290 КПК України має право скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також отримати доступ до приміщення або місця, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем держави. На відміну від витребування та отримання, збирання матеріалів (доказів) здійснюється дещо іншим способом, який полягає у безпосередньому одержанні об'єктів, які опинились в користуванні захисника внаслідок законних процедур [5, с. 176]. При цьому спеціальних активних дій, спрямованих на отримання доказу (запиту про витребування) та подання доказів слідчим, прокурором не відбувається. При ознайомленні з матеріалами до завершення досудового розслідування захисник подає клопотання і, отримавши такі матеріали в безпосереднє користування, самостійно вирішує – копіювати необхідні докази чи просто зробити виписки. Отримання в безпосереднє користування матеріалів досудового розслідування в порядку статей 220, 290 КПК України як спосіб збирання доказів характеризується тим, що сторона обвинувачення не зобов'язана передавати докази захиснику, на неї покладено обов'язок надати доступ до матеріалів досудового розслідування, захисник при цьому має право скопіювати або відобразити відповідним чином докази, які наявні в матеріалах досудового розслідування, – таке рішення він приймає самостійно. Тобто, отримуючи докази в користування внаслідок

процедури ознайомлення з матеріалами та отримання доступу до них, захисник здійснює збирання доказів **шляхом безпосереднього здобуття** відповідних об'єктів. Здебільшого це копії протоколів слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій, а тому підпадають під категорію документів-доказів. Незважаючи на відсутність у ч. 3 ст. 290 КПК України серед матеріалів, до яких надається доступ, висновків експертів, на наш погляд, сторона обвинувачення все ж таки зобов'язана надати захиснику доступ до усіх матеріалів. Дещо проблематичним виявляється надання можливості скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини та надання доступу до приміщення або місця, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем держави, адже КПК України не пояснює що треба розуміти під «відображенням відповідним чином». Вважаємо, мається на увазі фіксування за допомогою технічних засобів: фотографування та відеозапису речових доказів або їх частин, приміщення або місця [5, с. 177].

Окрім того, існують й інші випадки збирання доказів, які за своєю сутністю не охоплюються способами витребування та отримання. Маємо на увазі не проведення захисником огляду місця події, огляду речей і документів, інших аналогів слідчих (розшукових) дій, адже не погоджуємось з пропозиціями вчених надати стороні захисту право здійснювати збирання доказів у такий спосіб [37, с. 427; 4, с. 142; 38, с. 103; 39, с. 107-111; 40, с. 114; 41, с. 259; 42, с. 281]. Відповідно до ст. 11 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» відомості, що містяться в Єдиному державному реєстрі, є відкритими і загальнодоступними (крім реєстраційних номерів облікових карток платників податків та паспортних даних) та у випадках, передбачених цим законом, за їх надання стягується плата. Захисник має право отримати інформацію з цього реєстру шляхом безкоштовного користування. Згідно із ч. 3 ст. 32 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» інформація з Державного реєстру прав у зв'язку із здійсненням повноважень, визначених законом, надається адвокатам за суб'єктом права чи за об'єктом нерухомого майна в електронній формі шляхом безпосереднього доступу до Державного реєстру прав, за умови ідентифікації адвоката за допомогою електронного цифрового підпису. Наказ

Міністерства фінансів України від 14.07.2017 № 637 «Про затвердження Порядку функціонування Електронного кабінету» регламентує порядок отримання документів платниками податків в автоматизованому режимі. Ч. 3 ст. 3 Закону України «Про адміністративні послуги» встановлює, що до адміністративних послуг, зокрема, прирівнюється надання витягів та виписок із реєстрів, довідок, копій, дублікатів документів, а тому отримання стороною захисту інформації, документів із реєстрів та електронних сервісів розумітимемо як отримання адміністративних послуг. Отже, мова буде йти про одержання відповідних документів безпосередньо із доступних стороні захисту джерел (шляхом отримання автоматизованих адміністративних послуг: витяги з Єдиних та Державних реєстрів, документи та інформація з електронних сервісів, держателями яких є державні органи або органи місцевого самоврядування, безпосередній доступ до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно захисника як адвоката; шляхом користування загально-доступними джерелами: одержання документів, інформації, змісту веб-сторінок, що містяться в мережі Інтернет, інформації у формі відкритих даних, що містяться на офіційних сайтах органів державної влади та місцевого самоврядування згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації»). Механізм такого збирання також суттєво відрізняється від витребування та отримання. Сторона захисту шляхом безпосереднього використання ресурсу, доступного захиснику та підозрюваному, самотійно, без звернення до відповідних осіб, здобуває необхідні документи. При цьому, участь у такому збиранні здійснює виключно сторона захисту, яка знаходить необхідні документи в доступному електронному сервісі, завантажує або копіює їх, тим самим самотійно здобуває докази у кримінальному провадженні. На підставі викладеного вище, констатуємо існування третього способу збирання захисником доказів – **безпосереднього здобуття** речей, документів, інформації [5, с. 178].

Вважаємо, що КПК України, встановивши у ч. 3 ст. 93 право сторони захисту збирати докази шляхом здійснення будь-яких інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів, прямо вказав на існування окремих альтернативних способів збирання речей, документів, які неможливо охопити однією нормою. Одним із таких способів також вважаємо збирання підозрюваним

документів **шляхом замовлення необхідних послуг** [5, с. 178]. Яскравим прикладом такого способу є замовлення підозрюваним послуг з проведення аналізу власних біологічних речовин в приватній лабораторії, в результаті чого підозрюваний одержує документ, який може мати важливе значення для відповідного кримінального провадження. Окрім того, окремим альтернативним способом збирання доказів стороною захисту вважаємо збирання доказів **шляхом застосування технічних засобів фіксування процесуальних дій** [5, с. 178]. Цей спосіб збирання доказів пов'язаний насамперед з правом підозрюваного, закріпленим у п. 11 ч. 3 ст. 42 КПК України, і, на наш погляд, стосується також його захисника. Відповідно ж до ч. 1 ст. 107 КПК України стороні захисту надається право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису, яке, на наше переконання, взагалі не може бути обмеженим.

Слід зауважити, що за умови внесення усіх запропонованих нами законодавчих змін відібрання зразків для експертизи з речей, документів зможе здійснюватися не тільки в порядку тимчасового доступу до речей, документів (статті 160-166 КПК України), але й шляхом витребування, отримання, безпосереднього здобуття речей, документів, а також за допомогою інших легальних способів одержання доказів, у зв'язку з чим ч. 2 ст. 245 КПК України теж потребуватиме відповідного доопрацювання. З приводу добровільного відібрання біологічних зразків для експертизи, вважаємо, що в деяких випадках сторона захисту можливо могла б й самостійно одержати біологічні зразки підозрюваного, без необхідності застосування процедури освідчування (ст. 241 КПК України), а саме шляхом замовлення необхідних (медичних) послуг безпосередньо підозрюваним або захисником щодо підзахисного, якщо відібрання біологічних зразків в конкретному випадку не виступало б окремим етапом проведення судової експертизи, а методика та правила її проведення не забороняли б відібрати біологічні зразки в такий спосіб [5, с. 179]. У зв'язку з цим, перспективним вбачається науковий напрямок, пов'язаний із переосмисленням положень ч. 3 ст. 245 КПК України.

Задля подальшої можливості використання захисником зібраних речей, документів в якості допустимих доказів окрім дотримання процесуального порядку

їх збирання обов'язковим є додержання належного порядку їх зберігання. Згідно із ч. 2 ст. 100 КПК України на захисника покладений обов'язок зберігання речей, документів у стані, придатному для використання у кримінальному провадженні. КПК України не вказує на обов'язок захисника зберігати їх у відповідному порядку, на відміну від сторони обвинувачення, яка зобов'язана зберігати речові докази в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України. Дуже цікавою, на наш погляд, є запропонована О. С. Стареньким концепція порядку зберігання речових доказів у захисника [4, с. 153-157]. Вважаємо, на захисника не повинен покладатися обов'язок зберігати речі, документи у відповідному порядку, який обов'язково повинен бути аналогом порядку зберігання доказів стороною обвинувачення. Положення про те, що сторона захисту зобов'язана зберігати докази у стані, придатному для їх використання у кримінальному провадженні, на нашу думку, є спрямованим на запобігання використанню доказів, які через неналежний стан позбавлені можливості стати об'єктами дослідження слідчого судді та суду. Водночас створення порядку їх зберігання відповідно до формалізованої процедури тільки позитивним чином відобразилось би на забезпеченні виконання обов'язку захисника зі зберігання доказів у придатному для їх використання стані, адже його порушення безумовно здатне призвести до визнання відповідних доказів недопустимими.

Що стосується доцільності накладення арешту на майно, одержане захисником шляхом витребування та отримання речей, документів, системний аналіз норм КПК України, зокрема, положень ч. 1 ст. 100, дає можливість зробити висновок про існування необхідності накладення арешту на речі, документи, які за правовим статусом виступають майном відповідних осіб, з метою збереження цих речей, документів як доказів, а також для недопущення порушення конституційного принципу, передбаченого ст. 16 КПК України. Підтвердженням цього виступають наступні обставини.

Згідно із ст. 16 КПК України позбавлення або обмеження права власності під час кримінального провадження здійснюється лише на підставі вмотивованого судового рішення, ухваленого в порядку, передбаченому кодексом. На підставах та в порядку, передбачених КПК України, допускається тимчасове вилучення майна без

судового рішення. Відповідно до ч. 1 ст. 167 КПК України тимчасовим вилученням майна є фактичне позбавлення підозрюваного або осіб, у володінні яких перебуває зазначене у ч. 2 ст. 167 КПК України майно, можливості володіти, користуватися та розпоряджатися певним майном до вирішення питання про арешт майна або його повернення. Згідно із ст. 168 КПК України тимчасове вилучення майна може здійснюватися під час затримання, огляду або обшуку. В науці існують різні погляди на це питання. Так, на думку Ю. М. Мирошніченка, тимчасово вилученим може вважатися лише майно, одержане в результаті: 1) затримання особи в порядку, передбаченому ст. ст. 207, 208 КПК України; 2) обшуку; 3) огляду [43, с. 311]. В даному випадку автор суворо дотримується позиції законодавця. Натомість, Н. С. Моргун, будучи прихильницею іншого підходу, вважає, що тимчасове вилучення окремих речей може здійснюватися не лише під час огляду, обшуку чи затримання, як це прямо передбачено КПК України, а й під час проведення інших процесуальних дій, пов'язаних з добровільним наданням або примусовим вилученням речей, документів [44, с. 321]. На наш погляд, таке питання повинно вирішуватись шляхом попереднього пізнання природи та виокремлення характерних ознак тимчасово вилученого майна. Вважаємо, що основними в даному випадку ознаками тимчасово вилученого майна, які відображають його правову природу, є такі: 1) одержання речей, документів пов'язане із фактичним позбавленням в результаті процесуальної дії відповідної особи можливості володіти, користуватися та розпоряджатися власним майном. Під час добровільного надання речей, документів особу не позбавляють відповідних прав, адже остання самостійно вирішує долю її майна, передаючи його відповідному суб'єкту кримінального провадження; 2) примусовий характер одержання майна – тобто речі, документи одержуються суб'єктом збирання доказів або із застосуванням заходів примусу до особи або завдяки наявності в законодавстві юридичної відповідальності за невиконання особою законних вимог суб'єкта збирання доказів. В другому випадку, усвідомлюючи загрозу бути притягнутою до відповідальності та підданою відповідній санкції за невиконання обов'язку, особа примусово віддає власне майно суб'єкту збирання доказів; 3) для подальшого використання тимчасово вилученого

майна як доказу на нього обов'язкового потрібно накласти арешт. Майно може перебувати у володінні суб'єкта, який його вилучив, лише короткий проміжок часу, визначений КПК України. Якщо протягом відповідного строку особа не звернеться до слідчого судді з клопотанням про арешт майна, воно повинно бути повернене власнику (особі, в якій було вилучено⁴). Слідчий суддя під час вирішення клопотання про арешт майна здійснює перевірку законності одержання речей, документів і, дозволяючи накласти на майно арешт, підтверджує законність та обґрунтованість обмеження права власності особи на майно. Обов'язковість перевірки законності та обґрунтованості вилучення майна слідчим суддею підтверджують і положення ч. 1 ст. 100 КПК України, відповідно до яких не потрібно звертатися з клопотанням про арешт майна, вилучене на підставі ухвали про тимчасовий доступ. Фактично КПК України прирівнює дію ухвали про тимчасовий доступ (вилучення) речей, документів з ухвалою про арешт майна в контексті гарантування слідчим суддею можливості подальшого використання вилученого майна як доказу, а так само підтвердження законності та обґрунтованості обмеження права власності особи. Викладене свідчить про те, що за своєю правовою природою витребувані в порядку ст. 93 КПК України сторонами кримінального провадження речі, документи є тимчасово вилученим майном, а тому для забезпечення можливості подальшого їх використання в якості доказів потребують накладення на них арешту. Про це свідчить і судова практика. Так, слідчий суддя задовольнив клопотання слідчого про накладення арешту на речовий доказ, витребуваний в порядку ст. 93 КПК України, з метою його збереження. Однак, в даному випадку слідчий не дотримувався строку подання клопотання, передбаченого ч. 5 ст. 171 КПК України [45].

Категорично не можемо погодитись із позицією законодавця, відповідно до якої тимчасово вилученим майном вважаються лише речі, документи, які вказані у ч. 2 ст. 167 КПК України, адже ця категорія речей, документів відповідає лише частині обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, викладених у ч. 1 ст. 91 КПК України, і свідчить про значне необґрунтоване звуження

⁴ Вважаємо, що відповідне майно повинно повертатись власнику, у зв'язку з чим можливим було б нормативне доопрацювання положень ст. 171 КПК України.

законодавцем кола обставин, які можна встановити за допомогою речей, документів в кримінальному провадженні. Відповідно до ч. 1 ст. 84 КПК України доказами є фактичні дані, на підставі яких встановлюється наявність чи відсутність не тільки фактів та обставин, які підлягають доказуванню, але й обставин та фактів, які мають значення для кримінального провадження. Як ми вже вказували в першому розділі дисертації обставини, які мають значення для кримінального провадження, набагато ширші за передбачені у ст. 91 КПК України. Здебільшого, вони спрямовані на прийняття проміжних та локальних процесуальних рішень у кримінальному провадженні. Фактично ч. 2 ст. 167 КПК України свідчить про право вилучення в результаті затримання, огляду, обшуку лише звуженого переліку речей, документів та, як наслідок, про можливість встановлення обмеженого кола фактичних обставин за допомогою речей, документів у кримінальному провадженні. У зв'язку з цим, на наш погляд, ч. 2 ст. 167 КПК України потребує доопрацювання з обов'язковим включенням до категорії тимчасово вилученого майна речей, документів, на підставі яких можуть встановлюватись наявність чи відсутність усіх фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Також, на наше переконання, потребує розширення перелік випадків здійснення тимчасового вилучення майна. Окрім затримання, огляду та обшуку, слід доповнити ст. 168 КПК України новим випадком здійснення тимчасового вилучення майна – витребуванням сторонами кримінального провадження речей, документів в порядку ст. 93 КПК України [36, с. 301].

Що стосується сторони захисту – в разі внесення до КПК України запропонованих нами змін, згідно яких чітко регламентуватиметься процедура витребування речей, документів, інформації за письмовим запитом підозрюваного, захисника, надання відповіді на який гарантуватиметься встановленою адміністративною відповідальністю за його невиконання, витребуване захисником майно за своєю природою буде вважатися тимчасово вилученим, а тому для забезпечення можливості подальшого його використання в якості доказу потребуватиме накладення на нього арешту [36, с. 301]. На наш погляд, арешт майна повинен допускатись не тільки з метою збереження речових доказів, але й документів,

адже за правовим статусом документи відносяться до рухомого майна, щодо якого в осіб може виникати право власності (ст. 179, ч. 2 ст. 181, ст. 190, ч. 2 ст. 325 ЦКУ), відповідно ж до ч. 1 ст. 303 ЦКУ документи, фотографії, інші особисті папери фізичної особи є її власністю [46, с. 635-637]. Також, на це вказує зміст наступних норм КПК України: ч. 2 ст. 167 встановлює, що тимчасово вилученим може бути майно у вигляді речей, документів, грошей тощо; ч. 1 ст. 170 серед ознак майна, на яке може накладатися арешт, передбачає необхідність існування щодо нього сукупності підстав чи розумних підозр вважати, що воно є доказом злочину; п. 2 ч. 2 ст. 173 закріплює, що при вирішенні питання про арешт майна слідчий суддя, суд повинен враховувати можливість використання майна як доказу у кримінальному провадженні (якщо арешт майна накладається у випадку, передбаченому п. 1 ч. 2 ст. 170 КПК України). Відповідно в КПК України необхідно передбачити можливість накладення арешту на майно з метою забезпечення збереження усіх доказів, які можуть виступати майном особи, а не тільки речових [36, с. 302] (**Додаток А, п. 9**).

Глава 17 КПК України не передбачає права захисника звертатися із клопотанням про арешт майна до слідчого судді. Таке право мають лише слідчий, прокурор, а для забезпечення цивільного позову – цивільний позивач. Визначення арешту майна, що міститься у ч. 1 ст. 170 КПК України, не є універсальним і, на наш погляд, потребує нормативного доопрацювання (**Додаток А, п. 10**). Відповідно до ст. 174 КПК України сторона захисту може звернутися до слідчого судді лише з клопотанням про скасування арешту майна. Відсутність права захисника звертатись із клопотанням про накладення арешту на майно є цілком логічним, адже законодавець, намагаючись врегулювати правовідносини, пов'язані із недоторканністю права власності у кримінальному провадженні, суттєво звузив випадки здійснення тимчасового вилучення майна в осіб, не передбачивши потенційну можливість витребувати речі, документи стороною захисту. Це, на наш погляд, свідчить про відсутність в законодавця під час розробки та прийняття КПК України реальної мети належним чином впровадити змагальні засади в кримінальне провадження, як і вказує на розуміння ним ролі сторони захисту в процесі доказування номінальною, а закріплених прав декларативними. Досліджуючи

природу ЗЗКП в першому розділі дисертації, ми наголошували на необхідності розуміння цього інституту як багатостороннього та рівнозначного, покликаного допомагати у подоланні перешкод в реалізації процесуальних прав не тільки стороні обвинувачення, але й стороні захисту та іншим учасникам кримінального провадження, які цього потребують. Серед перспективних напрямків розвитку цього інституту, пов'язаних із забезпеченням змагальних засад, зокрема, ми визначили нормативне доопрацювання вже існуючих ЗЗКП в контексті розширення прав сторони захисту, пов'язаних з отриманням можливості ініціювання застосування деяких видів ЗЗКП. В цьому контексті, з метою врегулювання недопущень порушення принципу недоторканності права власності захисником під час збирання доказів шляхом їх витребування та отримання, а також задля гарантування стороні захисту можливості забезпечити докази, зібрані нею для подальшого використання, вважаємо, що необхідним є доповнення КПК України нормою, яка встановлюватиме обов'язок сторони захисту протягом трьох робочих днів з моменту одержання за письмовим запитом речей, документів, які є майном осіб, звернутися до слідчого судді з клопотанням про накладення арешту на майно, витребуване підозрюваним, захисником в порядку ст. 93 КПК України, з метою забезпечення збереження його в якості доказів [36, с. 302] (**Додаток А, п. 11**). Що стосується майна, зібраного стороною захисту шляхом отримання, головною його характеристикою є добровільність передачі та відсутність позбавлення (обмеження) права власності. Таке майно, на нашу думку, не можна віднести до тимчасово вилученого, однак задля гарантування збереження цього майна як доказу КПК України повинен містити відповідні механізми. Це, перш за все, пов'язано з ймовірністю прийняття в майбутньому рішення про повернення майна особою, яка добровільно передала його захиснику в якості доказу, в результаті чого захисник буде змушений повернути майно та залишитись без необхідних доказів для здійснення захисту. При цьому, такі докази фактично можуть бути відсутні в розпорядженні захисника на момент одержання вимоги про їх повернення, адже, будучи направленими експерту як об'єкти (зразки) для судової експертизи, будуть знаходитись в «процесуальному використанні» такого експерта. На необхідність якнайшвидшого повернення майна,

наданого захиснику, також вказує зміст положень ч. 1 ст. 100 КПК України. Задля запобігання випадкам втрати захисниками важливих доказів у вигляді речей, документів, які виступають майном осіб, на наш погляд, КПК України необхідно доповнити нормою, згідно якої сторона захисту матиме право у будь-який час звернутись до слідчого судді з клопотанням про накладення арешту на майно у вигляді речей, документів, зібраних шляхом отримання в порядку ст. 93 КПК України [36, с. 302] (Додаток А, п. 11).

Ще одним випадком самостійного збирання доказів захисником є залучення експерта на підставі ст. 243 КПК України. Відповідно до цієї норми сторона захисту має право самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової. В науці самостійне залучення стороною захисту експерта відносять до інституту конкурентної (альтернативної) експертизи [16, с. 60; 47, с. 214]. Таке повноваження захист отримав з прийняттям в 2012 році КПК України. При цьому, науковцями протягом багатьох років в ході досліджень висвітлювалася низка проблемних питань, пов'язаних з реалізацією цього повноваження, та надавалися пропозиції по вирішенню цих проблем, в тому числі шляхом внесення законодавчих змін до КПК України. Незважаючи на це, законодавець Законом України від 03.10.2017 р. № 2147а-VIII виключив із КПК України норму про самостійне залучення стороною захисту експерта для проведення експертизи на договірних умовах та встановив проведення експертизи виключно за дорученням слідчого судді. Через виникнення у практичній діяльності суттєвих проблем та, як наслідок, втрату ефективності даного інституту, Законом України від 04.10.2019 р. № 187-IX законодавцем було повернуто право сторін кримінального провадження вирішувати питання про проведення експертиз самостійно, при цьому залишено можливість сторони захисту звертатися із клопотаннями про проведення експертиз до слідчих суддів. Водночас нормотворець так і не вирішив тих проблемних питань, що підіймалися наукою кримінального процесу. Окрім того, нова ст. 243 КПК України, на наш погляд, спроектована дещо не правильно і є не логічною. Абзац перший передбачає, що експерт залучається у разі наявності підстав для проведення експертизи за дорученням сторони кримінального провадження. Про яке

доручення в даній нормі йде мова не зрозуміло. При цьому, другий та третій абзаци передбачають право сторони захисту самостійно залучати експертів на договірних умовах та подавати клопотання про призначення експертизи слідчому судді в порядку ст. 244 КПК України. Положення ч. 1 ст. 101 та ч. 1 ст. 242 КПК України допомагають зрозуміти, що доручення провести експертизу надає виключно слідчий суддя та суд, а сторони кримінального провадження, в свою чергу, здійснюють залучення експерта для проведення експертизи.

Розпочинаючи розгляд цього повноваження захисника, насамперед необхідно відзначити, що захисту надано право самостійно вирішувати питання про проведення експертизи та можливість реалізувати його незалежно від волі інших суб'єктів. Така самостійність означає пряме безпосереднє звернення до будь-якого за вибором захисника експерта, експертів або експертної установи з замовленням відповідної експертизи на договірних умовах, після проведення якої захиснику передається висновок експерта разом з відповідними об'єктами дослідження. При цьому, передача речей, документів відповідно до п 4.20 Інструкції відбувається такими шляхами: пересиланням поштою; особистим отриманням; отриманням представником за дорученням підозрюваного або захисника після пред'явлення документа, що засвідчує його особу. Важливим є вирішення головних, на наш погляд, проблемних питань, що виникають під час реалізації захисником даного повноваження.

Однією із таких проблем є попередження експерта про кримінальну відповідальність за завідомо неправдивий висновок під час залучення його стороною захисту. Відповідно до ч. 2 ст. 102 КПК України у висновку експерта обов'язково повинно бути зазначено, що його попереджено про відповідальність за завідомо неправдивий висновок та відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків. У науковій літературі пропонуються різні способи вирішення цієї проблеми [48, с. 205; 4, с. 191; 49, с. 80; 50, 196-200; 51, с. 79]. На наш погляд, найефективнішим вирішенням є пропозиція І. В. Гловюк ч. 2 ст. 102 КПК України викласти в іншій редакції, згідно якої «У висновку експерта обов'язково повинно бути зазначено, що він ознайомлений з тим, що за завідомо неправдивий висновок і відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків він

підлягає кримінальній відповідальності», адже погоджуємось, що за своєю сутністю це положення означає не попередження експерта про відповідальність як окрему процесуальну дію, а ознайомлення експерта з фактом існування відповідальності за відповідні порушення [51, с. 79]. Інструкція у п. 4.12 серед інформації, що вказується у вступній частині висновку експерта, передбачає попередження (обізнаність) експерта про кримінальну відповідальність.

Іншою, не менш суттєвішою концептуальною проблемою, пов'язаною із реалізацією права захисника на самостійне залучення експерта для проведення експертизи, є відсутність в законодавстві уніфікованого порядку такого залучення та неузгодженість між собою положень актів законодавства, регулюючих проведення судових експертиз [52, с. 164]. Відповідні питання регулюють по-різному такі нормативно-правові акти: КПК України, Закон України «Про судову експертизу», Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», Закон України «Про психіатричну допомогу», Інструкція, Інструкція про особливості здійснення судово-експертної діяльності атестованими судовими експертами, що не працюють у державних спеціалізованих експертних установах, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 12.12.2011 р. № 3505/5, Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень в системі Служби безпеки України, затверджена наказом Центрального управління Служби безпеки України від 29.05.2015 р. № 371, Інструкція з організації проведення та оформлення експертних проваджень у підрозділах Експертної служби Міністерства внутрішніх справ України, затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 17.07.2017 р. № 591, Інструкція про проведення судово-медичної експертизи, затверджена наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17.01.1995 р. № 6, Порядок проведення судово-психіатричної експертизи, затверджений наказом Міністерства охорони здоров'я України від 08.05.2018 р. № 865 тощо.

Інструкція є базовим нормативним актом, що встановлює порядок проведення судових експертиз, регулює проведення усіх її видів, окрім судово-медичної та судово-психіатричної, а також експертиз, що проводяться в системі СБУ та підрозділах Експертної служби МВС, які регулюються окремими нормативно-

правовими актами, і, в свою чергу, врегульовує два види робіт, які виконують експерти: судові експертизи та експертні дослідження, які не є тотожними та потребують чіткого розмежування. Судові експертизи проводяться у кримінальних провадженнях та в інших видах судочинства, експертні дослідження здійснюються на замовлення будь-яких фізичних, юридичних осіб незалежно від мети отримання результатів досліджень. Підставою для проведення експертного дослідження є договір, укладений за письмовою заявою (листом) особи-замовника.

КПК України не містить вказівки про документ, який є підставою для проведення експертизи на замовлення захисника, як і вимог до нього. Деякі науковці, наголошуючи на існуванні такої прогалини, пропонують свої варіанти її усунення [53, с. 139-140; 54, с. 26-27; 55; 4, с. 186; 56, с. 30; 50, с. 197-199; 16, с. 61]. Водночас законодавець хоча й не чітко, але все ж таки врегульовує ці питання в деяких актах кримінального процесуального законодавства. Відповідно до ст. 7-1 Закону України «Про судову експертизу» підставою проведення судової експертизи, серед іншого, є договір з експертом чи експертною установою – якщо експертиза проводиться на замовлення інших осіб. Вимоги до змісту такого договору містить п. 1.8 Інструкції, серед яких: реквізити особи, яка замовила проведення експертизи, номер справи або кримінального провадження або посилання на статтю закону, якою передбачено надання висновку експерта, перелік питань, що підлягають вирішенню, об'єкти, що підлягають дослідженню. Крім того, Інструкція визначає, що договір повинен бути укладений за письмовим зверненням особи у випадках, передбачених законом. Однак форму такого звернення Інструкція встановлює лише для експертних досліджень, якою є письмова заява (лист) особи. Вважаємо, що формою письмового звернення захисника про укладення договору на проведення судової експертизи, за аналогією із порядком замовлення експертних досліджень, повинна бути заява (лист), адресована керівнику експертної установи або безпосередньо експерту [52, с. 165]. Наслідком подання заяви (листа) є укладення відповідного договору між сторонами. Взагалі то, попередні редакції Інструкції, що відповідали початковій редакції ст. 243 КПК України, серед підстав проведення експертизи окремо визначали письмове звернення сторони захисту, однак наказом Міністерства юстиції України від 10.01.2019 р.

№ 83/5 їх було змінено та встановлено єдину підставу для проведення судових експертиз та експертних досліджень – договір.

Що стосується залучення експертів для проведення судово-медичних та судово-психіатричних експертиз, ст. 15 Закону України «Про судову експертизу» встановлює, що проведення судових експертиз у кримінальному провадженні судово-медичними та судово-психіатричними установами на замовлення сторони захисту здійснюється за рахунок замовника. Водночас ст. 71 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» встановлює, що проведення обох видів експертиз може бути призначене у порядку, встановленому законодавством, лише конкретним переліком суб'єктів: особою, яка проводить дізнання, слідчим, прокурором або судом, а відповідно до п. 2.1. Інструкції про проведення судово-медичної експертизи, затвердженої наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17.01.1995 р. № 6, підставами для проведення судово-медичної експертизи є постанова особи, що проводить дізнання, слідчого, прокурора, судді, а також ухвала суду. Окрім того, що редакції цих норм є застарілими та не відповідають КПК України 2012 року, вони обмежують право сторони захисту на самостійне залучення експертів для проведення судово-медичної та судово-психіатричної експертиз на підставі договору, що на думку авторів є одним із проявів нерівності сторін у процесі збирання доказів [56, с. 30]. В той же час, ст. 21 Закону України «Про психіатричну допомогу» встановлює, що судово-психіатрична експертиза у кримінальному провадженні призначається і проводиться на підставах та в порядку, передбачених законом. Згідно ж із пунктами 5, 10 Порядку проведення судово-психіатричної експертизи, затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я України від 08.05.2018 р. № 865, питання призначення судово-психіатричної експертизи у кримінальному провадженні регулюються КПК України та Законом України «Про судову експертизу», метою її проведення є надання відповідей на запитання, поставлені особою або органом, що залучили експерта, або слідчим суддею чи судом, що доручили її проведення. Аналіз змісту цих норм все ж таки свідчить про наявність у сторони захисту права залучати експерта для проведення судово-психіатричної експертизи, однак процедури його реалізації вказані нормативні акти не

передбачають, як і не містять будь-якої згадки про проведення судово-психіатричних експертиз саме на договірних умовах. При цьому, ст. 73 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» та п. 1.5 Інструкції про проведення судово-медичної експертизи, затвердженої наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17.01.1995 р. № 6, декларують проведення альтернативних судово-медичних експертиз на замовлення осіб, порядок та умови проведення яких, на жаль, до сьогодні законодавством України не визначені.

Як бачимо, законодавство, що регулює цю сферу правовідносин, містить безліч положень, які суперечать одне одному. Такі суперечності та неузгодженості свідчать про відсутність єдиного чіткого порядку самостійного залучення захисником експертів на підставі ст. 243 КПК України та створюють загрозу неможливості повноцінної реалізації останнім свого права на самостійне збирання доказів. Крім того, ця проблема є перепорою для формування єдиної правильної судової практики із зазначеного питання. У зв'язку з викладеним вище, з метою вирішення розглянутих проблем, пропонуємо ст. 243 КПК України викласти у відповідній редакції [52, с. 166] **(Додаток А, п. 12)**. Окрім того, наполягаємо на необхідності приведення законодавства України в цій сфері у відповідність до положень ст. 243 КПК України у запропонованій нами редакції.

Розглянувши самостійне залучення експерта на підставі ст. 243 КПК України, необхідним є визначення способу збирання доказу, який відповідає такому праву захисника. Так, О. М. Моїсєєв залучення експерта захисником розуміє як збирання доказів шляхом проведення окремих слідчих (розшукових) дій, Є. В. Смирнов вважає, що в цьому випадку захисник збирає докази шляхом ініціювання їх проведення [55, с. 201; 30, с. 130]. На нашу думку, таке розуміння є дещо не правильним: захисник не має права проводити слідчі (розшукові) дії, на рахунок ініціювання – така форма участі у доказуванні, як ми вже вказували в першому розділі дисертації, характеризується відсутністю можливості захисника отримати доказ за результатами проведеної слідчої (розшукової) дії. У випадку самостійного залучення експерта на підставі ст. 243 КПК України захисник після проведення експертизи отримує у власне розпорядження висновок експертизи. Тому вважаємо, що в даному

випадку сторона захисту збирає докази **шляхом самостійного залучення експерта для проведення експертизи.**

Досліджені нами способи збирання доказів захисником становлять самостійне збирання матеріалів (доказів) на стадії досудового розслідування. Цей шлях збирання доказів стороною захисту є одним із ефективніших та найрозповсюдженіших у її діяльності, пов'язаний із доказуванням на досудовій стадії. Він характеризується самостійністю, безпосередністю, незалежністю та реальністю в одержанні матеріалів. Водночас він не є єдиним – в КПК України для захисника передбачені й інші можливості зібрати необхідні докази, які слід розглянути в наступному питанні.

2.2. Збирання захисником матеріалів (доказів) за допомогою слідчого судді

Збираючи матеріали на досудовому розслідуванні, захисник позбавлений права застосовувати примус в ситуаціях, пов'язаних із необхідністю одержання відповідних речей, документів. Самостійне збирання доказів шляхом витребування, отримання та безпосереднього здобуття речей, документів, інформації не завжди здатне забезпечити реальну можливість одержати в розпорядження необхідні матеріали. Насамперед це стосується витребування доказів. Причини цього можуть бути абсолютно різними: небажання адресатів виконувати вимогу про надання доказів з будь-яких мотивів; відсутність в КПК України процедури витребування та обов'язку виконувати законні вимоги захисника; хибне уявлення про можливість витребування речей, документів виключно на підставі ухвали про тимчасовий доступ тощо. Крім того, здійснюючи доказування, захисник позбавлений можливості проводити слідчі (розшукові) дії, а за відсутності у підозрюваного коштів, сторона захисту також позбавлена можливості самостійно залучити експерта для проведення експертизи. Все це свідчить про наявність в сторін кримінального провадження різних можливостей, пов'язаних із збиранням доказів, співвідношення яких не є справедливим. Незважаючи на це, КПК України містить низку компенсаційних механізмів, покликаних максимально урівняти можливості сторін, досягнувши таким чином основної мети засади змагальності кримінального провадження. Реалізація цих механізмів спонукає захисника під час збирання доказів вступати в процесуальні

відносини з суб'єктами, котрі виконують різноманітні ролі у кримінальному провадженні. Одні з них є володільцями відповідних речей, документів, інші уповноважені проводити слідчі (розшукові) дії, однак найважливіша взаємодія відбувається з суб'єктами, уповноваженими приймати процесуальні рішення, спрямовані забезпечити потреби захисника, – в досудовому розслідуванні таким суб'єктом є слідчий суддя. Таким чином, окрім самотійного збирання доказів, захисник має право збирати їх альтернативним шляхом – за допомогою слідчого судді. Такий шлях, на відміну від самотійного збирання, не характеризується самотійністю, безпосередністю, незалежністю, однак головною його ознакою, на наш погляд, є реальність в одержанні матеріалів, яка означає одержання речей, документів, висновків експертів, іншої інформації в безпосереднє розпорядження захисника. В цьому випадку процесуальні, в тому числі слідчі (розшукові) дії, спрямовані на одержання матеріалів, проводяться саме за ініціативою захисника, останній в свою чергу є так званим «кінцевим бенефіціаром» одержання доказів, в незалежності від того який суб'єкт здійснював або за дорученням якого здійснювалася процесуальна (слідча (розшукова)) дія [2, с. 110]. Зауважимо, що ініціювання проведення процесуальних дій, про яке йдеться у ч. 3 ст. 93 КПК України, не можна розглядати як збирання захисником матеріалів за допомогою сторони обвинувачення, адже за результатами проведення таких дій, захисник не одержує жодних матеріалів. В таких випадках захисник взаємодіє саме зі слідчим суддею, який уповноважений приймати процесуальні рішення, спрямовані на забезпечення процесу збирання доказів, здійснюваного захисником. Ці процесуальні відносини Т. В. Лукашкіна умовно характеризує виникненням так званого «подвійного суб'єкта доказування» [57, с. 60].

І. В. Гловюк однією із складових функціональної спрямованості слідчого судді на досудовому розслідуванні визначає функцію забезпечення слідчим суддею доказів, яка за своєю векторністю відрізняється і від функції судового контролю, і від функції забезпечення законності та обґрунтованості обмеження прав та свобод учасників кримінального провадження та інших осіб [58, с. 117]. Дана функція, на погляд науковця, складається з самотійного збирання фактичних даних та

забезпечення проведення деяких слідчих дій за клопотанням сторони захисту задля реалізації принципу змагальності. Розглянемо механізми, які, на наш погляд, охоплюються цією функцією та є складовими збирання стороною захисту доказів за допомогою слідчого судді.

Глава 15 КПК України регламентує здійснення тимчасового доступу до речей і документів, який полягає у наданні стороні кримінального провадження особою, у володінні якої знаходяться такі речі і документи, можливості ознайомитися з ними, зробити їх копії та, у разі прийняття відповідного рішення слідчим суддею вилучити їх (здійснити їх виїмку). Незважаючи на законодавче віднесення тимчасового доступу до ЗЗКП, погоджуємось, що за власною правовою природою він є засобом збирання сторонами відповідних матеріалів [59, с. 294; 60, с. 20]. Завдяки тимчасовому доступу захисник має право примусово отримати необхідні речі, документи, які зможе подати як докази слідчому судді та суду. Науковці по-різному розуміють сутність цього ЗЗКП, виокремлюючи у його складі декілька окремих процесуальних дій [61, с. 30-31; 15, с. 7]. На наш погляд, в будь-якому разі обидві складові цього ЗЗКП спрямовані саме на одержання необхідних стороні кримінального провадження доказів.

Вважаємо, що механізм надання захиснику особою, у володінні якої знаходяться речі і документи, можливості ознайомитися з ними, зробити їх копії, більш схожий на природу іншої процесуальної дії – ознайомлення з матеріалами досудового розслідування в порядку статей 221, 290 КПК України. На відміну від вилучення (виїмки) ознайомлення означає отримання доступу до відповідних об'єктів, їх дослідження, оцінку необхідності таких об'єктів для подальшого використання у кримінальному провадженні та створення їх копій для залишення у власне розпорядження. Ознайомлення з копіюванням необхідно застосовувати: якщо не має необхідності вилучати майно із законного володіння особи; коли захисник достеменно не знає змісту відповідного об'єкта та, як наслідок, його значення для кримінального провадження; у випадках, коли вилучення відповідних документів та інформації прямо заборонено законодавством, а саме під час тимчасового доступу до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку (ст. 159 КПК України). Ознайомлення та копіювання є свого роду

процесуальною гарантією, яка дозволяє досягти бажаного результату з мінімальним тимчасовим обмеженням права власності у кримінальному провадженні. Що стосується схожості цієї процесуальної дії з оглядом речей, документів, вважаємо, що отримавши тимчасовий доступ до відповідних речей, документів, сторона обвинувачення, окрім копіювання, також не позбавлена права здійснити огляд таких об'єктів. При цьому, захисник, будучи позбавленим можливості проведення слідчих (розшукових) дій, має право ознайомитися та скопіювати такі речі, документи. В разі ж необхідності одержання речей, документів за відсутності можливості обійтись лише їх копіюванням, сторони повинні звертатися з клопотанням про їх вилучення із законного володіння особи. В основному це стосується речей та оригіналів документів, необхідних для проведення судових експертиз, адже такі матеріали слід вилучати для надання в якості об'єктів та зразків для експертизи. Погоджуємось, що з огляду на положення ч. 2 ст. 245 КПК України окремою метою тимчасового доступу до речей, документів є отримання зразків для проведення судових експертиз [62]. Відповідно до КПК України вилучення (виїмка) полягає в передачі особою, в володінні якої знаходяться речі і документи, особі, яка вказана в ухвалі слідчого судді, відповідних речей, документів. Така передача здійснюється на підставі рішення слідчого судді у формі ухвали, умисне невиконання якої, на нашу думку, повинне тягнути кримінальну відповідальність, передбачену ст. 382 Кримінального кодексу України, а тому тимчасовий доступ до речей, документів за своєю природою є примусовим заходом. Вважаємо, що в цьому контексті не коректним є формулювання «надання можливості вилучити (здійснити виїмку) речей, документів».

КПК України 1960 року врегульовував виїмку як окрему слідчу (розшукову) дію, яка відповідно до ст. 178 відрізнялась від обшуку саме тим, що проводилась у випадках існування точних даних, що предмети і документи, які мають значення для справи, знаходились в певної особи чи в певному місці, їх не потрібно було відшукувати. При цьому, КПК України 1960 року передбачав два види виїмки: просту (добровільну) та примусову, яка проводилась у разі відмови відповідних осіб добровільно надати речі, документи. На сьогодні КПК України не диференціює добровільну та примусову виїмку. Замість примусової виїмки (в розумінні КПК

України 1960 року) існує можливість проведення обшуку на підставі ст. 166 КПК України.

Отже, законодавець закріпив дві форми розглядуваного ЗЗКП: ознайомлення з речами, документами, створення за необхідності їх копій; вилучення речей, документів (здійснення їх виїмки). Об'єктами тимчасового доступу КПК України визначає речі і документи, однак не інформацію. Фактично поза межами правового регулювання залишається частина правовідносин, пов'язана із необхідністю одержання захисником інформації, яка не містить охоронюваної законом таємниці, не міститься у конкретних документах, які мають заздалегідь визначену законодавством форму, однак є в розпорядженні відповідного органу, при цьому не надається за запитом в порядку витребування з будь-яких мотивів. Це ж стосується і отримання інформації, яка містить охоронювану законом таємницю, безпосередньо на підставі ухвали слідчого судді та отримання інформації з електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку. Змоделюємо ситуацію: захисник звертається до відповідного державного органу із запитом про витребування інформації щодо кількості проведених в цьому державному органі фінансових аудитів за відповідний календарний рік без розкриття змісту та результатів цих заходів. Така запитувана інформація не містить охоронюваної законом таємниці, тому одержати її можна в порядку витребування. Законодавством не передбачено конкретного виду та форми документа, який повинен містити такого роду інформацію. Вона повинна надаватись державним органом шляхом надсилання листа-відповіді, підготовленого виконавцем за результатами здійснення аналізу відповідної документації та підрахунку кількості проведених заходів, тобто спеціально опрацьована та сформована у форму листа-відповіді. Отриманий захисником лист-відповідь за формою відповідатиме ознакам документа, передбаченим ст. 99 КПК України, та буде доказом наявності чи відсутності відповідних обставин, що мають значення для кримінального провадження. В разі ж ненадання такого роду інформації безпосередньо на запит, захисник формально позбавлений права звернутися до слідчого судді з клопотанням про тимчасовий доступ, вилучення такої інформації, адже об'єктами тимчасового доступу відповідно

до КПК України виступають лише речі та документи, однак не інформація. До того ж, в клопотанні захисника заздалегідь повинен бути зазначений конкретний документ, який необхідно вилучити (ч. 2 ст. 160 КПК України). Це ж стосується таких випадків як: отримання доступу до інформації, яка містить охоронювану законом таємницю, та здебільшого є в розпорядженні державних органів, однак не має заздалегідь встановленої законодавством форми відповідного документа, а надається шляхом здійснення аналізу відповідних баз даних, документації, систем тощо; отримання інформації з електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку шляхом зняття копії такої інформації. Задля врегулювання цієї суттєвої, на наш погляд, проблеми, пов'язаної із реалізацією права на тимчасовий доступ, необхідним було б серед об'єктів тимчасового доступу, поряд із речами, документами, передбачити категорію «інформація».

Ще однією похідною від попередньої проблемою, на нашу думку, є невідповідність закріплених законодавством форм тимчасового доступу змодельованій та розглянутій нами вище ситуації, яка може виникнути майже в кожному кримінальному провадженні. Справа в тому, що подальше одержання захисником інформації (яка не була надана за його запитом) вже на підставі ухвали слідчого судді здійснюватиметься відповідно до процедури (механізму), що є відмінною від процедур ознайомлення (з копіюванням) та вилучення інформації та не відповідатиме правовій природі цих окремих форм тимчасового доступу. Захисник після відмови йому в наданні інформації на запит, отримавши ухвалу слідчого судді про тимчасовий доступ до інформації, фактично не зможе ознайомитися з такою інформацією, так само як і не зможе її вилучити з огляду на специфіку необхідного об'єкта. Така інформація, не будучи за своєю сутністю річчю або заздалегідь існуючим документом, як ми вказували вище, отримує форму документа – листа-відповіді лише після здійснення відповідних дій та операцій, спрямованих на аналіз документації, баз даних, підрахунки, виділення сукупності необхідної інформації із масиву усієї наявної інформації в відповідній сфері тощо. В цьому контексті ухвала слідчого судді, на наш погляд, повинна містити не зобов'язання суб'єкта, у володінні якого знаходиться необхідна інформація, надати можливість ознайомитися,

скопіювати, вилучити її, а обов'язок підготувати та надати інформацію у формі листа-відповіді, особі, яка вказана в процесуальному рішенні. В розглянутому випадку формою тимчасового доступу як чинного ЗЗКП виступатиме **надання необхідної інформації за ухвалою слідчого судді**. Лише після отримання ухвали зазначені у ній суб'єкти розпочнуть її підготовку та в подальшому нададуть її захиснику у формі листа-відповіді. До речі, відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 55, п. 2 ч. 3 ст. 70 КПК Республіки Казахстан слідчий суддя за вмотивованим клопотанням захисника вирішує питання про витребування та долучення до кримінальної справи будь-яких відомостей, документів, предметів, що мають значення для кримінальної справи, окрім відомостей, що складають державну таємницю, у випадках відмови в виконанні запиту захисника або неприйняття рішення по ньому протягом трьох діб.

Усі три розглянуті нами форми тимчасового доступу за механізмом застосування є різними, однак характеризуються однаковою метою – одержанням сторонами доказів, і за своєю природою є ЗЗКП, адже спрямовані на досягнення дієвості кримінального провадження. Тимчасовість та власне доступ до матеріалів є характеристиками лише однієї форми – ознайомлення з копіюванням, при цьому в кінцевому результаті ця форма все ж таки забезпечує захисника документами-доказами. Інші дві форми забезпечують безпосереднє пряме одержання речей, документів, інформації на підставі ухвали слідчого судді, без необхідності надавати доступ до них. Усі досліджені форми зобов'язують володільців речей, документів, інформації надати їх за рішенням слідчого судді та є відображенням виконання останнім функції забезпечення збирання доказів. У зв'язку з цим, вважаємо, що діюча назва розглядуваного нами ЗЗКП не відповідає його сутності та правовій природі. З цієї причини раціональною була б зміна назви цього ЗЗКП на «Надання речей, документів, інформації на підставі ухвали слідчого судді, суду».

Раніше нами був запропонований порядок витребування доказів захисником, згідно із яким відповідна річ, документ, інформація повинна надаватись захиснику протягом п'яти робочих днів з дня отримання суб'єктом письмового запиту. У разі невиконання запиту, порушивши свій обов'язок, відповідний суб'єкт повинен бути притягнений до адміністративної відповідальності. Закріплення в КПК України

запропонованого нами порядку витребування доказів дозволить захиснику одержувати речі, документи або їх копії шляхом витребування, без необхідності звернення одразу до слідчого судді. В такому разі звернення до слідчих суддів стане необхідним лише у випадках, які дійсно потребують судового контролю та забезпечення доказів. Положення п. 18 Інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України № 223-558/0/4-13 від 05.04.2013 р. «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» свідчать про те, що вилучення (виїмка) речей, документів в порядку тимчасового доступу повинне здійснюватися у випадках, якщо:

- 1) особа, у володінні якої знаходяться речі або документи, не бажає добровільно передати їх стороні кримінального провадження або є підстави вважати, що вона не здійснить таку передачу добровільно після отримання відповідного запиту чи намагатиметься змінити або знищити відповідні речі або документи;
- 2) речі та документи згідно зі ст. 162 КПК України містять охоронювану законом таємницю і таке вилучення необхідне для досягнення мети застосування цього заходу забезпечення [21].

І. В. Гловюк та С. В. Андрусенко, обґрунтовано наголошуючи на закладенні законодавцем надто високого стандарту доказування – доведення наявності достатніх підстав вважати, що існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів, вважають, що для звернення стороною з клопотанням про тимчасовий доступ до слідчого судді достатньо розумної підозри про можливість зміни або знищення речей, документів особою, у володінні якої вони знаходяться [59, с. 297].

У зв'язку з викладеним, на наш погляд, підставами звернення захисником до слідчого судді з клопотанням про надання речей, документів, інформації повинні стати такі випадки: невиконання вимог, викладених у запиті про витребування речей, документів, інформації; необхідність одержання речей, документів, інформації, які містять охоронювану законом таємницю; наявність ризику зміни або знищення речей, документів, інформації, в тому числі після отримання запиту про витребування. Відібрання зразків з речей, документів для проведення судових експертиз, за

наявності вищевказаних підстав, на наш погляд, також повинно здійснюватися за процедурою тимчасового доступу (ч. 2 ст. 245 КПК України), однак з особливостями, які, на жаль, КПК України не врегульовує. При цьому, вимоги ч. 4 ст. 132 КПК України щодо обов'язку слідчого судді враховувати можливість без застосованого ЗЗКП отримати речі і документи, дотримувались би «за замовчуванням» (автоматично), адже за наявності чіткого переліку підстав для надання дозволу на тимчасовий доступ, з урахуванням виключення з них випадків, за яких можна одержати докази за допомогою процедури витребування, сторони підтверджували би такі підставі шляхом додання до клопотання відповідних доказів (наприклад, копії документа, що містить відмову надати запитувані об'єкти), слідчий суддя, в свою чергу, приймаючи рішення про застосування тимчасового доступу, встановлюючи відповідні підстави, міг би одразу засвідчитись у відсутності можливості отримати речі, документи в інший, передбачений законодавством, спосіб.

Щодо порядку здійснення тимчасового доступу, передбаченого КПК України, погоджуємось з його недосконалістю та необхідністю реформування з урахуванням змагальних основ кримінального провадження, а також задля врегулювання проблемних моментів, що можуть виникнути під час реалізації захисником свого права [16, с. 72]. З цією метою слід розглянути наступні проблемні питання.

Перша проблема пов'язана зі строками, а точніше відсутністю конкретних строків для окремих елементів процедури тимчасового доступу. КПК України не встановлений строк розгляду клопотання про тимчасовий доступ, що, по-перше, виключає можливість захисника ретельно планувати захист та оперативним чином одержати необхідні речі, документи, по-друге, надає слідчому судді можливість зловживання повноваженнями, в тому числі право на власний розсуд визначати строк розгляду клопотання. Відповідно до п. 8 Інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України № 223-558/0/4-13 від 05.04.2013 р. «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження», враховуючи зміст положень ч. 6 ст. 9 КПК України, судова палата у кримінальних справах визначила такі строки розгляду клопотання

про тимчасовий доступ: 1) не пізніше трьох днів із дня надходження клопотання до суду; 2) невідкладно, у разі якщо особа, яка подала клопотання, обґрунтує у ньому наявність реальної загрози зміни або знищення речей і документів. Слід зауважити, що ці правила носять рекомендаційно-інформаційний характер та потребують врегулювання безпосередньо в КПК України. Науковці мають альтернативний погляд на досліджувану проблему. Одні погоджуються з позицією, висловленою ВССУ [63, с. 70; 64, с. 147; 65, с. 151]. Інші пропонують встановити єдиний строк для обох порядків судового розгляду, який, на їх думку, повинен складати не більш ніж 24 години з моменту надходження клопотання до слідчого судді [66, с. 141; 67, с. 43]. Наголошуючи на невідповідності строків, запропонованих в Інформаційному листі ВССУ, положенням ч. 8 ст. 135 КПК України, деякі науковці пропонують два види строків в залежності від порядку розгляду клопотання: 1) загальний строк (за участю володільця речей, документів), який, на їх погляд, не повинен перевищувати часу, об'єктивно необхідного для виклику володільця речей, документів і прибуття його до суду; 2) спрощений строк (без виклику володільця речей, документів), який, на їх думку, повинен бути визначений у ч. 2 ст. 163 КПК України таким чином: «негайно, але не пізніше наступного робочого дня, що слідує за днем надходження клопотання до суду» [15, с. 187-188]. Вважаємо, що в разі внесення усіх запропонованих нами законодавчих змін, а також виділення конкретних виключних випадків застосування тимчасового доступу, повідомлення володільця речей, документів про ініціювання тимчасового доступу стороною і, як наслідок, виклик такої особи до судового засідання перестануть бути актуальними, а тому потребуватимуть виключення з КПК України. У зв'язку з цим, в КПК України необхідно буде встановити загальний строк розгляду клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, а саме три робочих дня з моменту надходження його до суду (**Додаток А, п. 13**). Що стосується встановлення спеціальних, більш стислих строків розгляду клопотань, вважаємо, такі строки повинні встановлюватись в залежності від мети одержання та подальшого використання речей, документів. Як ми вказували раніше, це пов'язано із впровадженням спеціальної процедури збирання доказів на досудовому розслідуванні, потреба в якій зумовлена особливістю процесу підготовки захисту під

час вирішення питань про обрання, зміну, скасування ЗЗКП до підозрюваного (Додаток А, п. 13). Більш детально це питання буде розглянуте нами у третьому розділі дисертації.

Водночас хочемо наголосити на необхідності встановлення спеціального строку розгляду клопотання про тимчасовий доступ й для наступних випадків. Так, згідно із пунктами 3.2, 4.10 Інструкції під час проведення експертизи експерт, у разі необхідності, може подати клопотання про надання додаткових матеріалів, а саме додаткових зразків (об'єктів) дослідження або матеріалів кримінального провадження (протоколів оглядів з додатками, протоколів вилучення речових доказів тощо). У разі ненадання експерту необхідних матеріалів, останній письмово повідомляє ініціатора проведення експертизи про неможливість надання висновку. На наш погляд, для запобігання негативним наслідкам, ризик настання яких існує у зв'язку із ймовірністю призупинення проведення експертизи, ініційованої захисником, а також для створення належних умов проведення експертизи і недопущення необґрунтованого затягування процедури збирання захисником доказів, спеціальний строк вирішення клопотання сторони захисту про тимчасовий доступ до речей, документів у вказаних вище випадках повинен становити 24 години з моменту надходження клопотання до відповідного суду (Додаток А, п. 13).

КПК України не врегульовує й строків надання речей, документів, інформації особі, яка визначена в ухвалі слідчого судді. До останнього часу ст. 164 КПК України визначала строк дії ухвали, який не міг перевищувати одного місяця з дня її постановлення. При цьому особи, які отримували ухвали, розуміючи відсутність у КПК України конкретного строку надання речей, документів, на власний розсуд тлумачили положення ст. 164 КПК України, вважаючи, що строк надання речей, документів дорівнює строку дії ухвали та не надавали речі, документи одразу після звернення до них осіб, які здійснюють тимчасовий доступ або виїмку. Фактично такі особи отримували місячний термін для здійснення необхідних маніпуляцій із речами, документами шляхом зміни їх змісту, знищення, спотворення, підробки, заміни, пошкодження тощо або з будь-яких причин не надавали необхідні об'єкти у стислі терміни. Однак, Законом України від 06.12.2019 № 361-IX «Про запобігання та

протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», який набрав чинності 28.04.2020 р., строк дії ухвали слідчого судді, суду про тимчасовий доступ до речей і документів було продовжено до двох місяців, відповідно редакція п. 7 ч. 1 ст. 164 КПК України була змінена. Відтепер виключення складають ухвали, постановлені на виконання вимог ч. 2 ст. 562 КПК України, строк дії яких згідно КПК України не обмежується жодними термінами. Що стосується збільшення строку дії ухвали з одного до двох місяців, логіка законодавця є необґрунтованою та не зовсім зрозумілою – пояснювальна записка не містить навіть приблизного обґрунтування такої зміни. Слід зазначити, що проект вищевказаного закону в початковій редакції містив вказівку на строки надання матеріалів за ухвалою слідчого судді, однак законодавець вирішив, що відсутність їх поряд з іншими не є суттєвою прогалиною КПК України, а тому виключив із ст. 165 КПК України норму про обов'язок невідкладного надання речей, документів після пред'явлення ухвали. В цьому контексті, цікавою є пропозиція науковців щодо введення негайності проведення виїмки стороною захисту з можливістю продовження строків надання речей, документів до десяти та двадцяти днів (з урахуванням обставин, що є причиною неможливості їх надання в більш стислі терміни) з письмовим повідомленням сторони захисту [15, с. 312]. На наш погляд, питання визначення в КПК України строків виконання ухвали про тимчасовий доступ повинно вирішуватись в залежності від форми тимчасового доступу, дозвіл на застосування якої надано слідчим суддею та мети одержання речей, документів, інформації захисником. Так, надання тимчасового доступу до речей, документів шляхом ознайомлення (копіювання), вилучення (виїмки) особою, вказаною в ухвалі, за загальним правилом повинно здійснюватися не пізніше трьох робочих днів з моменту отримання ухвали. З приводу третьої форми розглядуваного нами ЗЗКП – надання необхідної інформації за ухвалою слідчого судді, враховуючи особливість підготовки та формування відповіді, яка буде містити таку інформацію, на наш погляд, загальний строк її надання повинен становити п'ять робочих днів з моменту отримання ухвали. Запропоновані нами загальні строки, по-перше, здатні забезпечити захисника

необхідними матеріалами у відносно стислі терміни, по-друге, забезпечують дотримання балансу інтересів обох сторін цих правовідносин, адже надають адекватні строки для опрацювання та підготовки необхідних об'єктів, тим самим не створюючи перешкод у здійсненні діяльності органів влади, юридичних та фізичних осіб тощо. Вважаємо, що обов'язок надання речей, документів, інформації у запропоновані нами строки більш доцільно встановити у ст. 165 КПК України, при цьому додатково зобов'язати суб'єктів в разі неможливості надання речей, документів, інформації у відповідні строки негайно письмово повідомити про це особу, визначену в ухвалі слідчого судді, надавши обґрунтування неможливості виконання ухвали (**Додаток А, п. 13**). Водночас в КПК України доцільно передбачити і більш стислі строки виконання ухвали в залежності від мети збирання речей, документів, інформації, яка створює потребу в терміновому їх одержанні. Так, у випадку ухвалення рішення про застосування тимчасового доступу на підставі наявності ризику зміни або знищення речей, документів, інформації, в тому числі після отримання запиту про витребування, КПК України повинен встановлювати обов'язок особи негайно виконати вимоги, що містяться в ухвалі слідчого судді. У зв'язку ж з необхідністю одержання речей, документів як додаткових матеріалів за клопотанням експерта, поданого захисником під час проведення вже розпочатої експертизи відповідно до п. п. 3.2, 4.10 Інструкції, спеціальний строк виконання ухвали повинен становити 24 години з моменту надання зобов'язаній особі ухвали слідчого судді. Водночас більш стислі спеціальні строки можуть бути встановлені для інших процедур: наприклад, під час збирання доказів, необхідних для підготовки захисту у зв'язку з обранням, зміною, скасування ЗЗКП (**Додаток А, п. 13**). Більш детально це питання буде висвітлено у третьому розділі дисертації.

Вимоги до клопотання передбачені ст. 160 КПК України, при цьому погоджуємось з пропозицією доповнення ч. 2 цієї статті обов'язковим зазначенням у клопотанні найменування та реквізитів суб'єкта, у володінні якого знаходяться або можуть знаходитися матеріали [59, с. 299]. Вважаємо, що окремо у клопотанні повинно бути зазначено про мету одержання матеріалів та про намір використання їх як доказів під час особливих процедур, що зумовлюють необхідність застосування

спеціальних правил та строків тимчасового доступу як засобу збирання доказів захисником. Також, в ч. 2 ст. 160 КПК України окремо повинна міститись інформація про осіб, яким необхідно надати тимчасовий доступ. Справа в тому, що відповідно до п. 3.9 Інструкції сторона захисту, залучивши експерта на договірних умовах або домігшись надання слідчим суддею доручення про проведення експертизи, у разі виникнення необхідності провести експертизу на місці події або огляд об'єкта за його місцезнаходженням повинна буде забезпечити експерту безперешкодний доступ до відповідного об'єкта чи місця. Забезпечення такого безперешкодного доступу, на наш погляд, повинно здійснюватися саме в порядку тимчасового доступу до речей, документів.

За загальним правилом слідчий суддя розглядає клопотання за участю сторони, яка його подала, тягар доказування обставин, які складають локальний предмет доказування, покладається також на цю сторону. До локального предмету доказування в цьому випадку відносяться обставини, передбачені ст. 163 КПК України. Погоджуємось, що такими обставинами також є факт не віднесення об'єктів до речей, документів, до яких заборонено доступ (ст. 161 КПК України) та необхідна форма тимчасового доступу [59, с. 299]. Вважаємо, що в разі внесення до КПК України запропонованих нами змін в частині підстав застосування тимчасового доступу, локальний предмет доказування також будуть становити наступні обставини: факт невиконання вимог, викладених у запиті про витребування речей, документів, інформації; необхідність одержання речей, документів, інформації, які містять охоронювану законом таємницю; факт наявності ризику зміни або знищення речей, документів, інформації, в тому числі після отримання запиту про витребування.

При застосуванні тимчасового доступу для відібрання зразків для експертизи з речей, документів, такі обставини, як необхідність їх відібрання в якості зразків для експертизи, а також потреба у подальшому проведенні експертизи або наявність вже призначеної експертизи, на наш погляд, повинні обов'язково вказуватись в клопотанні та доводитись як окремі обставини. Вважаємо, що окремою обставиною, яка підлягає доведенню сторонами під час розгляду клопотання про вилучення речей,

документів як зразків для проведення експертизи, повинна бути **обґрунтованість ризиків знищення або пошкодження речей, документів під час проведення судової експертизи** [68, с. 222]. Ця обставина є дуже важливою, адже пов'язана із ризиком суттєвого порушення прав володільців речей, документів. Якщо під час застосування звичайної виїмки речей, документів, обмеження права власності має відповідні часові рамки, а вилучене майно в перспективі може бути поверненим, то у разі відібрання такого майна в якості об'єкта для проведення експертизи існує великий ризик його неповернення, адже воно може бути знищено чи пошкоджено під час проведення судової експертизи. На жаль, КПК України не містить жодної вказівки на необхідність встановлення та оцінки слідчим суддею таких обставин, як і не закріплює покладення тягара доказування цих обставин на сторони кримінального провадження. Згідно із пунктами 2.2, 3.3 Інструкції якщо дослідження пов'язане з повним або частковим знищенням об'єкта експертизи або зміною його властивостей, експерт повинен одержати на це дозвіл від органу (особи), який призначив експертизу (залучив експерта). Якщо під час проведення експертизи об'єкти дослідження можуть бути пошкоджені або знищені, у документі про призначення експертизи (залучення експерта) повинен міститися дозвіл на його пошкодження або знищення. На підставі аналізу вказаних положень Інструкції робимо висновок, що в разі призначення експертизи в порядку ст. 244 КПК України такий дозвіл повинен міститися в ухвалі слідчого судді, котрий теоретично (хоча КПК України не передбачає такого обов'язку) під час розгляду клопотання може встановити та оцінити обґрунтованість ризику знищення речей, документів як об'єктів дослідження судової експертизи, та надати відповідний дозвіл. В разі ж самостійного залучення захисником експерта на договірних умовах рішення про надання дозволу на знищення речей, документів як зразків для експертизи, на наш погляд, повинен надавати також слідчий суддя, а ніяк ні сторона захисту. Таке рішення повинно прийматись слідчим суддею під час розгляду клопотання про виїмку речей, документів, котрий, зокрема, повинен встановити та оцінити обґрунтованість необхідності знищення, пошкодження речей, документів під час проведення експертизи. Проблемним в такому разі може бути підтвердження необхідності знищення речей, документів, адже захисник повинен

спочатку звернутись з клопотанням про відібрання зразків для експертизи до слідчого судді, після чого залучити експерта в порядку ст. 243 КПК України, оскільки відповідно до пунктів 3.2, 3.3 Інструкції до експертної установи (експерту) надаються: документ про призначення експертизи (залучення експерта), об'єкти, зразки для порівняльного дослідження та, за клопотанням експерта, – матеріали справи (протоколи оглядів з додатками, протоколи вилучення речових доказів тощо). У документі про призначення експертизи (залучення експерта) перераховуються всі об'єкти, які направляються на експертне дослідження, із зазначенням точного найменування, кількості, міри ваги, серії та номера (для грошей НБУ та іноземної валюти), інші відмінні індивідуальні ознаки. У зв'язку з цим вважаємо, що ризик можливості знищення, пошкодження речей, документів повинен доводитись шляхом посилення на положення передбачених пунктом 1.4 Інструкції документів, які закріплюють можливість пошкодження, знищення об'єктів дослідження під час проведення відповідних видів судових експертиз, а саме на: відповідні методи дослідження, методики проведення судових експертиз, нормативно-правові акти та нормативні документи (міжнародні, національні та галузеві стандарти, технічні умови, правила, норми, положення, інструкції, рекомендації, переліки, настановчі документи Держспоживстандарту України), чинні республіканські стандарти колишньої УРСР та державні класифікатори, галузеві стандарти та технічні умови колишнього СРСР, науково-технічну, довідкову літературу, програмні продукти тощо [68, с. 222].

Водночас можливі й випадки виникнення необхідності в відібранні додаткових об'єктів під час проведення вже розпочатої експертизи. В такому разі, захисник факт необхідності отримання речей, документів в якості зразків для дослідження, а так само і обґрунтування ризику необхідності їх подальшого знищення чи пошкодження зможе підтвердити, надавши слідчому судді клопотання експерта про надання додаткових матеріалів, подане ним на підставі пунктів 2.1, 4.10 Інструкції. Підсумовуючи вказане вище, слід наголосити, що такі обставини як необхідність відібрання речей, документів в якості зразків для експертизи, потреба у подальшому проведенні експертизи або наявність вже призначеної експертизи, а також

обґрунтованість ризиків знищення або пошкодження речей, документів під час проведення експертизи, на наше глибоке переконання, повинні становити локальний предмет доказування під час вирішення питання про надання слідчим суддею дозволу на тимчасовий доступ (виїмку) речей, документів в якості зразків для експертизи, є особливістю такого порядку та повинні бути передбачені у ст. 163 КПК України як такі, що підлягають доведенню сторонами та встановленню й оцінці слідчим суддею, що потребуватиме внесення відповідних змін не тільки до глави 15, однак і до статей 244, 245 КПК України [68, с. 223]. Крім того, слід повторно наголосити, що, на наш погляд, сторона захисту не повинна додатково доводити загальні обставини, передбачені ч. 3 ст. 132 КПК України – вважаємо, такі обставини зобов'язана довести виключно сторона обвинувачення.

Відповідно до ч. 5 ст. 132 КПК України під час розгляду питання про тимчасовий доступ захисник повинен подати слідчому судді докази обставин, на які посилається. На нашу думку, такі докази повинні подаватися разом із клопотанням перед судовим засіданням, однак у разі необхідності захисник може подавати й додаткові докази під час безпосереднього розгляду клопотання слідчим суддею. Слідчий суддя при цьому повинен мати право за клопотанням сторін або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання про тимчасовий доступ.

На жаль, вимоги до обсягу цієї дисертації не дозволяють розглянути більшість основних із існуючих проблем, що виникають у зв'язку із реалізацією захисником права на тимчасовий доступ. Водночас вважаємо за необхідне перелічити деякі з них, адже їх вирішення є вкрай важливим для побудови справедливої, змагальної процедури збирання доказів захисником: 1) відповідно до ч. 6 ст. 163 КПК України доступ особи до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, здійснюється в порядку, визначеному законом. Змушені стверджувати про відсутність в жодному спеціальному законі уніфікованого порядку доступу до інформації, яка містить охоронювану законом таємницю, що відповідав би нормам КПК України. Оптимальним вирішенням даного питання було б викладення першого речення абзацу 2 ч. 6 ст. 163 КПК України у відповідній редакції (**Додаток А, п. 14**);

2) зміст ухвали слідчого судді про тимчасовий доступ потребує комплексного нормативного доопрацювання у зв'язку із неповнотою викладення усіх необхідних складових, передбачених у ст. 164 КПК України; 3) порядок виконання ухвали про тимчасовий доступ, передбачений ст. 165 КПК України, також потребує відповідного доопрацювання у зв'язку з необхідністю розмежування форм тимчасового доступу та врегулювання строків надання відповідних об'єктів, запропонованих нами вище, а також задля належного врегулювання процедури фіксування цієї процесуальної дії. Окрім того, судова практика свідчить про існування деяких додаткових проблем, що виникають під час реалізації захисником права на тимчасовий доступ. Так, згідно ухвали слідчого судді Приморського районного суду міста Одеси від 03.10.2017 р. одним із доводів обґрунтування залишення без розгляду клопотання захисника є не додання до клопотання витягу з ЄРДР, а також документу на підтвердження процесуального статусу особи, інтереси якої представляє адвокат [69]. Подібні обґрунтування наводили слідчі судді під час відмови та залишення без розгляду й інших клопотань захисту [70; 71]. КПК України не містить норми, регламентуючої такі процесуальні відносини однозначно, однак і не вимагає подання слідчому судді захисником витягу з ЄРДР [72, с. 98]. Вважаємо, що в разі внесення запропонованих нами раніше законодавчих змін, на підтвердження процесуального статусу сторона захисту зможе подавати отриману від слідчого, дізнавача, прокурора довідку про процесуальний статус. Водночас актуальним і перспективним, на наш погляд, є питання надання доступу до ЄРДР слідчим суддям, які під час здійснення повноважень, в режимі реального часу мали б право перевіряти необхідну актуальну інформацію безпосередньо із першоджерела. Сподіваємось, що запроваджена ст. 106-1 КПК України інформаційно-телекомунікаційна система досудового розслідування, положення про яку вводяться в дію 15.12.2021 р., буде здатна забезпечити відповідні технічні можливості.

Що стосується вилучення стороною захисту речей та оригіналів документів, на нашу думку, під час прийняття рішення про це слідчий суддя безумовно повинен дотримуватись принципу балансу публічних і приватних інтересів [72, с. 98]. Цей висновок, перш за все, пов'язаний із існуванням законодавчої можливості навмисного

отримання недобросовісними представниками сторони захисту доступу до речей, оригіналів документів, обвинувальний характер яких заздалегідь їм відомий, з метою позбавлення можливості використання таких доказів слідчим, прокурором. В більшості випадків це стосується речей та оригіналів документів, які за своєю сутністю є єдиним підтвердженням відповідних фактичних обставин та існують в одному екземплярі. Така ж ситуація може виникнути і ненавмисно (без зловживання правом), якщо підозрюваний та захисник, отримавши відповідну річ або оригінал документу, з'ясовують їх обвинувальний характер. КПК України не врегульовує механізму дій сторони захисту під час та після отримання матеріалів обвинувального характеру. Використати такі матеріали підозрюваний не заінтересований, а захисник і взагалі не має права, адже вони стануть доказами не на користь підзахисному. Передати такі матеріали слідчому, прокурору, на наш погляд, захисник також не може з цієї ж причини. Надавати до них доступ стороні обвинувачення під час відкриття матеріалів на підставі ч. 6 ст. 290 КПК України сторона захисту також не повинна. Т. О. Кузубова та О. О. Юхно наголошують, що ця проблема в поєднанні з відсутністю порядку зберігання речей, документів стороною захисту здатна призвести не тільки до обмеження прав сторони обвинувачення та, як наслідок, до неможливості виконання завдань кримінального провадження, а й до порушення прав володільця майна, потерпілого, а також права на справедливий суд і можливість підготувати свій захист кожним з підозрюваних, обвинувачених (підсудних) у конкретному кримінальному провадженні в разі вилучення одним з них речей і документів [15, с. 263]. У зв'язку з цим, автори пропонують неординарне вирішення цієї проблеми, пов'язане із покладенням на слідчого суддю обов'язку зберігання речей, документів у суді та надання доступу до них сторонам на їх прохання [15, с. 314-319]. Такий механізм, на наше переконання, суттєво порушує низку прав сторони захисту, принцип змагальності сторін, а також покладає на слідчого суддю виконання невластивих функцій. Вважаємо, що на сьогоднішній день слідчий, прокурор, у разі наявності інформації про знаходження у володінні сторони захисту відповідних матеріалів, фактично не позбавлені права звернутися до слідчого судді з клопотанням про тимчасовий доступ до таких речей та документів, обґрунтувавши

при цьому суттєву необхідність отримання такого доступу. Адже відповідно до ст. 161 КПК України серед речей, документів, до яких заборонено доступ, відсутні такі, що зібрані стороною захисту у відповідному кримінальному провадженні як докази, що, з одного боку, є прогалиною, яка здатна суттєво обмежувати права підозрюваного та захисника, а з іншого – служить дотриманню балансу публічних та приватних інтересів. Можливим вирішенням цієї проблеми, на нашу думку, також могло б стати доповнення ст. 163 КПК України новою обставиною, яка, поряд з іншими, складатиме локальний предмет доказування під час вирішення слідчим суддею питання про надання стороні захисту дозволу на тимчасовий доступ до речей, оригіналів документів, відповідно до якої сторона захисту повинна буде довести обґрунтованість мети одержання речей, оригіналів документів. Що стосується відсутності заборони доступу до речей, документів, які зібрані захистом як докази у кримінальному провадженні, вважаємо, для недопустимості порушення права на захист та для дотримання балансу публічних та приватних інтересів ст. 161 КПК України необхідно доопрацювати та викласти у відповідній редакції (**Додаток А, п. 15**). Крім того, заборона доступу до матеріалів, передбачена ч. 4 ст. 107 КПК України, хоча і не вказана у ст. 161 КПК України, однак за своєю сутністю відповідає її змісту.

Одержавши відповідні речі, документи на підставі ухвали слідчого судді, захисник відповідно до положень ч. 1 ст. 100 КПК України не повинен звертатися з клопотанням про накладення арешту на таке майно з метою його збереження як доказу. Водночас без уваги законодавця залишились порядок та строки повернення одержаного захисником майна. Судова практика, намагаючись врегулювати ці питання, свідчить про неоднаковість позицій слідчих суддів [73; 74]. Найвірнішим, на наш погляд, вирішенням цих питань могло б стати встановлення в КПК України обов'язку слідчих суддів в ухвалях визначати строки перебування речей, документів у захисників із врахуванням мети їх одержання, а також реальної необхідності знаходження майна в їх володінні у відповідний проміжок часу [72, с. 98]. Окремого нормативного врегулювання потребує й процедура такого повернення.

КПК України у ст. 166 закріплює право захисника на звернення до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку у разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів. Мова йде про випадки, коли ухвала слідчого судді була з будь-яких причин не виконана особами, зобов'язаними надати речі, документи на її підставі. На жаль, такий обшук позбавлений елементів раптовості та оперативності, що ставить під сумнів ефективність його проведення (наука пропонує різноманітні варіанти вирішення цієї проблеми [65, с. 105, 154; 58, с. 216-217; 75, с. 184-185; 4, с. 159]). Незважаючи на це, він виступає «останнім шансом» захисника отримати необхідні матеріали та повинен проводитися якнайшвидше після отримання дозволу слідчого судді. Метою його проведення, на нашу думку, є не тільки відшукування та вилучення речей і документів, які визначені в ухвалі про тимчасовий доступ, але й безпосередня передача їх захиснику, адже слідча (розшукова) дія проводиться за його ініціативою і є одним із спеціальних способів збирання доказів захисником. У зв'язку з цим не можемо погодитися із пропозицією виключення з КПК України ст. 166 [15, с. 251-253]. За своєю природою ця процесуальна дія з одного боку є компенсаційним механізмом, покликаним, за неможливості застосувати примус, забезпечити одержання захисником необхідних матеріалів, з іншого – своєрідним негативним процесуальним наслідком невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів для осіб, що були зобов'язані її виконати. На відміну від тимчасового доступу, ухвала про дозвіл на проведення обшуку надає право проникнути до житла чи іншого володіння особи, а так само провести особистий обшук особи для вилучення необхідних речей, документів. Ст. 166 КПК України безумовно є прикладом прагнення впровадити змагальність в досудове розслідування, однак для можливості її реалізації лише закріплення такого права є замалим. Задля реальної можливості захисника реалізувати передбачене право КПК України повинен чітко врегульовувати процедуру проведення цього обшуку з урахуванням його мети та особливостей. Водночас норми КПК України та судова практика свідчать про неможливість здійснення такої реалізації. Причиною цього є неузгодженість між собою положень статей 166, 234-236 КПК України, а також небажання слідчих суддів надавати дозволи на проведення обшуків за клопотаннями

сторони захисту з незрозумілих мотивів. Так, статті 234-236 КПК України не є адаптованими до положень ст. 166 КПК України: загальна мета проведення обшуку, викладена у ст. 234 КПК України, не відображає мети його проведення на підставі ст. 166 КПК України; ст. 234 КПК України не передбачає права сторони захисту звернутися із клопотанням про надання дозволу на проведення обшуку до слідчого судді; порядок розгляду клопотання сторони захисту про надання дозволу на обшук відсутній; перелік фактичних обставин, що складають локальний предмет доказування, які слідчий суддя повинен встановити під час прийняття рішення про надання дозволу на обшук на підставі клопотання підозрюваного та захисника окремо не сформульовано; зміст ухвали про дозвіл на проведення обшуку не містить особливостей, пов'язаних із ініціацією обшуку стороною захисту на підставах, що містяться у ст. 166 КПК України; ст. 236 КПК України не встановлює жодної особливості проведення обшуку на підставі ухвали, постановленої за клопотанням сторони захисту, тощо. Так, слідчі судді, відмовляючи захисникам в наданні дозволів на проведення обшуків, ігноруючи приписи ст. 166 КПК України, посиляючись виключно на положення ст. 234 КПК України, стверджували про відсутність права сторони захисту ініціювати відповідне питання [76;77;78;79]. Такі відмови є абсолютно незаконними, адже ст. 166 КПК України прямо вказує на відповідне право сторони захисту, а тому мотиви порушення закону слідчими суддями не є зрозумілими (абсолютно не логічними в такому разі виявляються попередження слідчими суддями осіб щодо наслідків невиконання ухвал про тимчасовий доступ до речей і документів у вигляді проведення обшуків, дозволених за клопотаннями сторони захисту) [79; 80; 81; 82; 83]. Таке свавілля, зокрема, пояснюється відсутністю можливості сторони захисту оскаржувати відмови слідчих суддів у задоволенні клопотань про обшук відповідно до ст. 309 КПК України. Водночас поодинокими є випадки надання дозволів на проведення обшуків за клопотаннями захисників [84]. Існує й практика надання слідчими суддями доручень про проведення обшуків за клопотаннями адвокатів – представників потерпілих, незважаючи на те, що КПК України не передбачає такої можливості [85]. У зв'язку викладеним вище, нормативного доопрацювання потребують відповідні положення КПК України

(Додаток А, п. 16). Вважаємо, що захисник не повинен доводити обставини, передбачені ч. 5 ст. 234 КПК України, окрім обставини, встановленої п. 4, однак з відповідним її коректуванням з огляду на специфіку підстав та мети проведення обшуку в порядку ст. 166 КПК України, а також у зв'язку із доведенням більшості з цих обставин під час надання слідчим суддею дозволу на тимчасовий доступ до речей і документів. На наш погляд, стандарт доказування обставини, передбаченої п. 4 ч. 5 ст. 234 КПК України, для захисника є занадто високим, адже за наявності у відповідних суб'єктів декількох місць проживання/знаходження чи володіння не одним об'єктом нерухомості, захиснику майже неможливо буде її довести. У зв'язку з цим, пропонуємо ст. 234 КПК України доповнити відповідною нормою **(Додаток А, п. 17).**

В цьому контексті, дуже важливим є приділення захисником уваги моменту підтвердження факту невиконання ухвали про тимчасовий доступ. Судова практика свідчить про встановлення та оцінку трьох компонентів, що підтверджують невиконання ухвали про тимчасовий доступ [76, 84, 86, 87]: 1) надання ухвал про тимчасовий доступ особам, які зобов'язані їх виконати, повинно бути належним, тобто здійснюватися належним чином та уповноваженим суб'єктом, у зв'язку з чим захисник повинен підтвердити факт передачі ухвали у будь-який законний спосіб; 2) невиконання зобов'язаною особою ухвали в установленій законом строк повинно здійснюватися з вини такої особи (а не через порушення, допущені захисником) і може відбуватись як в активній (шляхом відмови надати необхідні матеріали), так і в пасивній (ігноруванням вимог, викладених в ухвалі слідчого судді) формі; 3) ухвала повинна бути якісною і чітко складеною відповідно до КПК України, її зміст повинен містити усі необхідні складові, відсутність хоча б однієї з яких може вплинути на розуміння відповідною особою своїх обов'язків. Враховуючи, що розгляд клопотання про обшук відбувається без участі володільця речей, документів, а також за неможливості встановлення його позиції, складним, на наш погляд, виявляється процес встановлення слідчими суддями фактів невиконання ухвал про тимчасовий доступ у пасивній формі. Що стосується змісту ухвали про дозвіл на обшук, ст. 235 КПК України, на наш погляд, повинна бути дещо зміненою [61, с. 112] **(Додаток А,**

п. 18). Вважаємо, що для запобігання необґрунтованим відмовам слідчих суддів в наданні дозволів на проведення обшуків за клопотаннями сторони захисту ч. 1 ст. 309 КПК України також необхідно вдосконалити **(Додаток А, п. 19).**

Відповідно до ч. 2 ст. 166 КПК України проведення обшуку здійснюється за участю особи, за клопотанням якої надано дозвіл на його проведення, згідно з положеннями КПК України. Мається на увазі, що обшук повинен бути проведений за процедурою, передбаченою ст. 236 КПК України. Водночас ця норма не регулює особливостей проведення такого обшуку, більше того, статті 166 та 236 КПК України взагалі не передбачають кому саме повинні передаватися вилучені речі і документи, на відшукування яких надано доручення слідчим суддею. Погоджуємось, що матеріали, вилучені в результаті обшуку, проведеного за клопотанням сторони захисту, обов'язково повинні передаватися стороні захисту [1, с. 192]. КПК України не встановлює порядку та строків передачі речей, документів, а також інших матеріалів захиснику за результатами проведення обшуку. В науці існують різні погляди на вирішення цього питання [1, с. 192; 61, с. 182]. На нашу думку, особа, що провела обшук, один із примірників протоколу, разом із речами і документами, які вказані в ухвалі слідчого судді, негайно після проведення обшуку повинна передати захиснику, про що вказується в такому протоколі [88, с. 210]. Перед цим вилучені речі повинні належним чином опечатуватися особою, яка провела обшук. Якщо в ході обшуку вилучаються предмети, які відповідають ознакам вилучених з обігу, слідчий, прокурор повинні залишити їх у себе [2, с. 111]. В разі з'ясування обвинувального характеру речей, документів, безпосередньо вказаних в ухвалі слідчого судді, такі матеріали все одно повинні передаватися захиснику [88, с. 210].

Відповідно до ст. 107 КПК України проведення обшуку за ухвалою слідчого судді в обов'язковому порядку фіксується за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів, у матеріалах кримінального провадження зберігаються оригінальні примірники технічних носіїв інформації зафіксованої процесуальної дії. Згідно зі ст. 104 КПК України запис, здійснений за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів під час проведення слідчим, прокурором обшуку, є невід'ємним додатком до протоколу. Дії та обставини

проведення обшуку, не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні. У зв'язку з цим, проблемним виявляється питання передачі захиснику матеріалів технічної фіксації обшуку, адже наявність лише одного протоколу не дасть можливості в подальшому використати вилучені речі і документи як допустимі докази. Вважаємо, що ця проблема повинна вирішуватись виходячи зі змісту ч. 1 ст. 107 КПК України. Так як право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису надається стороні захисту, захисник може здійснювати паралельну відео-фіксацію самостійно або за допомогою спеціаліста, залученого на підставі ст. 71 КПК України, а інформація про технічні носії, на які зафіксовано обшук, в такому випадку повинна вноситися особою, котра проводить обшук, до протоколу [88, с. 210]. У разі внесення відповідних змін до ст. 236 КПК України, захисник за результатами проведення обшуку отримуватиме окремий примірник протоколу обшуку, вилучені речі, документи та матеріали фіксації технічними засобами, які залишаються в нього.

Відповідно до ст. 166 КПК України слідчий суддя своєю ухвалою має право доручити провести слідчу (розшукову) дію уповноваженому суб'єкту. Водночас питання суб'єкта проведення обшуку залишається неврегульованим належним чином, незважаючи на вказівку закону про проведення обшуку слідчим, прокурором або органом Національної поліції за місцем його проведення, про що, зокрема, свідчить й наявність наукового інтересу до відповідного питання [89, с. 183]. Вважаємо, що забезпечення проведення обшуку слідчим суддею повинно доручатися не конкретному слідчому або прокурору, а органу досудового розслідування або прокуратурі, які безпосередньо здійснюють досудове розслідування та процесуальне керівництво у відповідному кримінальному провадженні. Виключення з такого загального порядку повинні становити випадки проведення обшуків безпосередньо в органах досудового розслідування та прокуратурах. З метою створення прозорих, об'єктивних, неупереджених умов для проведення обшуків за клопотаннями сторони захисту, слідчі судді, приймаючи рішення та оцінюючи обставини клопотання, повинні доручати їх проведення органам досудового розслідування, прокуратурам відповідно до правил підслідності розслідуваних злочинів (наприклад, обшук у

відповідних правоохоронних органах може бути доручений Державному бюро розслідувань). Коли місце проведення обшуку знаходиться на великій відстані від органу досудового розслідування даного кримінального провадження, проведення обшуку повинно доручатись відповідному органу досудового розслідування за місцем знаходження відшуканого майна з урахуванням підслідності кримінального провадження [72, с. 100]. Враховуючи рішення Верховного Суду у справі № 466/896/17 від 29 січня 2019 р., вважаємо, що проведення обшуку за клопотанням захисника не може бути доручено оперативним підрозділам, адже це може призвести до визнання доказів захисту недопустимими.

Існують різноманітні ризики, пов'язані із реалізацією положень ч. 2 ст. 166 КПК України [4, с. 158; 12, с. 165; 90, с. 159]. Головним, на наш погляд, якому не приділено жодної уваги є ризик навмисного чи необережного допущення процесуальних порушень стороною обвинувачення під час проведення обшуків, доручених за зверненнями сторони захисту, мотиви яких можуть різнитися. Ця проблема потребує концептуального вирішення. Застосовуючи «асиметрію правил допустимості доказів», пропонуємо в КПК України встановити, що у випадку допущення порушень під час проведення обшуку стороною обвинувачення, вилучені матеріали виправдувального характеру, передані стороні захисту, не можуть визнаватись недопустимими доказами на підставі таких порушень. При цьому правило «плодів отруйного дерева» також не повинно застосовуватись щодо речей, документів, одержаних стороною захисту в такий спосіб [88, с. 211]. На наш погляд, перед проведенням обшуку захисник на підставі ч. 8 ст. 95 КПК України повинен самостійно відібрати письмові пояснення у понятих з метою переконання про відсутність підстав, що унеможливлюють їх участь в обшуку. Крім того, в КПК України можливо б було встановити обов'язок сторони обвинувачення за клопотанням сторони захисту провести допит понятих, які брали участь у проведенні обшуку в порядку ст. 166 КПК України, задля забезпечення подальшого використання їх показів захисником [72, с. 100].

Ще одним випадком збирання захисником матеріалів за допомогою слідчого судді є передбачене ст. 244 КПК України право у разі необхідності з'ясування

обставин, що мають значення для кримінального провадження, за допомогою спеціальних знань, звернутися з клопотанням про проведення експертизи до слідчого судді, за результатами розгляду якого слідчий суддя може доручити відповідному експерту, експертам чи експертній установі провести судову експертизу. На відміну від попереднього розглянутого нами способу збирання матеріалів, ч. 9 ст. 244 КПК України чітко встановлює, що висновок експерта за результатами проведення судової експертизи надається саме захиснику. Цей випадок є класичним прикладом збирання стороною захисту доказів за допомогою слідчого судді. В ч. 1 ст. 244 КПК України сформульовано підстави звернення захисника до слідчого судді з клопотанням про проведення експертизи. При цьому законодавець не деталізує як саме вони повинні застосовуватися: окремо чи обов'язково у поєднанні одна з іншою. Вважаємо, що за наявності однієї з підстав, передбачених ч. 1 ст. 244 КПК України, захисник може звернутися до слідчого судді з відповідним клопотанням. Вимоги до клопотання викладені у ч. 2 ст. 244 КПК України. Як було зазначено раніше, Інструкція визначає два види робіт, які виконують експерти: судові експертизи та експертні дослідження. З урахуванням цього, п. 5 ч. 2 ст. 244 КПК України потребує відповідного коригування. До клопотання повинні бути додані копії матеріалів, якими обґрунтовуються його доводи, а також копії документів, що підтверджують неможливість самостійного залучення експерта. На думку О. В. Малахової такими документами можуть бути: документи, що посвідчують матеріальне становище підозрюваного, за яким неможливо залучити експерта самостійно, а також матеріали, що обґрунтовують відсутність доступу в підозрюваного, захисника до об'єктів експертного дослідження. Крім того, цікавою є пропозиція авторки про введення норми про неможливість відмови в задоволенні клопотання сторони захисту про залучення експерта, якщо підозрюваний має відповідні права згідно із Законом України «Про безоплатну правову допомогу» [16, с. 67]. Аналіз судової практики свідчить про наявність непоодиноких випадків відмов захисникам у призначенні експертиз та повернення клопотань з причини ненадання слідчим суддям копій матеріалів, що підтверджують їх сутність, копій документів, що підтверджують неможливість самостійного залучення експертів, в тому числі витягів з ЄРДР [91; 92;

93; 94; 95; 96]. Вимоги щодо обов'язкового додання до клопотання витягу з ЄРДР в КПК України не міститься, тому відмови слідчих суддів на цій підставі є незаконними. Такі випадки свідчать про важкість доведення фактів неможливості самостійного залучення експертів захистом.

На наш погляд, дещо проблемним може бути доведення підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 244 КПК України. З одного боку для підтвердження цього факту захисник буде змушений на підставі статей 93, 220 КПК України звертатися до слідчого, прокурора з клопотанням про проведення експертизи, обґрунтовуючи таку необхідність, а після отримання відмови звертатися до слідчого судді, долучивши до клопотання відповідну постанову. З іншого боку цей факт може бути підтверджений завдяки реалізації положень ч. 5 ст. 244 КПК України, згідно із якою під час розгляду клопотання слідчий суддя має право за клопотанням учасників розгляду або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення клопотання. Це означає, що захисник може заявити слідчому судді клопотання про допит в якості свідка слідчого, який пояснить причину незалучення експерта, а також клопотання про дослідження матеріалів кримінального провадження, на підставі яких слідчий суддя зможе встановити факти незалучення експерта та необхідності встановлення обставин, що мають істотне значення для кримінального провадження, шляхом його залучення. У зв'язку з цим, ч. 5 ст. 244 КПК України необхідно врегулювати відповідним чином **(Додаток А, п. 20)**. Доведення захисником факту поставлення перед експертом запитань, які не дозволяють дати повний та належний висновок з питань, для з'ясування яких необхідне проведення експертизи, на наш погляд, може здійснюватися дещо простіше. Відповідно до ст. 221 КПК України захисник в рамках ознайомлення з матеріалами досудового розслідування може зробити копію постанови про призначення експертизи, після чого надати її слідчому судді на підтвердження клопотання. Однак більш ефективною та оперативною все ж таки є процедура, згідно якої слідчий суддя за клопотанням захисника може витребувати у слідчого, прокурора для дослідження матеріали кримінального провадження або окремо постанову про призначення експертизи. В такий же спосіб може доводитись факт

надання залученим стороною обвинувачення експертом неповного чи неправильного висновку. Проблематичним виявляється й доведення достатності підстав вважати, що залучений стороною обвинувачення експерт внаслідок відсутності у нього необхідних знань, упередженості чи з інших причин може надати неповний чи неправильний висновок.

Щодо вимог ч. 3 ст. 244 КПК України, погоджуємось з пропозицією про необхідність скорочення загального строку розгляду клопотання до трьох днів, в тому числі з метою забезпечення оперативного отримання зразків для експертизи та уникнення ризику їх псування чи знищення в разі вирішення цього питання у випадку, передбаченому ч. 8 ст. 244 КПК України [16, с. 68, 107-108]. Відповідно до ч. 6 ст. 244 КПК України слідчий суддя за результатами розгляду клопотання самостійно визначає суб'єкта проведення експертизи, якому надсилає відповідне доручення, однак вважаємо, що захисник не позбавлений права клопотати про доручення проведення експертизи конкретному експерту чи експертній установі. З приводу положення ч. 7 ст. 244 КПК України вважаємо, що для того, щоб слідчі судді могли належним чином оцінювати необхідність включення відповідних запитань до ухвал, останні, активно використовуючи повноваження, надані ч. 5 ст. 244 КПК України, повинні детально досліджувати матеріали кримінальних проваджень, а за необхідності заслуховувати думки експертів у відповідних галузях.

Згідно із ч. 8 ст. 244 КПК України при задоволенні клопотання про залучення експерта слідчий суддя, у разі необхідності, має право за клопотанням захисника вирішити питання про отримання зразків для експертизи відповідно до ст. 245 КПК України. Положення цієї норми в чинній редакції викликають дуже багато питань, відповідей на які КПК України, на жаль, не містить. Так, дещо не зрозуміло коли захисник повинен подавати клопотання про отримання зразків: перед, під час чи безпосередньо після розгляду клопотання про залучення експерта. Також не визначено де саме повинне міститися прохання про надання дозволу на відібрання зразків для експертизи: в клопотанні про проведення експертизи чи в окремому, поданому за правилами тимчасового доступу у випадку відібрання зразків з речей і документів, або ж у такому, що подано за іншими правилами, передбаченими ст. 245

КПК України. На наш погляд, ці процедури повинні бути оптимізовані та викладені в КПК України (більш детально ці проблеми будуть розглянуті під час дослідження інституту відібрання захисником зразків для експертизи). Отже, висновок експерта за результатами проведення експертизи відповідно до ч. 9 ст. 244 КПК України надається захиснику, який отримує його від експерта, виходячи зі змісту ч. 9 ст. 101 КПК України.

КПК України не врегульовує змісту ухвали за результатами задоволення клопотання про проведення експертизи. Так, ч. 7 ст. 244 КПК України лише встановлює, що до ухвали слідчого судді про доручення проведення експертизи включаються запитання, поставлені перед експертом особою, яка звернулася з відповідним клопотанням. Натомість пункти 3.1, 3.2 Інструкції встановлюють, що експертиза проводиться після подання особою, яка залучила експерта, матеріалів, оформлених згідно з вимогами процесуального законодавства та Інструкції. До експертної установи (експерту) надаються: документ про призначення експертизи (залучення експерта), об'єкти, зразки для порівняльного дослідження та, за клопотанням експерта, – матеріали справи. Відповідно до п. 3.3 Інструкції у документі про призначення експертизи зазначається конкретний перелік даних, які є важливими для її проведення та відповідно становлять обов'язкові реквізити ухвали слідчого судді (зокрема, в ухвалі повинен міститись дозвіл на пошкодження або знищення об'єкта у разі такої необхідності). Водночас ст. 244 КПК України не містить вимоги стосовно необхідності доведення захисником потреби у наданні слідчим суддею дозволу на знищення, пошкодження об'єктів дослідження, якими, зокрема, можуть бути речі, документи. Як було вказано раніше, питання обґрунтованості ризику знищення чи пошкодження зразків з речей, документів, які в свою чергу є відповідним майном осіб, є дуже важливим і повинне встановлюватися та оцінюватися слідчим суддею під час надання дозволу на їх виїмку в порядку ст. 163 КПК України (у випадках ініціювання захисником вирішення питання про відібрання зразків для експерта, залученого на договірних умовах, або відібрання зразків безпосередньо перед зверненням до слідчого судді з клопотанням на підставі ст. 244 КПК України). Незважаючи на це, виходячи із положень Інструкції, під час

розгляду клопотання в порядку ст. 244 КПК України захисник все одно повинен довести необхідність надання слідчим суддею дозволу на знищення чи пошкодження відповідних об'єктів. Згідно із п. 3.4 Інструкції якщо в матеріалах справи є дані про особливості виявлення, вилучення, зберігання об'єкта дослідження або про інші обставини, що могли вплинути на його властивості та ознаки, про них слід зазначити в документі про призначення експертизи та надіслати засвідчені належним чином копії протоколів процесуальних дій в експертну установу (експертові). Водночас ч. 2 ст. 244 КПК України серед інформації, яка повинна міститися в клопотанні захисника, не передбачає й такої, у зв'язку з чим в ухвалі слідчого судді може бути відсутня важлива для експерта інформація. Задля врегулювання розглянутих недоліків, ч. 2 ст. 244 КПК України необхідно доопрацювати відповідним чином **(Додаток А, п. 21)**. За умови внесення запропонованих нами раніше змін, такі обставини захисник зможе довести, надавши слідчому судді: попередню ухвалу про надання дозволу на виїмку речей, документів в якості зразків для експертизи, якою засвідчуватиметься обґрунтованість ризику їх знищення, пошкодження; засвідчені належним чином копії протоколів процесуальних дій (наприклад, відібрання зразків в порядку освідування (ст. 241 КПК України) або протоколи витребування, отримання речей, документів, їх тимчасового доступу (виїмки) тощо). Також, як вже було вказано раніше, захисник для доведення необхідності надання дозволу на знищення, пошкодження об'єктів слідчим суддею в клопотанні про проведення експертизи може послатись на положення документів, передбачених п. 1.4 Інструкції, які передбачають можливість пошкодження, знищення об'єктів дослідження під час проведення відповідних видів судових експертиз. Викладене вище також свідчить про необхідність доповнення КПК України окремою статтею «Ухвала про надання доручення проведення експертизи», яка буде встановлювати вичерпний перелік інформації, що повинна міститися в процесуальному рішенні, та відповідатиме вимогам пунктів 3.3, 3.4 Інструкції, а також врегульовуватиме інші питання, пов'язані із прийняттям слідчим суддею відповідного рішення.

Згідно із ч. 1 ст. 509 КПК України слідчий, прокурор зобов'язані залучити експерта (експертів) для проведення психіатричної експертизи у разі, якщо під час

кримінального провадження будуть встановлені обставини, які дають підстави вважати, що особа під час вчинення суспільно небезпечного діяння була в неосудному або обмежено осудному стані або вчинила кримінальне правопорушення в осудному стані, але після його вчинення захворіла на психічну хворобу, яка позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії або керувати ними. Такими обставинами можуть бути: 1) наявність згідно з медичним документом у особи розладу психічної діяльності або психічного захворювання; 2) поведінка особи під час вчинення суспільно небезпечного діяння або після нього була або є неадекватною (затмарення свідомості, порушення сприйняття, мислення, волі, емоцій, інтелекту чи пам'яті тощо). Вважаємо, що якщо сторона обвинувачення з будь-яких причин не виконуватиме свій обов'язок, захисник на підставі ст. 244 КПК України має право звернутися до слідчого судді з клопотанням про призначення судово-психіатричної експертизи підозрюваного. На наш погляд, це питання повинно вирішуватися саме в порядку ст. 244 КПК України слідчим суддею з огляду на публічність інтересів, які в більшості зачіпає питання осудності підозрюваного. Самостійне залучення експерта для проведення судово-психіатричної експертизи на підставі ст. 243 КПК України, на нашу думку, може застосовуватися як альтернативна експертиза у разі незгоди захисника із наявним в кримінальному провадженні висновком експерта, залученого стороною обвинувачення. Також вважаємо, що в разі клопотання про проведення первинної судово-психіатричної експертизи захисник, крім передбачених ст. 244 КПК України, повинен довести слідчому судді обставини, визначені у ч. 1 ст. 509 КПК України. Для того, щоб слідчий суддя міг особисто переконатися в обставинах, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 509 КПК України, розгляд клопотання повинен здійснюватися за обов'язкової участі підозрюваного та його захисника. Крім того, вважаємо, що розгляд такого клопотання повинен відбуватися за обов'язкової участі слідчого або прокурора, які повинні будуть надати свої міркування щодо питання доцільності призначення судово-психіатричної експертизи, а також пояснити причини не призначення експертизи за власним рішенням.

У разі необхідності здійснення тривалого спостереження та дослідження особи відповідно до ч. 2 ст. 509 КПК України в кримінальному провадженні може бути

проведена стаціонарна психіатрична експертиза, для чого така особа направляється до відповідного медичного закладу на строк не більше двох місяців. Питання про направлення особи до медичного закладу для проведення психіатричної експертизи вирішується під час досудового розслідування – ухвалою слідчого судді за клопотанням сторони в порядку, передбаченому для подання та розгляду клопотань щодо обрання запобіжного заходу. Відповідно до ч. 9 ст. 101 КПК України висновок судово-психіатричної стаціонарної експертизи передається експертом стороні, за клопотанням якої здійснювалася експертиза. Таку позицію підтримують і деякі науковці [1, с. 92]. Незважаючи на те, що проведення судово-психіатричних експертиз передбачено у главі 39 КПК України, погоджуємось з Т. В. Лукашкіною, що потреба у проведенні таких експертиз може виникнути і в кримінальному провадженні, яке здійснюється у загальному порядку [1, с. 92]. Крім того, слід погодитись із науковцем, що за відповідних умов висновок судово-психіатричної експертизи, проведеної за клопотанням сторони захисту, повинен надаватись також і стороні обвинувачення [1, с. 92].

Окремої уваги потребує порядок розгляду клопотання про призначення психіатричної стаціонарної експертизи. Згідно із ч. 2 ст. 509 КПК України таке питання вирішується в порядку, передбаченому для подання та розгляду клопотань щодо обрання запобіжних заходів, які, в свою чергу, регулюються статтями 184, 193, 194 КПК України та спрямовані на застосування виключно стороною обвинувачення. Так, ч. 1 ст. 184 КПК України передбачає необхідність зазначення у клопотанні обставин, доведення яких суперечить функціональній спрямованості сторони захисту та принципу презумпції невинуватості, у зв'язку з чим дана процедура є неможливою для застосування захисником. На наш погляд, порядок призначення стаціонарної психіатричної експертизи за клопотанням сторони захисту не повинен суттєво відрізнятися від викладеного у ст. 244 КПК України, однак повинен враховувати особливості цього виду експертизи та випадків, за яких виникає необхідність у її проведенні [2, с. 110-111]. У зв'язку з цим, вважаємо, що ч. 2 ст. 509 КПК України необхідно доопрацювати та викласти у відповідній редакції (**Додаток А, п. 22**).

Вважаємо, що обов'язковою у розгляді такого клопотання повинна бути участь слідчого та (або) прокурора.

Процедуру отримання зразків для експертизи регламентує ст. 245 КПК України, яка в ч. 1 встановлює, що у разі необхідності отримання зразків для проведення експертизи вони відбираються стороною, яка звернулася за проведенням експертизи або за клопотанням якої експертиза призначена слідчим суддею. Питання про відібрання зразків для експертизи захисником згідно КПК України може вирішуватись як безпосередньо після задоволення клопотання (ч. 8 ст. 244 КПК України), так і окремо. Водночас п. 3.2 Інструкції встановлює, що до експертної установи разом з документом про проведення експертизи особа повинна надати об'єкти і зразки для порівняльного дослідження. Ст. 245 КПК України диференціює порядки відібрання зразків для експертиз в залежності від видів об'єктів, необхідних для їх проведення, сторін кримінального провадження, а також форм відібрання таких зразків. Так, ч. 2 ст. 245 КПК України визначає, що порядок відібрання зразків з речей і документів встановлюється згідно з положеннями про тимчасовий доступ до речей і документів (статті 160-166 КПК України). Як було вказано раніше, в разі належного унормування процедур витребування та отримання, відібрання зразків з речей, документів зможе відбуватись не тільки в порядку тимчасового доступу. Згідно із ч. 3 ст. 245 КПК України добровільне відбирання біологічних зразків у особи здійснюється за правилами освідування, передбаченими ст. 241 КПК України. У разі ж відмови особи добровільно надати біологічні зразки слідчий суддя за клопотанням сторони, що розглядається в порядку, передбаченому статтями 160-166 КПК України, має право дозволити слідчому, прокурору (або зобов'язати їх, якщо клопотання було подано стороною захисту) здійснити відбирання біологічних зразків примусово.

На проблематику процедури відібрання зразків для експертизи стороною захисту в науці кримінального процесу неодноразово зверталася увага [97, с. 253; 98, с. 167; 58, с. 219]. Водночас якщо порядок відібрання стороною захисту зразків для експертизи з речей і документів КПК України визначає більш менш зрозуміло, то з відбиранням біологічних зразків виникає багато питань, які потребують більш точного, докладного врегулювання. Погоджуємось з І. В. Глов'юк, що процедура

отримання біологічних зразків для сторони захисту є значно ускладненою [58, с. 219].

Зі змісту ч. 3 ст. 245 КПК України можна зробити висновок, що перед тим як подати клопотання слідчому судді, захисник повинен спробувати добровільно отримати біологічні зразки. Однак КПК України прямо не встановлює яким шляхом повинне здійснюватися їх добровільне отримання. З однієї сторони, так як відібрання біологічних зразків у особи відбувається за правилами освідування (яке згідно ст. 241 КПК України здійснюється тільки слідчим, прокурором), захисник повинен звернутись з клопотанням до прокурора, який згідно ч. 2 ст. 241 КПК України уповноважений прийняти відповідне рішення. Водночас КПК України, зокрема, ст. 241, не встановлює відповідної процедури, як і не містить обов'язку сторони обвинувачення за клопотанням захисту відібрати біологічні зразки та передати їх захиснику. Таке звернення захисника теоретично може здійснюватися на загальних підставах – в порядку ст. 220 КПК України. З іншого боку захисник може звернутися безпосередньо до особи, в якій необхідно відібрати біологічні зразки, – КПК України не дозволяє, але й не забороняє цього [72, с. 99]. Однак незрозумілою є процедура такої процесуальної дії. Крім того, особи мають право не надавати власні біологічні зразки захиснику. Теоретично отримання власних біологічних зразків для експертизи підозрюваним може відбуватись й шляхом замовлення відповідних послуг в приватних лабораторіях, однак такого способу КПК України поки що не передбачає. Неоднозначним є й питання покладення на захисника тягара доказування обставин, що підтверджують неможливість добровільного відібрання біологічних зразків, адже проблемним в такому випадку є підтвердження факту відмови в наданні біологічних зразків через відсутність обов'язку осіб надавати письмові відповіді захисникам [72, с. 99]. У зв'язку з викладеним вище, погоджуємось з пропозицією про необхідність внесення змін до ст. 245 КПК України щодо встановлення права сторони захисту незалежно від добровільності надання біологічних зразків одразу звертатися до слідчого судді з клопотанням про їх відібрання, за результатами розгляду якого слідчий суддя зобов'яже сторону обвинувачення відібрати біологічні зразки в порядку освідування [16, с. 64]. Необхідно вносити зміни й до ст. 241 КПК України щодо встановлення обов'язку слідчого, прокурора негайно після відібрання

біологічних зразків передати їх захиснику, зафіксувавши це у протоколі [2, с. 111]. Вважаємо, що захисник має право бути присутнім під час проведення цієї слідчої дії за умови дотримання вимог ч. 2 ст. 241 КПК України щодо заборони участі особи протилежної статі.

Як ми вказували раніше, оптимізації потребує процедура вирішення питання про відібрання зразків для експертизи, передбачена ч. 8 ст. 244 КПК України. Вважаємо, що прохання захисника про відібрання зразків для експертизи повинно міститись безпосередньо в клопотанні про проведення експертизи. Слідчий суддя, вирішуючи клопотання про проведення експертизи, повинен також вирішити питання про відібрання необхідних зразків, про що має постановити ухвалу, яка надається захиснику. Вирішення питання про відібрання зразків для експертизи з речей, документів повинно здійснюватися в змішаному порядку, передбаченому як для призначення експертизи (ст. 244 КПК України) в частині загального порядку та строків розгляду, так і для тимчасового доступу (ст. 163 КПК України) в частині обставин, що підлягають доведенню, передбачених частинами 5, 6 цієї статті, однак з відповідним доопрацюванням, включивши до них необхідність доведення потреби у використанні речей, документів для проведення судової експертизи [68, с. 223-224]. Щодо відібрання біологічних зразків, на наш погляд, порядок, передбачений для вирішення питання про тимчасовий доступ до речей, документів, абсолютно не підходить для таких об'єктів. У зв'язку з цим, в КПК України необхідно впровадити окремий порядок розгляду клопотання про відібрання біологічних зразків для експертизи (в тому числі примусове) за клопотанням сторін кримінального провадження, тому ст. 245 КПК України необхідно доповнити ч. 4 відповідного змісту [68, с. 224] (**Додаток А, п. 23**).

Ще одним випадком взаємодії зі слідчим суддею під час збирання матеріалів (доказів) є ініціювання захисником проведення допиту в порядку ст. 225 КПК України, ч. 1 якої передбачає його право звернутися до слідчого судді із клопотанням провести допит свідка чи потерпілого в судовому засіданні, в тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб у виняткових випадках, пов'язаних із необхідністю отримання показань свідка чи потерпілого під час досудового

розслідування. Така процедура також існує в законодавстві інших країн і в науці кримінального процесу традиційно відноситься до інституту депонування доказів [58, с. 333-334; 99; 100; 101; 102; 103; 104; 105; 106].

Відповідно до ч. 1 ст. 225 КПК України забезпечення показань може здійснюватися за наявності специфічних обставин, у зв'язку з якими існують ризики подальшої неможливості безпосереднього їх дослідження судом та, як наслідок, використання в якості допустимих доказів. Інформаційний лист ВССУ «Про практику вирішення слідчими суддями питань, пов'язаних із слідчими (розшуковими) діями» від 03.06.2016 р. містить більш розширений перелік таких виняткових випадків. В свою чергу І. В. Гловюк, проаналізував судову практику, пропонує більш точний перелік відповідних обставин [107; 108; 109; 110; 111; 112; 113; 114; 99, с. 275]. Існування такого різноманіття виняткових випадків свідчить про необхідність ретельної оцінки слідчими суддями кожної наведеної сторонами обставини з точки зору її реальної здатності в майбутньому призвести до неможливості допиту відповідної особи в суді або вплинути на повноту чи достовірність її показань.

У разі задоволення слідчим суддею клопотання захисника допит свідка чи потерпілого (в тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб) може здійснюватися в судовому засіданні за місцем розташування суду або за місцем перебування хворого свідка, потерпілого (виїзне судове засідання) в присутності обох сторін кримінального провадження з дотриманням правил проведення допиту під час судового розгляду. Слідчий суддя проводить допит за процедурою, передбаченою статтями 352-354 КПК України: його перебіг фіксується за допомогою технічних засобів з обов'язковим веденням журналу судового засідання, як це передбачено у статтях 107, 108 КПК України. Під час допиту слідчий суддя виконує функції головуєчого. Застосуванню підлягає як процедура прямого, так і перехресного допиту. Водночас відповідно до ч. 4 ст. 225 КПК України якщо допит проведений за відсутності сторони захисту або якщо є необхідність уточнення показань чи отримання показань щодо обставин, які не були з'ясовані в результаті допиту під час досудового розслідування, під час судового розгляду суд має право повторно допитати свідка, потерпілого. Передусім це пов'язано із положеннями абзацу 3 ч. 1

ст. 225 КПК України. Отримані за результатами допиту показання відповідають властивостям доказів та відповідно до ч. 3 ст. 225 КПК України суд може не врахувати їх лише навівши мотиви такого рішення. Водночас ст. 225 КПК України не врегульовує кому саме повинні передаватися матеріали за результатами проведення допиту. О. В. Малахова вважає, що вони мають надаватися обом сторонам кримінального провадження, що були присутні під час допиту [16, с. 46]. Погоджуємось, що за аналогією з ч. 9 ст. 244 КПК України показання, зафіксовані в журналі судового засідання та на технічних носіях інформації, повинні передаватися виключно стороні захисту, якщо допит проводився за її клопотанням [1, с. 193]. У зв'язку з цим, пропонуємо ст. 225 КПК України доповнити ч. 6 у відповідній редакції **(Додаток А, п. 24)**. Крім того, потребують врегулювання відсутні в КПК України вимоги до клопотання та порядок його розгляду слідчим суддею, як і вимоги до змісту ухвали [115, с. 11-13; 99, с. 274-281; 58, с. 335]. Судова практика свідчить й про наявність таких проблем як досить вузьке визначення кола осіб, яких закон дозволяє допитувати в порядку ст. 225 КПК України, а також недієвість цього механізму з причини невизначеності строків подання та розгляду клопотання слідчим суддею [116; 117]. На нашу думку, у ст. 225 КПК України необхідно передбачити право відповідних осіб (в тому числі потерпілого [58, с. 335]) звертатися з клопотаннями про допит підозрюваних. Неможливість допиту в порядку ст. 225 КПК України особи зі статусом підозрюваного є обмеженням не тільки сторони обвинувачення, але й сторони захисту, адже за наявності у кримінальному провадженні декількох підозрюваних, щодо показань одного з яких існує ризик неможливості безпосереднього їх дослідження судом, сторони фактично позбавлені можливості забезпечити власні докази та ризикують залишитись без них у стадії судового розгляду, при цьому завдання кримінального провадження також не будуть досягнені [72, с. 99]. Що стосується захисника, така проблема для нього може мати більш суттєві наслідки, адже у зв'язку із значнішою обмеженістю порівняно зі стороною обвинувачення може призвести до позбавлення єдиних доказів невинуватості: показання одного із підозрюваних можуть мати суттєве значення для доведення невинуватості іншого, а в деяких випадках взагалі відігравати роль виправдувальних

доказів. Це ж стосується і одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб. Корисним було б й надання права ініціювати депонування показань експертів шляхом проведення їх допитів на досудовому розслідуванні, тим більше ч. 3 ст. 95 КПК України встановлює обов'язок експерта давати показання слідчому судді.

Відсутність строків розгляду клопотання та проведення допиту слідчим суддею призводить до невідомості інституту депонування доказів у КПК України, адже несе ризик неможливості досягнення його цілей. Вважаємо, що за загальним правилом слідчий суддя повинен розглянути клопотання про допит у строк до трьох днів з моменту його надходження до суду. В залежності від обставин сторони повинні мати право в клопотанні обґрунтувати необхідність його розгляду в максимально стислі строки в межах визначеного триденного терміну. Більш стислі строки можуть застосовуватись і до окремих процедур, які за своєю сутністю потребують терміновості. В КПК України також потрібно встановити й строк виконання ухвали про допит, який не повинен перевищувати 24 годин з моменту її постановлення, а в деяких випадках допит повинен проводитись негайно. У зв'язку з цим, ст. 225 КПК України слід доповнити відповідними нормами (**Додаток А, п. 25**).

Інститут депонування доказів в КПК України представлений забезпеченням виключно показань осіб, які відповідно до ч. 2 ст. 84 КПК України не є єдиним джерелом доказів. КПК України окремо не регулює інститут забезпечення доказів, на відміну від Цивільного процесуального кодексу України, в ст. 116 якого встановлено більш комплексний підхід до інституту депонування доказів. Положення принципу, передбаченого ч. 2 ст. 23 КПК України, свідчать, що забезпечення можуть потребувати не тільки відомості, що містяться у показаннях осіб, але й такі, що містяться в речах і документах, а механізм забезпечення їх як доказів концептуально повинен бути ідентичним механізму, передбаченому ст. 225 КПК України. Наукою вже акцентовано увагу на потребі в депонуванні речових доказів [118]. Погоджуємось, що за наявності відповідних ризиків депонуванню повинні підлягати не тільки показання, але й речі і документи, а в деяких випадках можливо і висновки експертів [53; 118; 119; 120, 121]. Такими ризиками можуть бути обставини, передбачені у ч. 6 ст. 100 КПК України, які можуть призвести до втрати захисником

важливих доказів [118, с. 430]. Згідно із ч. 6 ст. 100 КПК України у досудовій стадії відповідні питання вирішуються або за письмовою згодою власника або за ухвалою слідчого судді, при цьому ініціювати забезпечення збереження доказів можуть обидві сторони. У випадках, передбачених пунктами 1-4 ч. 6 ст. 100 КПК України, речові докази повинні фіксуватися за допомогою фотографування або відеозапису та докладно описуватися. У разі необхідності може бути збережений зразок речового доказу, достатній для його експертного дослідження або інших цілей кримінального провадження. Водночас норма не встановлює хто саме повинен проводити огляд речей, за допомогою якої процесуальної дії повинне здійснюватися збереження зразка речового доказу, а також яким чином повинно бути зафіксоване його збереження. Для захисника проведення огляду речей, документів з обов'язковим їх фіксуванням за допомогою фотографування або відеозапису є значною перешкодою, пов'язаною із відсутністю відповідних повноважень. Процедура забезпечення збереження речових доказів, передбачена КПК України, на жаль, не відповідає сутності інституту депонування доказів, адже за логікою законодавця у стадії судового розгляду суд буде вимушений безпосередньо дослідити лише протоколи, складені заінтересованими особами, в яких зафіксовані відповідні речові докази, що суперечить статтям 357, 358 КПК України. У зв'язку з викладеним, з метою забезпечення (депонування) речових доказів у досудовій стадії у випадках, передбачених ч. 6 ст. 100 КПК України, в КПК України необхідно передбачити право сторін кримінального провадження під час вирішення питань про долю речових доказів клопотати перед слідчим суддею про забезпечення (депонування) речей як доказів. Також, в КПК України слід врегулювати порядок розгляду клопотання, вимоги до нього та ухвали за результатами вирішення питання про долю речових доказів слідчим суддею. Взагалі, за своєю природою вирішення питань про долю речових доказів спрямоване на досягнення дієвості кримінального провадження та подолання певних незручностей, а тому відповідає ознакам ЗЗКП, у зв'язку з чим логічним було б перенесення його до розділу II КПК України. Вважаємо ефективною процедуру, відповідно до якої задовольнивши клопотання захисника, слідчий суддя повинен буде протягом 24 годин, а в деяких випадках і негайно, здійснити огляд речей, в тому числі за їх

місцезнаходженням, зафіксувати їх за допомогою фотографування або відеозапису та докладно описати в протоколі слідчої (розшукової) дії, після чого негайно передати такі матеріали захиснику як особі, за клопотанням якої проводився огляд. На наш погляд, збереження зразка речового доказу, достатнього для дослідження в рамках експертизи або для інших цілей кримінального провадження, за клопотанням сторін також повинен здійснювати слідчий суддя під час депонування речового доказу в випадках, викладених вище. Збереження зразка речового доказу не відповідає сутності жодної процесуальної дії, передбаченої КПК України, у зв'язку з чим потребує врегулювання в якості самостійної процесуальної, а можливо навіть й слідчої (розшукової) дії, яку може проводити слідчий суддя за клопотаннями сторін кримінального провадження, а в деяких випадках слідчий, прокурор самостійно. На наш погляд, збереження зразка речового доказу може здійснюватися не тільки у зв'язку із депонуванням, але й в інших, окремо взятих випадках. Наприклад, під час передачі захисником речі в якості зразка для проведення експертизи, за результатами якої річ буде пошкоджена чи знищена. У разі призначення експертизи слідчим суддею це питання могло б вирішуватись під час його розгляду в порядку ст. 244 КПК України, а при самостійному залученні експерта (ст. 243 КПК України) раціональним було б звернення захисника до слідчого судді з окремим клопотанням про збереження зразку речового доказу. Потреба в збереженні зразка може виникнути і в разі існування ризику відмови слідчим суддею в накладенні арешту на тимчасове вилучене майно у вигляді речі, за умови необхідності захиснику такої речі в якості зразка для проведення експертизи або в інших цілях. В такому випадку вирішення питання про збереження зразка могло б відбуватися під час або безпосередньо після вирішення слідчим суддею питання про накладення арешту на майно.

Потреба в депонуванні може виникнути не тільки відносно речей, але й відносно документів. Насамперед це пов'язано із передачею їх в якості зразків для експертизи з наданням або без надання дозволу на їх пошкодження або знищення [118, с. 430]. Як ми вказували раніше, питання про надання дозволу на знищення, пошкодження зразків може вирішуватися в залежності від того у який спосіб захисник ініціює проведення експертизи: самостійно чи зверненням до слідчого

судді. Питання про депонування зразків для експертизи з речей, документів захисника, на нашу думку, в класичному випадку також може вирішуватись не тільки перед залученням експерта (в тому числі самостійним), але й під час вирішення цього питання слідчим суддею. Водночас можливі й некласичні випадки, коли в ухвалах відсутні дозволи на знищення, пошкодження об'єктів у випадках неочевидності таких питань, у зв'язку з чим потреба в їх пошкодженні, знищенні може виникнути безпосередньо під час проведення експертизи. Відповідно до п. 4.11 Інструкції (за відсутності дозволу на знищення або пошкодження) експерт повинен забезпечити збереження наданих об'єктів. Якщо ж за характером дослідження зберегти об'єкт неможливо, експерт має отримати письмову згоду органу (особи), який призначив експертизу (залучив експерта). На наш погляд, такий дозвіл повинен надавати слідчий суддя, а не захисник, навіть якщо експерт був залучений на договірних умовах. На жаль, КПК України та Інструкція не регулюють процедури та строків надання експерту дозволу на знищення, пошкодження об'єктів. Процедура, відповідно до якої після отримання клопотання експерта захисник має звернутися до слідчого судді з клопотанням про надання дозволу на знищення, пошкодження зразка повинна бути встановлена безпосередньо в КПК України [68, с. 223]. Строк розгляду та вирішення слідчим суддею такого клопотання, на наш погляд, повинен становити три дні з моменту його подання захисником. Доцільним під час розгляду клопотання була б участь власника майна. Для продовження проведення експертизи ухвалу слідчого судді про дозвіл захисник повинен був би негайно передати експерту. Вважаємо, захисник також повинен мати право під час розгляду (або безпосередньо після розгляду) клопотання про надання дозволу на знищення, пошкодження речей, документів клопотати про їх депонування (у разі необхідності подальшого використання таких матеріалів в інших цілях) слідчим суддею [68, с. 223]. За відповідною ухвалою слідчого судді експерт мав би тимчасово передати захиснику речі, документи для депонування їх у судовому засіданні, після забезпечення збереження яких слідчим суддею такі зразки захисник повертав би експерту для продовження проведення експертизи. У зв'язку з цим, ч. 4 ст. 100 КПК України необхідно дещо доопрацювати в частині виключення обов'язку захисника повертати

або відшкодовувати вартість об'єктів, знищених за ухвалою слідчого судді [68, с. 223]. Потреба в депонуванні може виникнути й стосовно речей або місць, що знаходяться в загальному доступі або доступ до яких обмежений, за умови існування ризику подальшої неможливості безпосереднього їх дослідження судом, яке, на нашу думку, повинне здійснюватися слідчим суддею за їх місцезнаходженням за клопотанням захисника (шляхом проведення огляду за аналогією із ст. 361 КПК України з урахуванням правил, передбачених ст. 237 КПК України). Вважаємо, що за своєю сутністю забезпечення (депонування) доказів є ЗЗКП, у зв'язку з чим розділ II КПК України потребує доповнення главою, норми якої, зокрема, повинні відсилати до порядків проведення допиту та огляду, передбачених главою 20 КПК України (однак з відповідними особливостями).

На наш погляд, належне врегулювання випадків збирання стороною захисту матеріалів (доказів) за допомогою слідчого судді здатне: вирішити проблему обмеженості захисника у засобах доказування порівняно із протилежною стороною, припинити дискусію щодо доцільності надання захисту прав на самостійне проведення слідчих (розшукових) дій, закріпити достатні компенсаційні механізми для забезпечення змагальності процедури збирання доказів на досудовому розслідуванні, в тому числі під час підготовки захисту, пов'язаного із вирішенням відносно підозрюваного питань про ЗЗКП, яка більш детально розглядатиметься в наступному розділі дисертації. Водночас слід відмітити актуальність окремого дослідження діяльності слідчих суддів з надання ухвал, які містять доручення та дозволи про проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій, зокрема, в контексті забезпечення їх належного виконання шляхом встановлення кримінальної відповідальності за невиконання ухвал слідчих суддів безпосередньо в Кримінальному кодексі України, адже збирання захисником матеріалів (доказів) за допомогою слідчого судді в більшості випадків пов'язане із реалізацією слідчим суддею функції з надання доручень (в деяких випадках дозволів) на проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій уповноваженим суб'єктам [2, с. 111]. З огляду на вимоги до обсягу цієї дисертації, на жаль, провести такі дослідження в межах даної наукової роботи не виявляється можливим.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ ДО РОЗДІЛУ 2

1. Лукашкіна Т. В. Участь сторони захисту в доказуванні на досудовому розслідуванні у кримінальному провадженні України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 2. URL: http://pap.in.ua/2_2017/53.pdf (дата звернення: 09.02.2019).
2. Соловійов В. О. Групи процесуальних відносин, які виникають під час збирання захисником матеріалів на стадії досудового розслідування. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 109-112.
3. Гончаренко В. Г., Нор В. Т., Шумило М. Є. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. Київ : Юстініан, 2012. 1224 с.
4. Старенький О. С. Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2016. 295 с.
5. Соловійов В. О. Деякі способи збирання стороною захисту доказів на досудовому розслідуванні. *Актуальні проблеми формування громадянського суспільства та становлення правової держави*: зб. мат. III-ї Всеукр. наук.-практ. інтернет-конф. (м. Черкаси, 21 трав. 2020 р.). Черкаси, 2020. С. 170-179.
6. Удалова Л. Д. Кримінальний процесуальний кодекс України новий етап у розвитку теорії та практики здійснення кримінального провадження. *Право України*. 2013. № 11. С. 80-88.
7. Шумило М. Є. Поняття «докази» у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормальної моделі. *Вісник Верховного Суду України*. 2013. № 2 (150). С. 40-48.
8. Татаров О. Ю., Чернявський С. С. Участь захисника у кримінальному провадженні: проблеми законодавчого врегулювання. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 2. С. 77-84.
9. Старенький О. С. Участь сторін кримінального провадження у процесі доказування: проблемні питання нормативної регламентації. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2014. № 3. С. 305-316.

10. Сергєєва Д. Б. Удосконалення процесуальної форми отримання доказів як один із чинників боротьби зі злочинністю. *Правова доктрина – основа формування правової системи держави* : мат. Міжнар. наук.-практ. конф. 20-21 лист. 2013 р. Харків: Право, 2013. С. 702-705.
11. Погорецький М. А. Захисник – суб'єкт доказування на досудовому провадженні за чинним КПК України: проблемні питання. *Актуальні питання державотворення в Україні* : мат. Міжн. наук.-практ. конф. 23 трав. 2014 р. Київ : Прінт-Сервіс, 2014. С. 480-482.
12. Лань О. Ю. Захисник як суб'єкт доказування у досудовому розслідуванні кримінальних проваджень щодо неповнолітніх : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2016. 226 с.
13. Соловійов В. О. Загальна та спеціальна процедури збирання матеріалів стороною захисту на стадії досудового розслідування. *Актуальні проблеми діяльності органів досудового розслідування*: матер. Всеукр.наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 07 черв. 2019 р.). Дніпро, 2019. С. 179-183.
14. Ковальчук С. О. Витребування й отримання речей як спосіб участі сторони захисту у формуванні речових доказів. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2014. № 3. С. 248-257.
15. Кузубова Т. О., Юхно О. О. Тимчасовий доступ до речей і документів: теоретичні і прикладні проблеми : монографія. Харків : ФОП Панов А. М., 2019. 348 с.
16. Малахова О. В. Реалізація інституту сприяння захисту у кримінально-процесуальному доказуванні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2016. 213 с.
17. Неганов В. В. Використання висновків ревізій у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2018. 292 с.
18. Наказ Міністерства юстиції України від 08.10.1998 № 53/5 «Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень». URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98> (дата звернення: 23.08.2021).

19. Вапнярчук В. В. Витребування та отримання, проведення інших процесуальних дій як способи збирання доказів у кримінальному провадженні. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки*. 2015. № 3 (3). С. 85-89.

20. Ульянова Л. Т. Роль адвоката-защитника в реализации принципа состязательности и равноправия сторон в уголовном судопроизводстве. *Вестник Московского университета. Серия Право*. 2006. № 4. С. 46-61.

21. Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження : Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України № 223-558/0/4-13 від 05.04.2013 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0558740-13> (дата звернення: 02.03.2020).

22. Соловйов В. О. Право підозрюваного мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту, пов'язаного з обранням запобіжного заходу. *Правове життя сучасної України: матер. Міжнар.наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.)*. Т. 2. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2019. С. 385-389.

23. Гребенюк С. О. Чого чекати від нового адвокатського закону в контексті реформування кримінальної юстиції. *Закон-бізнес*. 2012. № 29 (1068). С. 10. URL: https://zib.com.ua/files/issues_pdfs_ua/335.pdf (дата звернення: 03.03.2020).

24. Балацька О. Р. Участь захисника в реалізації засади забезпечення права на захист: правові та організаційні аспекти : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2018. 250 с.

25. Грошевий Ю. М., Тацій В. Я., Туманянц А. Р. Кримінальний процес : підручник. Харків : Право, 2013. 824 с.

26. Колоколов Н. А., Ревина И. В., Рябикина Т. К. Адвокат в уголовном процессе : учеб. пособ. Москва : Юнити-Дана, 2010. 375 с.

27. Краскова И. С. Защитник как субъект доказывания на досудебных стадиях уголовного процесса : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Москва, 2008. 164 с.

28. Маслова Д. А. О возможности адвоката-защитника участвовать в собирании доказательств. *Правовая наука и реформа юридического образования* : сб. науч. трудов. Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2007. № 21. С. 240-247.
29. Сиразутдинова А. А. Процессуальные, тактические и психологические аспекты участия защитника в предварительном расследовании : автореф. дисс. ... на приобретение науч. степени канд. юрид. наук: 12.00.09. Екатеринбург, 2008. 22 с.
30. Смирнов Є. В. Участь захисника в реалізації процесуальних прав підозрюваного (обвинуваченого) у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Запоріжжя, 2016. 247 с.
31. Сліпченко В. І. Підстави та процесуальний порядок витребування речей і документів. *Вісник Запорізького національного університету. Серія: Юридичні науки*. 2014. № 4 (2). С. 282-289.
32. Кузнецова Н. А. Собираение и использование документов в качестве доказательств по уголовным делам : автореф. дисс. ... на приобретение науч. степени канд. юрид. наук : 12.00.09. Москва, 1996. 23 с.
33. Анненков С. И., Пономаренков В. А. Представление доказательств в уголовном процессе. *Законность*. 1997. № 3. С. 54-56.
34. Рыжаков А. П. Уголовно-процессуальное доказывание и основные следственные действия. Москва : Дело и Сервис, 2012. 544 с.
35. Яновська О. Г. Правова позиція захисту в кримінальному провадженні: шляхи відстоювання у процесі доказування. *Право України*. 2014. № 10. С. 124-132.
36. Соловйов В. О. Забезпечення збереження речей, документів як доказів, зібраних стороною захисту. *Правове життя сучасної України*: мат. Міжн. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.). Одеса: Вид. дім «Гельветика», 2020. Т. 3. С. 299-302.
37. Малахова О. В. Процесуальні особливості проведення огляду захисником. *Теоретичні аспекти організації досудового розслідування* : мат. Всеукр. наук.-практ. конф. 4 груд. 2015 р. Харків, 2015. С. 426-428.

38. Алейников Г. І. Про надання права самостійної діяльності адвоката-захисника по збиранню доказів у кримінальному процесі. *Право України*. 2002. № 10. С. 100-105.
39. Винник Б. Обмежене право адвоката-захисника по збиранню доказів в кримінальному процесі. *Юридичний журнал*. 2007. № 3. С. 107-111.
40. Гізатова С. А. Роль захисника у формуванні доказової бази в кримінальному процесі. *Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності* : зб. наук. статей. Кривий Ріг, 2011. № 2. С. 111-115.
41. Стоянов М. М. «Інші дії, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів» як засіб збирання та перевірки доказів стороною захисту, потерпілим у кримінальному провадженні. *Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні* : мат. Всеукр. наук.-практ. інтер.-конф. 27 лист. 2013 р. Одеса : Юрид. літер., 2013. С. 257-259.
42. Тertiшник В. М. Кримінальне-процесуальне право України : підручник. Київ : А.С.К., 2003. 1120 с.
43. Мирошниченко Ю. М. Проблемні питання тимчасового вилучення й арешту майна за новим кримінально-процесуальним законом. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 3-2. С. 310-312.
44. Моргун Н. С. Тимчасове вилучення майна як захід забезпечення кримінального провадження, що обмежує право власності. *Митна справа: митні правила*. 2014. № 3 (93). С. 318-323.
45. Ухвала слідчого судді Заводського районного суду міста Миколаєва від 02.03.2020. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87978951> (дата звернення: 17.04.2020).
46. Соловйов В. О. Проблемні питання визначення процесуального статусу тимчасово вилученого майна та його арешту за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року. *Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування* : колективна монографія. Одеса, 2018. С. 631-655.

47. Клименко Н. І. Щодо інституту конкурентної (альтернативної) експертизи. *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики*. 2011. № 11. С. 211–216.
48. Лозовий А. І. Кримінальний процесуальний кодекс України: проблеми застосування окремих норм під час залучення судового експерта. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*. 2013. № 16. С. 204-206.
49. Трофименко В. М. Актуальні питання порядку проведення експертизи за новим Кримінальним процесуальним кодексом України. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2012. № 11. С. 77-82.
50. Легких К. В. Отримання стороною захисту для експертного дослідження зразків, які знаходяться в матеріалах кримінального провадження. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 196-200.
51. Гловюк И. В. Привлечение эксперта стороной защиты по УПК Украины: проблемные вопросы. *Уголовный процесс и криминалистика: история и современность: II криминалистические чтения памяти заслуженного деятеля науки Республики Беларусь, доктора юридических наук, профессора Н.И. Порубова* : мат. Межд. науч.-практ. конф. 3 дек. 2015 г. Минск: Академия МВД, 2015. Ч. 1. С. 77-83.
52. Соловйов В. О. Деякі проблемні питання порядку самостійного залучення експертів стороною захисту. *Реалізація прав людини у діяльності правоохоронних органів*: мат. III Міжн. наук.-практ. конф. (м. Кривий Ріг, 30 квіт. 2020 р.). Кривий Ріг, 2020. С. 163-166.
53. Давидова Д. В. Джерела доказів у кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Кривий Ріг, 2015. 225 с.
54. Журавель В. А. Слідчі (розшукові) дії як засоби формування доказів за чинним Кримінальним процесуальним кодексом України. *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики*. 2013. № 13. С. 22-30.
55. Моїсєєв О. М. Проблеми, пов'язані із залучення судового експерта до участі в кримінальному провадженні. *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия: Юридические науки*. 2014. № 3. С. 194-203.

56. Циганюк Ю. В., Кравчук О. В., Крушинський С. А. Процесуальний порядок залучення експерта стороною захисту у кримінальному провадженні. *Криміналістичний вісник*. 2014. № 2. С. 28-36.

57. Лукашкина Т. В. Следственный судья как субъект доказывания в уголовном производстве. *Шляхи удосконалення кримінального процесуального законодавства* : матер. регіон. кругл. столу. 19 квіт. 2013 р. Одеса : Юрид. літ., 2013. С. 57-62.

58. Гловюк І. В. Кримінально-процесуальні функції: теоретико-методологічні засади і практика реалізації : дис. ... док-ра юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2016. 602 с.

59. Гловюк І. В., Андрусенко С. В. Тимчасовий доступ до речей і документів як захід забезпечення кримінального провадження, спрямований на збирання та перевірку доказів. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 3-2. С. 293-296.

60. Завтур В. А. Особливості доказування при розгляді та вирішенні слідчим суддею та судом клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2018. 237 с.

61. Зінковський І. П. Повноваження слідчого при обранні, зміні та скасуванні заходів забезпечення кримінального провадження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2019. 281 с.

62. Кузубова Т. О. Прикладні питання тимчасового доступу до речей і документів з метою отримання зразків для експертизи. *Актуальні Проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих учених* : мат. наук.-практ. конф. 17 трав. 2016 р. Харків, 2016. С. 92-96.

63. Удалова Л. Д., Савицький Д. О., Рожнова В. В., Ільєва Т. Г. Функція судового контролю у кримінальному процесі : монографія. Київ : Центр учб. літ., 2015. 176 с.

64. Чуб А. В. Тимчасовий доступ до речей та документів як захід забезпечення кримінального провадження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2017. 221 с.

65. Макаров М. А. Судовий контроль у кримінальному процесі: теоретичні та правові основи : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2018. 495 с.
66. Шульгін С. О. Тимчасовий доступ до речей і документів: проблеми законодавчого регулювання та практичного застосування. *Підприємництво, господарство і право*. 2013. № 6. С. 140-143.
67. Романов В. О. Розгляд клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів. *Інноваційні тенденції сьогодення в сфері природничих, гуманітарних та точних наук* : мат. Міжнар. наук.-практ. конф. 17 жовт. 2017 р. Одеса : Друкарник, 2017. С. 43-45.
68. Соловійов В. О. Відібрання зразків для експертиз, що проводяться за ініціативою сторони захисту. *EUROPEAN POLITICAL AND LAW DISCOURSE*. 2021. Vol. 8. Issue 1. С. 220-225.
69. Ухвала слідчого судді Приморського районного суду м. Одеси від 03.10.2017. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69303676> (дата звернення: 16.04.2020).
70. Ухвала слідчого судді Фастівського міськрайонного суду від 25.07.2016. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/59149536> (дата звернення: 16.04.2020).
71. Ухвала слідчого судді Печерського районного суду міста Києва від 30.07.2018 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75578878> (дата звернення: 16.04.2020).
72. Соловійов В. О. Деякі проблеми правореалізації під час збирання захисником матеріалів на підставі ухвали слідчого судді. *Науково-практичний юридичний журнал «Правові горизонти»*. 2019. № 15. С. 96-100.
73. Ухвала слідчого судді Рівненського міського суду від 13.03.2013. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53579858> (дата звернення: 16.04.2020).
74. Ухвала слідчого судді Малинського районного суду Житомирської області від 10.02.2016. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/55664210> (дата звернення: 16.04.2020).

75. Гловюк І. В. Деякі питання участі адвоката в судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні: питання правової визначеності та ефективності правореалізації. *Юридичний вісник*. 2016. № 4. С. 180-190.

76. Ухвала слідчого судді Орджонікідзевського районного суду м. Маріуполя від 19.07.2017. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67830128> (дата звернення: 02.05.2020).

77. Ухвала слідчого судді Краматорського міського суду Донецької області від 09.09.2016. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/61254796> (дата звернення: 02.05.2020).

78. Ухвала слідчого судді Орджонікідзевського районного суду м. Маріуполя від 06.06.2017. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67061122> (дата звернення: 02.05.2020).

79. Ухвала слідчого судді Краматорського міського суду Донецької області від 11.08.2016. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/59768243> (дата звернення: 02.05.2020).

80. Ухвала слідчого судді Шевченківського районного суду м. Києва від 03.09.2019. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84053974> (дата звернення: 02.05.2020).

81. Ухвала слідчого судді Голосіївського районного суду міста Києва від 10.10.2019. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84857758> (дата звернення: 02.05.2020).

82. Ухвала слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 01.06.2016. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58137884> (дата звернення: 02.05.2020).

83. Ухвала слідчого судді Солом'янського районного суду м. Києва від 23.10.2018. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77427352> (дата звернення: 02.05.2020).

84. Ухвала слідчого судді Шевченківського районного суду міста Києва від 07.05.2013. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53747837> (дата звернення: 01.05.2020).

85. Ухвала слідчого судді Малиновського районного суду м. Одеси від 24.12.2015. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54776316> (дата звернення: 02.05.2020).

86. Ухвала слідчого судді Приморського районного суду м. Одеси від 22.04.2014. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38546858> (дата звернення: 02.05.2020).

87. Ухвала слідчого судді Суворовського районного суду м. Херсона від 19.06.2014. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/50884482> (дата звернення: 02.05.2020).

88. Соловійов В. О. Допустимість доказів, отриманих захисником в ході проведення обшуку згідно статті 166 КПК України. *Весняні юридичні читання-2019. Сучасні проблеми законодавства, практики його застосування та юридичної науки*: матер. Всеукр.наук.-практ. конф. (м. Вінниця, 12 квіт. 2019 р.). Вінниця, 2019. С. 209-211.

89. Дульський О. Л. Забезпечення стороною захисту дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку : дис. ... докт. філософії : 12.00.09. Київ, 2020. 275 с.

90. Погорецький М. М. Кримінальні процесуальні гарантії адвокатської таємниці у досудовому розслідуванні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2015. 238 с.

91. Ухвала слідчого судді Овруцького районного суду Житомирської області від 04.03.2019. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80253079> (дата звернення: 02.05.2020).

92. Ухвала слідчого судді Деснянського районного суду м. Києва від 21.03.2019. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80673341> (дата звернення: 02.05.2020).

93. Ухвала слідчого судді Сарненського районного суду Рівненської області від 15.01.2020. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86917636> (дата звернення: 02.05.2020).

94. Ухвала слідчого судді П'ятихатського районного суду Дніпропетровської області від 11.05.2016. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57624852> (дата звернення: 02.05.2020).
95. Ухвала слідчого судді Сєверодонецького міського суду Луганської області від 25.07.2017. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68122401> (дата звернення: 02.05.2020).
96. Ухвала слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 06.09.2017. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69524663> (дата звернення: 02.05.2020).
97. Гуртієва Л. М. Способи збирання та перевірки доказів на стадії досудового розслідування. *Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні* : мат. Всеукр. наук.-практ. інтер.-конф. 27 лист. 2013 р. Одеса : Юрид. літ., 2013. С. 248-253.
98. Арешонков В. В. Загальні засади судової експертизи за новим Кримінальним процесуальним кодексом України: порівняльно-правовий аналіз. *Митна справа*. 2012. № 6 (84). С. 162-168.
99. Гловюк І. В. Депонування показань свідка, потерпілого за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року. *Юридичний вісник*. 2014. № 6. С. 274-281.
100. Гловюк І. В. Повноваження слідчого судді із забезпечення доказів у кримінальному провадженні. *Міжнародне та вітчизняне законодавство в умовах сучасних реформаційних процесів* : Міжн. наук.-практ. конф. 26-27 лип. 2012 р. Київ, 2012. С. 91-94.
101. Конева С. И. Судебные допросы в уголовном процессе: доказательственное значение и порядок проведения : автореф. дисс. ... на приобретение науч. степени канд. юрид. наук : 12.00.09. Омск, 2013. 27 с.
102. Точилковский В. Новый УПК Украины – гибрид процессуальных моделей. *Блог В. Точилковского* : веб-сайт. URL: http://interjustice.blogspot.com/2013/02/blog-post_23.html (дата звернення: 06.05.2020).

103. Бойльке В. Уголовно-процессуальное право ФРГ : учебник. Красноярск : РУМЦ ЮО, 2004. 352 с.
104. Головненков П. В. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия : науч. практ. коммент. и пер. текста закона. 404 с.
105. Самарын В. І. Крымінальны працэс Федэратыўнай Рэспублікі Германія : папярэдняе расследаванне і папярэдні разгляд справы судом. *Юстыцыя Беларусі*. 2007. № 9 (69). С. 45-50.
106. Баганець О. «Депонування» показань на досудовому слідстві. *Юридичний вісник України*. 2013. № 23. С. 6-7.
107. Ухвала Слов'яносербського районного суду Луганської області від 29.03.2013. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30537318> (дата звернення: 07.05.2020).
108. Ухвала Зачепилівського районного суду Харківської області від 11.12.2013. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36003058> (дата звернення: 07.05.2020).
109. Ухвала слідчого судді Шевченківського районного суду м. Запоріжжя від 13.09.2013. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33526661> (дата звернення: 07.05.2020).
110. Ухвала слідчого судді Городищенського районного суду Черкаської області від 02.04.2013. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30441026> (дата звернення: 07.05.2020).
111. Ухвала Зачепилівського районного суду Харківської області від 02.10.2013. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33982028> (дата звернення: 07.05.2020).
112. Ухвала Слов'яносербського районного суду Луганської області від 28.03.2013. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30537235> (дата звернення: 07.05.2020).
113. Ухвала слідчого судді Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 21.10.2013. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34411785> (дата звернення: 07.05.2020).

114. Ухвала Летичівського районного суду Хмельницької області від 04.01.2013. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28595761> (дата звернення: 07.05.2020).

115. Аленін Ю. П. Особливості допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні. *Розкриття злочинів за новим Кримінальним процесуальним законодавством України* : мат. наук.-практ. конф. 8 лист. 2012 р. Київ, 2012. С. 11-13.

116. Ухвала слідчого судді Соснівського районного суду м. Черкаси від 19.09.2018. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76566862> (дата звернення: 05.05.2020).

117. Ухвала слідчого судді Іванківського районного суду Київської області від 25.01.2019. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79441221> (дата звернення: 05.05.2020).

118. Ковальчук С. О. Депонування речових доказів: доктринальна модель нового субінституту кримінального процесуального права. *Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування* : колективна монографія. Одеса, 2018. С. 425-442.

119. Крицкая И. А. Проверка вещественных доказательств на досудебном расследовании: некоторые спорные вопросы. *Leges et vita*. 2017. № 1. С. 91-95.

120. Крицька І. О. Доцільність поширення правового режиму депонування на речові докази під час досудового розслідування. *Актуальні питання кримінального процесу, криміналістики та судової експертизи* : мат. міжвідомч. наук.-практ. конф. 24 лист. 2017 р. Київ, 2017. Ч. 2. С. 37-40.

121. Хмельницкая Т. В. Проблемы формирования доказательств в ходе досудебного производства по уголовному делу : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Нижний Новгород, 2016. 213 с.

РОЗДІЛ 3. ПІДГОТОВКА ТА УЧАСТЬ ЗАХИСНИКА У РОЗГЛЯДІ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ КЛОПОТАНЬ ПРО ОБРАННЯ, ЗМІНУ, СКАСУВАННЯ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

3.1. Порядок прийняття рішень про заходи забезпечення кримінального провадження слідчим суддею в умовах змагальності сторін кримінального провадження

Як було вказано у першому розділі дисертації перелік фактичних обставин, сформульованих у ч. 3 ст. 132 КПК України, не орієнтований на захисника, який має право брати активну участь у застосуванні деяких видів ЗЗКП, у зв'язку з чим КПК України не зобов'язує його доводити ці обставини. Необхідність доведення обґрунтованості підозри щодо вчинення кримінального правопорушення відповідного ступеня тяжкості, виправданості потребами досудового розслідування відповідного ступеню втручання у права і свободи особи, можливості виконання необхідного завдання за допомогою застосування ЗЗКП для захисника не є характерним, адже, по-перше, суперечить вимогам принципу презумпції невинуватості, по-друге, ставить перед захисником надто високі стандарти доказування, не пропорційні його процесуальним можливостям. Водночас це не означає, що на захисників, які подають слідчим суддям відповідні клопотання, не покладається тягар доказування інших обставин, адже перелік, визначений у ч. 3 ст. 132 КПК України, не є єдиним і вичерпним, в тому числі й для захисника. Аналіз розділу II КПК України дає можливість зробити висновки про існування в окремих статтях додаткових – спеціальних обставин, що підлягають доведенню під час вирішення питань про застосування таких видів ЗЗКП слідчим суддею: щодо судового виклику (ст. 133, 134 КПК України): наявність достатніх підстав вважати, що особа може дати показання, які мають значення для кримінального провадження, або її участь у процесуальній дії є обов'язковою; щодо приводу (ст. 142 КПК України): факт здійснення виклику особи, яка зобов'язана з'явитися на виклик слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, у встановленому КПК України порядку (зокрема, якщо наявне підтвердження отримання нею повістки про виклик або ознайомлення з її змістом іншим шляхом), а також факт неявки особи без поважних

причин або неповідомлення про причини свого неприбуття; щодо грошового стягнення (ст. 146 КПК України): факт невиконання особою покладеного на неї процесуального обов'язку без поважних причин; щодо тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом (ст. 152 КПК України): наявність достатніх підстав вважати, що такий захід необхідний для припинення кримінального правопорушення чи запобігання вчиненню іншого, припинення або запобігання протиправній поведінці підозрюваного щодо перешкоджання кримінальному провадженню, забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; щодо відсторонення від посади (ст. 157 КПК України): наявність достатніх підстав вважати, що такий захід необхідний для припинення кримінального правопорушення, припинення або запобігання протиправній поведінці підозрюваного, який, перебуваючи на посаді, може знищити чи підробити речі і документи, які мають значення для досудового розслідування, незаконними засобами впливати на свідків та інших учасників кримінального провадження або протиправно перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; щодо тимчасового доступу до речей і документів (ст. 163 КПК України): наявність достатніх підстав вважати, що ці речі або документи перебувають або можуть перебувати у володінні відповідної фізичної або юридичної особи; самі по собі або в сукупності з іншими речами і документами кримінального провадження, у зв'язку з яким подається клопотання, мають суттєве значення для встановлення важливих обставин у кримінальному провадженні; не становлять собою або не включають речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю або якщо можливе використання як доказів відомостей, що містяться в речах і документах, які містять охоронювану законом таємницю, та неможливо іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів; наявність достатніх підстав вважати, що без вилучення існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів, або вилучення необхідне для досягнення мети отримання доступу до речей і документів; щодо арешту майна (ст. 173 КПК України): необхідність такого арешту, а також наявність ризиків приховування, пошкодження, псування, знищення, перетворення, відчуження відповідного майна; щодо запобіжних заходів (ст. 194 КПК України):

наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним кримінального правопорушення; наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 КПК України, і на які вказує слідчий, прокурор (ризик спроби переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; ризик спроби знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; ризик спроби незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; ризик спроб перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; ризик спроби вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, в якому підозрюється особа); недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні. Як бачимо, підстави застосування тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом та відсторонення від посади є ідентичними підставам застосування запобіжних заходів, а мета цих ЗЗКП є подібною меті запобіжних заходів. Водночас законодавець у КПК України врегулював ці два заходи окремо від запобіжних. В літературі обставини, що складають локальний предмет доказування під час вирішення питань про ЗЗКП, неодноразово піддавалися досить глибокому дослідженню [1; 2; 3; 4; 5, с. 13; 6, с. 52-74; 7, с. 10; 8, с. 53]. Незважаючи на це, необхідно зазначити, що глава 10 КПК України потребує комплексного доопрацювання, зокрема, в частині відображення особливостей локального предмету доказування усіх видів ЗЗКП, включаючи запобіжні заходи.

В рішенні ЄСПЛ у справі «Караченцев проти Росії» від 17.04.2018 р. суд наголошує, що вирішення питання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою повинно здійснюватися в умовах змагальності та забезпечення рівності сторін, при цьому сторона захисту повинна завжди мати можливість прокоментувати аргументи, висунуті обвинуваченням [9]. На наш погляд, така змагальність повинна бути умовою застосування будь-якого виду ЗЗКП, який зачіпає права підозрюваного. Слід відмітити, що прийняття рішень про ЗЗКП в умовах змагальності в широкому розумінні означає не що інше як наявність в сторін

кримінального провадження рівних прав на ініціювання застосування (обрання) ЗЗКП, їх зміни або скасування, а також можливості заперечувати проти застосування, зміни, продовження строків відповідних видів ЗЗКП, що стосуються прав підозрюваного, тим самим впливаючи на процес прийняття слідчим суддею відповідного процесуального рішення за результатами судового засідання. Для цього обидві сторони повинні мати можливості, по-перше, брати участь у розгляді слідчим суддею не тільки власних клопотань, але й клопотань протилежної сторони, а, по-друге, використовувати нарівні передбачені законом засоби під час здійснення доказування, спрямованого на прийняття рішень про застосування ЗЗКП. У випадках, коли сторона захисту є обмеженою у використанні відповідних засобів порівняно із протилежною стороною, змагальність має забезпечувати слідчий суддя, який для цього також повинен мати додаткові права, спрямовані на забезпечення його можливості активно використовувати ті чи інші засоби доказування. Водночас сторона захисту повинна мати достатній час та можливості для підготовки захисту, пов'язаного із обранням, зміною, продовженням строків ЗЗКП, що зачіпають права підозрюваного, як у випадку безпосереднього ініціювання застосування ЗЗКП, так і під час заперечень проти їх застосування за ініціативою обвинувачення. Таке право гарантовано підозрюваному у ст. 6 Конвенції та повинно бути закладено у відповідних процедурах, що врегульовані КПК України.

КПК України встановлює права слідчого, прокурора безпосередньо застосовувати деякі ЗЗКП, а також ініціювати майже усі їх види, подаючи відповідні клопотання слідчим суддям. Водночас сторона захисту на досудовому розслідуванні поки що має право ініціювати застосування (обрання) лише двох ЗЗКП: здійснення слідчим суддею виклику особи (ч. 1 ст. 134 КПК України), а також тимчасового доступу до речей і документів (ст. 160 КПК України). Як ми вказували раніше, перспективним напрямком реформування кримінального процесуального законодавства, на наш погляд, є надання стороні захисту прав на ініціювання застосування більшої кількості ЗЗКП, передбачених КПК України, а також нових ЗЗКП, потреба в яких виникає під час здійснення захисту прав підозрюваного, у зв'язку з чим в другому розділі дисертації нами були надані відповідні пропозиції.

Що стосується ініціювання стороною захисту скасування ЗЗКП, які зачіпають права підозрюваного, відповідне право в КПК України передбачено далеко не в усіх випадках. Так, відповідно до ч. 1 ст. 147 КПК України сторона захисту має право подати слідчому судді клопотання про скасування накладення грошового стягнення; згідно із ч. 3 ст. 158 КПК України може звернутись з клопотанням про скасування відсторонення від посади; на підставі ст. 174 КПК України звернутись до слідчого судді з клопотанням про скасування арешту майна; відповідно до ст. 201 КПК України подати слідчому судді клопотання про скасування додаткових обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК України. Водночас в одних випадках КПК України пов'язує наявність цього права із фактом відсутності підозрюваного, захисника під час розгляду питання про їх застосування (ч. 1 ст. 147, ч. 1 ст. 174 КПК України), в інших – надає право в будь-яких випадках ініціювати скасування ЗЗКП, довівши при цьому, що в подальшому застосуванні заходу відпала потреба або переконавши слідчого суддю в його необґрунтованому застосуванні (ч. 3 ст. 158, абз. 2 ч. 1 ст. 174 КПК України). У разі ж відсутності підозрюваного під час судового засідання з розгляду слідчим суддею клопотання про застосування ЗЗКП, копія ухвали за її результатами надсилається лише у випадках, передбачених ч. 3 ст. 146, ч. 4 ст. 152, ч. 4 ст. 157, ч. 7 ст. 173 КПК України. Такі умови в жодному разі не задовольняють потреб сторони захисту і свідчать про відсутність змагальності у вирішенні питань про ЗЗКП слідчим суддею. На наш погляд, підозрюваний та захисник повинні мати право ініціювати перед слідчим суддею питання про скасування усіх видів ЗЗКП, які зачіпають права підозрюваного, незалежно від факту їх присутності під час вирішення питання про їх застосування. Підставами скасування слідчим суддею ЗЗКП повинні бути необґрунтованість застосування ЗЗКП та відсутність потреб у подальшому їх застосуванні. Все це повинно бути відображено у загальних (змагальних) правилах застосування ЗЗКП слідчим суддею.

Єдиним передбаченим КПК України випадком можливості зміни одного ЗЗКП на інший, є встановлене статтями 200, 201 КПК України право сторін кримінального провадження на звернення до слідчого судді з клопотанням про зміну запобіжного заходу. В цьому випадку підозрюваний, захисник за наявності відповідних умов

мають право подати слідчому судді клопотання про зміну запобіжного заходу, в тому числі про скасування чи зміну додаткових обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК України, чи про зміну способу їх виконання. Вказівки на випадки та підстави зміни ЗЗКП, на наш погляд, також повинні бути врегульовані в загальних правилах застосування ЗЗКП. Крім того, загальні правила застосування ЗЗКП повинні врегульовувати й питання продовження строків їх застосування, встановивши підставами прийняття відповідних рішень доведення стороною обвинувачення факту існування обставин, які стали підставами для їх застосування, а також факту неможливості забезпечення досягнення цілей, заради яких їх було застосовано, іншими способами протягом дії попередньої ухвали.

Що стосується можливості сторони захисту заперечувати проти застосування слідчим суддею ЗЗКП, здійснюваного за клопотанням слідчого, прокурора – КПК України не містить жодної вказівки на таке право підозрюваного, захисника. Лише ч. 3 ст. 295 КПК України передбачає право підозрюваного, захисника на досудовому розслідуванні подавати слідчому, прокурору письмові заперечення проти продовження строку досудового розслідування, однак воно жодним чином не пов'язане із застосуванням ЗЗКП. Заперечення полягає у доведенні стороною захисту відсутності підстав для застосування ЗЗКП або переконанні в сумнівності їх існування, у наведенні доказів, які свідчать про відсутність фактів та обставин, що мають значення для позитивного вирішення слідчим суддею клопотання сторони обвинувачення, а також спростуванні доводів слідчого, прокурора, викладених у їх клопотанні, та таких, що наводяться безпосередньо під час розгляду клопотання в судовому засіданні. Тому важливим є не тільки встановлення в КПК України права сторони захисту заперечувати проти застосування ЗЗКП, але й визначення моменту безпосереднього подання заперечень. Так, В. А. Завтур запропонував законодавчо закріпити можливість подання підозрюваним, його захисником, законним представником до моменту розгляду клопотання по суті письмового заперечення на клопотання про застосування ЗЗКП, що, на наш погляд, є необхідною і правильною пропозицією [6, с. 138-139]. В такому випадку заперечення відіграє роль окремого процесуального документа, викладеного у письмовій формі, який відображає позицію

сторони захисту щодо питань, пов'язаних із застосуванням стосовно підозрюваного ЗЗКП. Письмові заперечення разом із долученими до них матеріалами повинні заздалегідь надаватись стороні обвинувачення, а також слідчому судді до початку судового засідання. Водночас вважаємо, що сторона захисту не повинна бути позбавлена права подавати й усні заперечення безпосередньо під час судового засідання з розгляду клопотання про застосування ЗЗКП. При цьому, такі усні заперечення не обов'язково повинні бути попередньо відображені в запереченні-документі – якщо слідчий, прокурор наводять нові, такі, що не відображені у клопотанні, факти та обставини під час обґрунтування власних доводів, сторона захисту повинна мати право навести усні контраргументи, спростовуючи доводи обвинувачення, на що вказує й аналіз практики ЄСПЛ в контексті визначення критеріїв встановлення справедливості кримінального провадження [10]. Таке усне доказування відбуватиметься в формі дебатів та є його другим видом (значенням).

Слід відмітити, що право подавати заперечення безпосередньо пов'язане із іншими, не менш важливими, правами сторони захисту, більшість з яких також залишаються неврегульованими – такими як: право брати участь в судовому засіданні з розгляду слідчим суддею клопотання протилежної сторони; право бути заздалегідь повідомленим про час та місце розгляду клопотання сторони обвинувачення; право на завчасне отримання клопотання та копій матеріалів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує його доводи; право безпосередньо подавати слідчому судді докази на підтвердження наявності чи відсутності фактів, викладених у запереченні; право на подання слідчому судді клопотання про допит будь-якої особи чи дослідження будь-яких матеріалів, що мають значення для вирішення клопотання [11, с. 102; 12, с. 183]; право на подання слідчому судді клопотання про недопущення відомостей, що містяться в матеріалах слідчого, прокурора, як доказів на обґрунтування підстав застосування ЗЗКП (у разі невідповідності їх критеріям допустимості доказів) або визнання слідчим суддею доказів недопустимими [13; 14; 15; 16; 17; 18] тощо. На наш погляд, усі, викладені вище, права сторони захисту та пов'язані з їх реалізацією питання, КПК України повинен врегульовувати в загальних правилах застосування ЗЗКП. Відповідні повноваження повинен отримати і слідчий суддя. Взагалі, сторона

захисту повинна мати право подавати заперечення не тільки проти обрання ЗЗКП, але й проти їх зміни та продовження строків, а в деяких випадках можливо й проти скасування ЗЗКП щодо інших підозрюваних у кримінальному провадженні, якщо таке скасування зачіпатиме права одного із підозрюваних відповідним чином.

Що стосується такого актуального та дискусійного питання як надання слідчому судді права визнавати докази недопустимими, вважаємо, що безсумнівно цей суб'єкт повинен мати повноваження щодо вирішення питання про недопущення матеріалів, поданих сторонами та іншими учасниками кримінального провадження, як доказів обґрунтування підстав застосування ЗЗКП. І хоча на їх наявність вказують статті 84, 86, 94, 132, 194 КПК України, на наш погляд, таке повноваження повинно бути додатково встановлено у загальних правилах вирішення питань про ЗЗКП. Слідчий суддя повинен мати право вирішувати це питання під час розгляду клопотання за власною ініціативою або за клопотанням сторін та інших учасників кримінального провадження. На нашу думку, здійснення такого повноваження не буде означати визнання слідчим суддею матеріалів недопустимими доказами та, як наслідок, неможливість подальшого використання цих доказів у суді, у зв'язку з чим аргументи проти надання слідчому судді цих повноважень вичерпають свою актуальність. Слідчий суддя, відповідно до ст. 94 КПК України оцінивши показання та інші матеріали з точки зору їх допустимості, належності та достовірності, вирішуватиме питання про можливість використання їх в якості доказів на підтвердження наявності чи відсутності підстав прийняття відповідного процесуального рішення. Погоджуємось, що в разі завчасного не ознайомлення протилежної сторони із клопотанням та доданими до нього матеріалами, відповідні показання, речі, документи, висновки експертів, на які посилаються сторони, не можуть бути використані слідчим суддею як докази фактичних обставин, що мають значення для прийняття рішення про ЗЗКП [6, с. 118-119]. Таке повноваження за своєю природою є схожим на передбачене ч. 12 ст. 290 КПК України правило, згідно якого суд повинен не допустити як докази відомості, що містяться в матеріалах сторін, які не були відкриті протилежній стороні в порядку ст. 290 КПК України. В цьому випадку недопущення матеріалів в якості доказів також не означає визнання їх

недопустимими, у зв'язку з чим, на нашу думку, на цій підставі судом не може бути застосовано правило «плодів отруйного дерева». Згодні, що для реалізації покладеного на слідчого суддю обов'язку із винесення законної, обґрунтованої та мотивованої ухвали про застосування ЗЗКП його повноваження видаються недостатніми [19, с. 310]. У зв'язку з чим, погоджуємось з необхідністю розширення процесуальних можливостей слідчого судді, пов'язаних із перевіркою доказів на предмет допустимості, належності, достовірності під час розгляду та вирішення клопотань про застосування ЗЗКП, зокрема, із наданням слідчому судді права відкладати та переносити судовий розгляд клопотання про ЗЗКП, покладаючи, за необхідності, у деяких випадках на підозрюваного один або декілька обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК України [6, с. 119; 20, с. 151]. Також, вважаємо, що доцільним в цьому контексті було б надання слідчому судді права, відкладаючи судові засідання у зв'язку з необхідністю встановлення нових фактичних обставин, самостійно проводити необхідні процесуальні (слідчі (розшукові)) дії, в тому числі витребувати необхідні речі, документи, інформацію, а також доручати їх проведення уповноваженим суб'єктам. Передусім таке повноваження пов'язане із забезпеченням слідчим суддею змагальності під час вирішення питань про ЗЗКП, у зв'язку із обмеженістю сторони захисту у засобах доказування порівняно із протилежною стороною. Надання слідчому судді відповідних повноважень здійснюватиметься в рамках впровадження інституту «favor defensionis» у процес вирішення слідчим суддею питань про ЗЗКП. Погоджуємось, що за загальним правилом подання слідчому судді доказів сторонами кримінального провадження повинно здійснюватися до початку розгляду клопотання по суті разом із безпосереднім поданням клопотання або заперечення [6, с. 106, 139]. Водночас сторона захисту, будучи обмеженою у засобах збирання доказів порівняно зі стороною обвинувачення, на наш погляд, повинна мати право подати докази не тільки до, але й під час розгляду слідчим суддею клопотання про ЗЗКП, адже з моменту подання клопотання або заперечення остання може зібрати нові матеріали, що мають значення для прийняття слідчим суддею рішення про ЗЗКП. Відповідно слідчий суддя не повинен мати й права на недопущення в якості доказів матеріалів сторони захисту на підставі

завчасного їх ненадання стороні обвинувачення, якщо такі матеріали були зібрані стороною захисту після надання їх слідчому, прокурору або після подання слідчому судді клопотання або заперечення і не були долучені до них. У зв'язку з викладеним вище, погоджуємось з І. В. Гловюк про необхідність оновлення ст. 132 КПК України та пропонуємо викласти її у відповідній редакції [21, с. 87-92] (**Додаток А, п. 26**). Крім того, ст. 22 КПК України також потребує вдосконалення (**Додаток А, п. 27**).

На підставі викладеного вище можна вести мову про існування двох загальних напрямків участі захисника в застосуванні ЗЗКП слідчим суддею: 1) ініціювання розгляду питань про застосування (обрання, зміну, скасування) ЗЗКП у передбачених КПК України випадках, під час здійснення якого захисник несе тягар доказування обставин, на які посилається в клопотанні та які складають локальний предмет доказування; 2) заперечення проти застосування слідчим суддею (обрання, зміни, продовження строків) ЗЗКП, здійснюваного за клопотанням сторони обвинувачення, під час якого на захисника не покладений тягар доказування [22, с. 89].

3.2. Ініціювання захисником розгляду питань про заходи забезпечення кримінального провадження

Як було вказано у попередньому питанні, прийняття рішень про ЗЗКП в умовах змагальності в широкому розумінні означає не що інше як наявність в обох сторін кримінального провадження рівних прав на ініціювання обрання, зміни або скасування ЗЗКП. Водночас перспективним є надання стороні захисту прав на ініціювання більшої кількості ЗЗКП, передбачених КПК України, а також, за потреби, прав на ініціювання застосування нових ЗЗКП.

На відміну від слідчого, прокурора захисник на досудовому розслідуванні має право ініціювати застосування (обрання) лише двох ЗЗКП: здійснення слідчим суддею виклику особи (ч. 1 ст. 134 КПК України), а також тимчасового доступу до речей і документів (ст. 160 КПК України). На наш погляд, сторона захисту у разі внесення запропонованих нами у другому розділі дисертації законодавчих змін також повинна мати право ініціювати накладення слідчим суддею арешту на майно з метою забезпечення зібраних речей, документів як доказів [23, с. 18]. Крім того, у разі

віднесення інституту депонування слідчим суддею доказів (показань, речей, документів) до ЗЗКП, захисник зможе брати активну участь в ініціюванні застосування відповідних заходів.

Також, можливим було б надання захиснику права ініціювати перед слідчим суддею здійснення приводу осіб, адже слідчий суддя згідно із ч. 2 ст. 139 КПК України не зобов'язаний виносити ухвалу про привід у разі неявки без поважних причин особи, яка викликалась за клопотанням підозрюваного, захисника [23, с. 18]. Відповідно до ч. 2 ст. 140 КПК України таке рішення слідчий суддя може прийняти за клопотанням слідчого, прокурора або з власної ініціативи. Водночас під час судового провадження обвинувачений та захисник мають право ініціювати перед судом застосування цього ЗЗКП.

Закріплення права сторони захисту ініціювати перед слідчим суддею накладення на суб'єктів кримінального провадження грошового стягнення (у разі невиконання покладених на них обов'язків), на наш погляд, також було б раціональним та виправданим [23, с. 18]. Адже існуюча ситуація є дещо несправедливою. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд у разі невиконання учасниками кримінального провадження покладених на них обов'язків мають право впливати на їх виконання у такий спосіб. Водночас якщо слідчий, прокурор, інші суб'єкти не виконують покладені на них обов'язки, пов'язані із процесуальними потребами захисника, останній позбавлений права впливати на ситуацію шляхом ініціювання накладення на них грошового стягнення. Будучи обмеженим процесуально, коли багато питань, пов'язаних із здійсненням захисту, залежать від протилежної сторони та інших суб'єктів, захисник вкрай потребує механізмів, здатних вплинути на виконання слідчим, прокурором, іншими суб'єктами (свідком, потерпілим, експертом, спеціалістом, іншими підозрюваними та їх захисниками, а можливо і самими слідчим суддею та судом тощо) покладених на них процесуальних обов'язків, у зв'язку із чим надання захиснику можливості використовувати цей механізм вирішило б багато проблемних питань, виникаючих у діяльності сторони захисту на стадії досудового розслідування.

Особливістю запобіжних заходів як виду ЗЗКП є можливість їх зміни з суворіших на більш м'які та навпаки з найм'якіших на більш суворіші. Для інших видів ЗЗКП КПК України не передбачає такої можливості. На нашу думку, через схожість мети та правової природи таких ЗЗКП як відсторонення від посади та тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом із запобіжними заходами, можливим було б їх введення у систему запобіжних заходів. Як наслідок, будучи запобіжними заходами, вони могли б змінюватися слідчим суддею на інші їх види, в тому числі за клопотанням сторони захисту [23, с. 19]. Наразі ж захисник має право на підставі ст. 201 КПК України ініціювати перед слідчим суддею зміну одного запобіжного заходу на інший, в тому числі клопотати про зміну додаткових обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК України, чи про зміну способу їх виконання. При цьому, таке клопотання повинно подаватись не раніше тридцяти днів з дня постановлення попередньої ухвали про застосування, зміну або відмову у зміні запобіжного заходу, якщо у ньому не зазначені нові обставини, які не розглядалися слідчим суддею, інакше останній має право залишити клопотання без розгляду.

З приводу ініціювання захисником скасування ЗЗКП, актуальною залишається позиція, наведена нами у попередньому питанні. На наше переконання, сторона захисту повинна мати право звертатися до слідчого судді з клопотанням про скасування усіх видів ЗЗКП, які зачіпають права підозрюваного, а не тільки у випадках, передбачених статтями 147, 158, 174 та 201 (в частині скасування додаткових обов'язків) КПК України, довівши слідчому судді в порядку, передбаченому ст. 132 КПК України, необґрунтованість застосування ЗЗКП та відсутність потреб у подальшому їх застосуванні [23, с. 19].

Механізм ініціювання захисником обрання, зміни, скасування ЗЗКП, на наш погляд, у всіх цих випадках є однаковим та складається з таких етапів: 1) прийняття рішення про необхідність ініціювання застосування ЗЗКП; 2) підготовка до подання клопотання, яка включає збір необхідних матеріалів та безпосереднє складання клопотання; 3) подання клопотання та ознайомлення з ним протилежної сторони; 4) розгляд клопотання слідчим суддею.

На відміну від діяльності захисника із заперечення проти застосування ЗЗКП, ініціювання їх обрання, зміни, скасування характеризується наявністю в нього більшої кількості часу на збір матеріалів та підготовку клопотання, що є дуже важливою перевагою такої діяльності. В другому розділі дисертації нами було розглянуто, що захисник для підготовки клопотання про ЗЗКП має право збирати необхідні матеріали (які під час подання їх слідчому судді стануть доказами) двома шляхами: самостійно або за допомогою слідчого судді. Розглядаючи строки збирання захисником доказів у різні способи, пропонуючи їх загальні визначення, ми не дарма акцентували увагу на можливості встановлення й спеціальних, більш стислих, строків, які повинні бути адаптовані до мети збирання та подальшого використання доказів, що обумовлює потребу в терміновості їх одержання. Така можливість насамперед пов'язана із правом сторони захисту мати час і можливості для підготовки свого захисту, визначеного у п. (3) в ст. 6 Конвенції. Про обов'язковість справедливості процедури збирання доказів вказує й аналіз практики ЄСПЛ, здійснений авторами в посібнику із застосування статті 6 Конвенції [10]. На нашу думку, право підозрюваного, передбачене в п. (3) в ст. 6 Конвенції, характеризується двома аспектами: **об'єктивним та суб'єктивним**. Тобто, для того, щоб кримінальне провадження здійснювалося справедливо в КПК України повинні бути встановлені такі процедури, які надають підозрюваному (захиснику) можливість в кожних окремих випадках, у зв'язку із якими виникають потреби у здійсненні захисту, підготувати свій захист належним чином, маючи при цьому достатній час та можливості, передбачені законодавством (об'єктивний аспект). Найголовнішу, на наш погляд, роль в забезпеченні реалізації цього права повинні відігравати встановлені законодавством справедливі процедури збирання стороною захисту доказів, адаптовані під мету їх збирання та підготовки захисту взагалі. У зв'язку з цим, процедури збирання доказів, визначені в КПК України для сторони захисту, потребують пристосування під особливі випадки, що викликають потреби у здійсненні захисту. За таких умов КПК України повинен встановлювати дві процедури збирання доказів, як це передбачено у ч. 3 ст. 122 КПК Республіки Казахстан: **загальну та спеціальну**, яка, зокрема, характеризуватиметься

спеціальними, більш стислими, строками одержання підозрюваним, захисником матеріалів [24]. Водночас право мати час та можливості для підготовки захисту характеризується й іншим – суб'єктивним аспектом, який, на наш погляд, полягає у необхідності реалізації суб'єктами, які здійснюють кримінальне провадження (дізнавачем, слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом), своїх дискреційних повноважень, не порушуючи та не обмежуючи при цьому право сторони захисту, передбачене п. (3) б ст. 6 Конвенції, а в деяких випадках навіть сприяючи його забезпеченню. Суб'єктивний аспект цього права в більшості випадків повинен реалізовуватись коли слідчий, прокурор, слідчий суддя мають неконкретизовані КПК України строки для прийняття процесуальних рішень або здійснення процесуальних дій – тобто коли в них є можливість самостійно визначати більш оперативні строки їх здійснення та прийняття. Крім того, на необхідність застосування спеціальних, більш стислих, строків здійснення процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень, спрямованих на підготовку захисту, пов'язаного із вирішенням питань про ЗЗКП, вказує принцип розумності строків, передбачений ст. 28 КПК України, відповідно до якого під час кримінального провадження кожна процесуальна дія або процесуальне рішення повинні бути виконані або прийняті у строки, що є об'єктивно необхідними для їх виконання та прийняття (розумні строки), які не можуть перевищувати передбачені КПК України строки виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень. Проведення досудового розслідування в розумні строки в частині строків розгляду питань, віднесених до його компетенції, забезпечує слідчий суддя. При цьому, складовою одного з критеріїв визначення розумності строків є специфіка процесуальної дії, яка, на наш погляд, в деяких випадках може полягати у виключній меті збирання стороною захисту доказів. Відповідно ж до ч. 6 ст. 28 КПК України сторона захисту має право на звернення до слідчого судді з клопотанням, в якому викладаються обставини, що обумовлюють необхідність здійснення кримінального провадження (або окремих процесуальних дій) у більш короткі строки, ніж ті, що передбачені КПК України. Отже, вимоги принципу розумності строків, встановлені ст. 28 КПК України, прямо вказують на доцільність та обґрунтованість впровадження спеціальної процедури збирання

стороною захисту доказів, у зв'язку із здійсненням захисту, пов'язаного із вирішенням слідчим суддею питань про ЗЗКП.

Приймаючи рішення про необхідність ініціювання обрання (застосування) ЗЗКП, захисник не є обмеженим строками, адже самостійно вирішує коли саме подати слідчому судді відповідне клопотання, тому в класичному випадку матиме достатній час на збір матеріалів, необхідних для підготовки клопотання. Однак, під час розгляду клопотання може з'ясуватись, що зібраних захисником матеріалів виявляється недостатньо для прийняття слідчим суддею рішення про обрання ЗЗКП. Відповідно до ч. 5 ст. 132 КПК України у запропонованій нами редакції слідчий суддя матиме право відкладати судові засідання, при цьому здійснюючи самостійне збирання доказів, необхідних для вирішення клопотання захисника. Вважаємо, що в разі встановлення слідчим суддею під час розгляду клопотання захисника про ЗЗКП відсутності достатньої кількості доказів, необхідних для прийняття рішення про їх обрання (застосування), слідчий суддя, не відмовляючи в задоволенні клопотання, повинен мати право відкласти судові засідання, зібравши необхідні докази або доручивши їх збирання уповноваженим суб'єктам, призначивши при цьому судові засідання на іншу дату. Така процедура буде забезпечувати більш оперативне задоволення потреб захисника, пов'язаних із здійсненням захисту, тим самим впроваджуючи правила інституту «*favor defensionis*» в процес прийняття слідчим суддею рішень про ЗЗКП.

Відмінною в цьому контексті є процедура ініціювання захисником зміни запобіжних заходів, адже сторона захисту, вже будучи обмеженою та вимушеною здійснювати захист, спрямований на відновлення тимчасово обмежених прав, заінтересована у якнайшвидшій зміні запобіжного заходу, обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК України та встановлених слідчим суддею, які обмежують права підозрюваного, а також способу їх виконання з суворіших на більш м'які. При цьому, право на звернення з клопотанням про зміну ЗЗКП відповідно до ст. 201 КПК України безпосередньо пов'язане із необхідністю оперативного збирання захисником та подання слідчому судді матеріалів, що підтверджують наявність чи відсутність фактів, які свідчать на користь підозрюваного, та як наслідок доведення перед

слідчим суддею обставин-підстав для зміни запобіжних заходів, додаткових обов'язків або способу їх виконання. Такі обставини обов'язково повинні бути новими і не розглянутими слідчим суддею раніше – під час обрання, зміни запобіжного заходу. В іншому випадку, слідчий суддя, отримавши клопотання захисника, подане раніше тридцяти днів з дня постановлення попередньої ухвали про застосування, зміну або відмову у зміні запобіжного заходу, встановивши відсутність нових обставин, має право залишити його без розгляду. На підставі викладеного, стверджуємо, що під час ініціювання зміни ЗЗКП сторона захисту потребує можливості застосування спеціальної процедури збирання доказів у більш стислі строки, ніж це передбачено для загальних випадків. Особливо важливою така потреба є під час клопотання захисником про зміну запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Це ж стосується і ініціювання захисником скасування ЗЗКП, які обмежують права підозрюваного, а особливо запобіжних заходів. На нашу думку, захисник повинен мати право ініціювати перед слідчим суддею скасування ЗЗКП за таких же умов, які передбачені ст. 201 КПК України для зміни ЗЗКП. Головною вимогою для можливості звернення захисником до слідчого судді має бути обов'язковість подання слідчому судді нових доказів, що підтверджують наявність чи відсутність нових обставин, які свідчать про необґрунтованість застосування ЗЗКП та відсутність потреб у подальшому їх застосуванні. Вважаємо, що доцільним є викладення ст. 201 КПК України в такій назві: «Стаття 201. Клопотання сторони захисту про зміну, скасування запобіжного заходу», додавши до її змісту випадки та підстави скасування запобіжних заходів та додаткових обов'язків, покладених слідчим суддею на підозрюваного.

У зв'язку з викладеним, з метою забезпечення можливості сторони захисту реалізувати право, передбачене п. (3) б ст. 6 Конвенції, пов'язане із ініціюванням зміни та скасування ЗЗКП, які стосуються прав підозрюваного, а також задля дотримання принципу розумності строків перспективним було б встановлення в КПК України спеціальних строків процедур витребування (наприклад, 72 години); проведення експертиз; депонування доказів; тимчасового доступу тощо. Корисним було б здійснення уніфікації випадків надання слідчим суддею доручень про

проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій, а також наділення слідчого судді певною дискрецією, пов'язаною із можливістю самостійно встановлювати строки проведення процесуальних дій в залежності від потреб захисника. При цьому, слідчий суддя повинен мати право за власною ініціативою або за клопотанням захисника збирати необхідні для прийняття рішення докази, відклавши судові засідання та перенісши його на іншу дату.

Водночас забезпечення можливості реалізації стороною захисту права, передбаченого п. (3) б ст. 6 Конвенції, пов'язаного із застосуванням справедливої процедури збирання доказів, особливої актуальності набуває під час здійснення захисником діяльності із заперечення проти обрання, зміни, продовження строків ЗЗКП, ініційованих слідчим, прокурором. Причиною цього є регламентована КПК України значна стислість (обмеженість) строків процедур обрання, зміни, продовження ЗЗКП, а особливо обрання та зміни запобіжних заходів. Викладене вище в тому числі свідчить про потребу дослідження діяльності захисника з заперечення проти застосування ЗЗКП в окремому питанні цієї наукової роботи.

3.3. Захисник як суб'єкт заперечення доводів сторони обвинувачення під час обрання, зміни, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження

Діяльність захисника із заперечення проти обрання, зміни, продовження строків ЗЗКП слідчим суддею, здійснюваного за клопотанням слідчого, прокурора, є однією із найважливіших складових здійснення захисту на досудовому розслідуванні. Така діяльність є специфічною та характеризується низкою особливостей, пов'язаних із її сутністю та правовою природою. Запропонована нами раніше оновлена редакція ст. 132 КПК України серед іншого покликана врегулювати загальну процедуру здійснення діяльності із заперечень доводів протилежної сторони, пов'язаних із обранням, зміною, продовженням ЗЗКП, що безпосередньо стосуються підозрюваного. В загальному вигляді така концепція представляє собою закріплення в КПК України права сторін кримінального провадження: заздалегідь отримувати копії клопотань щодо обрання, зміни, скасування, продовження ЗЗКП та доданих до

них матеріалів; завчасно бути повідомленими про час та місце розгляду слідчим суддею відповідних клопотань; готувати письмові заперечення на клопотання протилежної сторони, заздалегідь надавши їх відповідним суб'єктам; брати активну участь у доказуванні під час розгляду слідчим суддею клопотань про ЗЗКП в судовому засіданні. Крім того, слідчого суддю пропонується наділити повноваженнями із недопущення матеріалів сторін як доказів в обґрунтування постановлення відповідних ухвал, а також правом відкладення та перенесення судового засідання, у зв'язку із необхідністю встановлення додаткових фактичних обставин, надавши можливість за власною ініціативою або за клопотанням сторони захисту проводити необхідні процесуальні (слідчі (розшукові)) дії, спрямовані на збирання необхідних доказів, а також доручати їх проведення уповноваженим суб'єктам. В якості гарантії діяльності захисника, останньому пропонується надати право подавати додаткові докази, зібрані після моменту вручення копій заперечень та матеріалів протилежній стороні, в тому числі безпосередньо під час судового засідання, які не можуть бути недопущені слідчим суддею в якості доказів наявності чи відсутності підстав для прийняття відповідного процесуального рішення на підставі заздалегідь нездійсненого їх вручення слідчому, прокурору.

Механізм заперечення захисником проти обрання, зміни, продовження строків ЗЗКП, на наш погляд, в усіх цих випадках є однаковим та складається з таких етапів: 1) отримання копій клопотання та матеріалів слідчого, прокурора про обрання, зміну, продовження строків ЗЗКП; 2) підготовка заперечень, яка включає терміновий збір необхідних матеріалів та безпосереднє складання заперечень; 3) надання копій заперечень та доданих матеріалів слідчому, прокурору та подання їх слідчому судді; 4) розгляд клопотання слідчим суддею.

Перший етап відіграє ключову роль в належній підготовці сторони захисту до судового засідання з вирішення питань про ЗЗКП слідчим суддею, адже завчасна обізнаність здатна значно збільшити строки такої підготовки. Так, загальними правилами вирішення питань про ЗЗКП запропоновано зобов'язати сторони заздалегідь надавати одна одній клопотання (з матеріалами) про ЗЗКП. Водночас в кожному окремому випадку КПК України повинен встановлювати конкретні строки

такого надання. Наразі, КПК України у статтях 184, 200, 201 встановлює обов'язок сторін не пізніше ніж за три години до початку розгляду клопотань про застосування, зміну запобіжних заходів (в тому числі про скасування чи зміну додаткових обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК України, а також про зміну способу їх виконання) надати копії таких клопотань та доданих до них матеріалів протилежній стороні. Такий граничний строк для сторони захисту є занадто стислим та завідомо несправедливим, адже в жодному разі не надає можливості належним чином підготувати свій захист, пов'язаний із застосуванням до підозрюваного запобіжних заходів. Зважаючи на обвинувальний ухил діяльності та інтересів слідчого, прокурора, надання захисту копії клопотання і матеріалів рівно за три години до початку засідання не викликає великих сумнівів. Як ми вказували в попередніх роботах, існування такого строку свідчить про порушення права підозрюваного, передбаченого п. (3) б ст. 6 Конвенції, а крім того і принципу розумності строків [25]. У статтях 150, 153, 155, 158 КПК України взагалі не визначає строків надання копій клопотань про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом та відсторонення від посади (в тому числі продовження їх строків та скасування) та доданих матеріалів захиснику, а лише зазначає про наявність обов'язку слідчого, прокурора підтвердити слідчому судді факт надання клопотань захисникові, додавши до нього підтверджуючі документи. Така ситуація є недопустимою та потребує виправлення, у зв'язку з чим її проблематичність підіймається в роботах деяких науковців [6, с. 118-119; 26, с. 130; 27, с. 91; 28, с. 146]. Водночас для кожного ЗЗКП такий строк може суттєво відрізнятись з огляду на відмінність терміновості вирішення питань усіх видів ЗЗКП. Так, для запобіжних заходів такий строк повинен бути більшим за інші, у зв'язку із тим, що процедури їх застосування є найтерміновішими з усіх видів ЗЗКП і обраховуються годинами. З огляду на викладене, вважаємо, що строк надання клопотання та матеріалів, що обґрунтовують його сутність, для запобіжних заходів, а також тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом та відсторонення від посади повинен становити щонайменше 24 години, адже, як ми вже вказували раніше, підготовка у тригодинний строк обґрунтованих заперечень, підкріплених наявністю відповідних матеріалів, для

захисника фізично не є можливою [25, с. 387] (**Додаток А, п. 28**). Що стосується інших видів ЗЗКП, які безпосередньо обмежують права підозрюваного, на наш погляд, строк надання копій клопотання та матеріалів також повинен становити 24 години, однак не до розгляду, а до подання клопотання слідчому судді. В таких випадках, на відміну від застосування запобіжного заходу після затримання, розгляд слідчим суддею клопотання може відбуватися протягом декількох (двох або трьох) днів після його подання, тому зворотній відлік часу повинен здійснюватися не від моменту розгляду клопотання слідчим суддею (адже такий момент в цих випадках достеменно не відомий – слідчий суддя самостійно вирішує питання оперативності розгляду клопотання), а від моменту подання слідчим, прокурором клопотання слідчому судді. Сторона обвинувачення, склавши клопотання, перед подачею його слідчому судді, надає його копію стороні захисту, яка підтверджує факт та час його отримання особистим підписом або у інший спосіб (у разі впровадження в кримінальний процес України повноцінної «e-Case management system» [29, с. 673] або технічної здатності інформаційно-телекомунікаційної системи досудового розслідування, запровадженої ст. 106-1 КПК України, забезпечити відповідні процеси), а на наступний день (через 24 години) подає клопотання слідчому судді, який протягом декількох днів призначає судові засідання.

Другим етапом є підготовка заперечень, яка включає терміновий збір необхідних матеріалів та безпосереднє їх складання. Цей етап є найскладнішим у механізмі заперечення захисником проти обрання, зміни, продовження строків ЗЗКП. Одержавши копії клопотання та матеріалів від слідчого, прокурора, сторона захисту отримує можливість розпочати збирання конкретних доказів, необхідних для спростування кожного доводу сторони обвинувачення, викладеного в клопотанні. Даний етап характеризується значною часовою обмеженістю у збиранні необхідних доказів, пов'язаною із короткостроковістю процедур розгляду клопотань про ЗЗКП, а особливо запобіжних заходів, пов'язаних із попереднім затриманням особи. На цьому етапі сторона захисту, як ніколи, потребує застосування спеціальної процедури збирання доказів в терміновому порядку, адже на відміну від діяльності з ініціювання вирішення питань про ЗЗКП, є більш обмеженою у строках збирання необхідних

доказів. На жаль, КПК України не врегульовує таку процедуру, адаптовану до підготовки захисту, пов'язаного із застосуванням ЗЗКП. За умови внесення запропонованих нами вище законодавчих змін, в разі одержання копій клопотання та матеріалів за 24 години до подачі їх слідчим, прокурором слідчому судді, захисник отримає можливість зібрати необхідні докази у термін від 24 до 96 годин (а в середньому до 48-72 годин, якщо слідчий суддя максимально не відстрочить судові засідання). Це ж стосується і підготовки захисту проти зміни та обрання запобіжного заходу, не пов'язаного із затриманням, адже відповідно до ст. 186 КПК України такі клопотання розглядаються слідчими суддями невідкладно, але не пізніше 72 годин з моменту надходження до суду, якщо підозрюваний перебуває на свободі. В вищевказаних випадках захисник повинен мати достатній час та можливості для підготовки захисту в середній термін від 48 до 72 годин, у зв'язку з чим потребує застосування спеціальної процедури збирання доказів, запропонованої нами вище під час дослідження діяльності захисника з ініціювання обрання, зміни, продовження строків ЗЗКП. Водночас така процедура повинна бути дещо відкоригована з урахуванням більш стислих строків підготовки до розгляду клопотань сторони обвинувачення про ЗЗКП: витребування речей, документів, інформації за запитом захисника повинно відбуватися в строк не більше 48 годин з моменту його отримання; проведення експертиз (в тому числі експрес-експертиз) на замовлення захисника або за дорученням слідчого судді повинно здійснюватися максимально терміново; під час розгляду клопотань захисника про доручення на проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій слідчий суддя повинен оцінювати та задовольняти потреби захисту в одержанні матеріалів у максимально стислі строки, тим самим сприяючи та забезпечуючи змагальність процедури збирання доказів. Сукупні строки проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій разом з вирішенням слідчим суддею клопотання не повинні перевищувати 48-72 годин в залежності від специфіки процесуальної дії, щодо проведення якої подано клопотання. Це ж стосується і процедури депонування слідчим суддею показань, речей, документів як доказів за клопотанням захисника. Лише в такому разі сторона захисту матиме змогу реалізувати передбачене Конвенцією право мати час та можливості для підготовки

свого захисту, пов'язаного із обранням, зміною, продовженням строків деяких видів ЗЗКП.

Абсолютно іншою є ситуація під час підготовки захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу, здійснюваного безпосередньо після затримання, коли особа, будучи затриманою за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення в порядку статей 207, 208 КПК України або на підставі ухвали слідчого судді (статті 188-191 КПК України), в тому числі будучи попередньо оголошеною в міжнародний розшук (ч. 6 ст. 192 КПК України), коли до підозрюваного вже обрано один із запобіжних заходів, але за його відсутності. В таких випадках сукупні строки підготовки захисту, пов'язаного із обранням запобіжного заходу, є ще більш стислими, ніж в попередньо розглянутих випадках, а сторона захисту є більш обмеженою у можливості належним чином підготувати власний захист. Так, під час затримання особи в порядку статей 207, 208 КПК України максимальний строк підготовки захисту становить 72 години. Натомість, у випадках затримання на підставі ухвали слідчого судді, передбачених статтями 188-191 та ч. 6 ст. 192 КПК України максимальні строки для підготовки захисту є ще меншими, адже зводяться до 36 та 48 годин. В такому разі вести мову про достатній час та можливість для підготовки захисту навіть в запропонованих нами вище умовах дуже складно, адже фактично захисник повинен мати можливість збирати докази у строки, що не перевищують 24-36 годин з моменту затримання особи. В деяких роботах ми вже наголошували на існуванні такої проблеми, розглядаючи її на прикладі процесу підготовки захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу безпосередньо після його затримання без ухвали слідчого судді [25]. Для наглядної демонстрації існуючої проблеми в рамках дисертаційного дослідження розглянемо етапи підготовки захисту підозрюваного проти обрання запобіжного заходу, здійснюваного після затримання особи без ухвали слідчого судді.

Перший етап підготовки починається з моменту затримання особи і триває до моменту повідомлення особі про підозру. Часовий проміжок його складає до 24 годин. Цей етап характеризується неможливістю затриманої особи належним чином готуватись до свого захисту з причини обмеження її волі, а тому саме на

даному етапі повинен бути залучений захисник. Саме на цьому етапі повинно бути почате кримінальне провадження. Другий етап підготовки триває з моменту повідомлення особі про підозру до моменту доставлення до слідчого судді для розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу. Часовий проміжок цього етапу становить до 36 годин. На даному етапі затриманому вручається письмове повідомлення про підозру, яке, на відміну від протоколу затримання, дає більш змістовну інформацію для скерування підготовки захисту у необхідних напрямках. Незважаючи на вказівку, що затримана особа не пізніше 60 годин з моменту затримання повинна лише бути доставлена до суду для розгляду клопотання, вважаємо, що клопотання також повинно бути подано не пізніше 60 годин, положенням про що необхідно доповнити КПК України. Третій етап підготовки починається з моменту доставлення до слідчого судді для розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу та закінчується моментом винесення слідчим суддею ухвали про запобіжний захід. Третій етап складає до 12 годин, які (без урахування запровадження можливості відкладати судові засідання) необхідні слідчому судді для призначення засідання, розгляду клопотання та прийняття процесуального рішення. Як бачимо, юридично захисник має приблизно від 60 до 72 годин для підготовки захисту проти обрання запобіжного заходу щодо підозрюваного слідчим суддею, при цьому з 72 годин останні 12 годин відведені для засідання. Фактично ж дані часові проміжки можуть зменшуватись, а разом з ними буде зменшуватись і час для підготовки. Нагадаємо, що у випадках, передбачених статтями 188-191 та ч. 6 ст. 192 КПК України, максимальні строки для підготовки захисту є ще меншими, адже зводяться до 36 та 48 годин, а етапи підготовки захисту є більш скороченими, у зв'язку із тим, що не потребують здійснення повідомлення особи про підозру протягом 24 годин з моменту затримання.

Для більш глибокого розуміння існуючої проблеми проаналізуємо які можливості має захисник для підготовки захисту, пов'язаного із обранням запобіжного заходу, в умовах затримання особи за підозрою у вчиненні злочину без ухвали слідчого судді. На наш погляд, підготовка захисту здійснюється в двох основних напрямках: 1) отримання інформації від слідчого, прокурора, адже захист

повинен бути обізнаним про сутність підозри, про підґрунтя для застосування запобіжного заходу, про усі аргументи та доводи сторони обвинувачення; 2) збирання матеріалів, які за своєю сутністю є контраргументами проти тверджень сторони обвинувачення, здатних повністю або частково спростувати доводи та побудовану на них позицію слідчого, прокурора або будь-яким чином покращити стан підозрюваного. Основними засобами першого напрямку підготовки є надання слідчим, прокурором захиснику доступу до матеріалів кримінального провадження, а також копій клопотання про обрання запобіжного заходу та матеріалів, що підтверджують його сутність. Обов'язок надання захиснику за його клопотанням матеріалів досудового розслідування для ознайомлення встановлений ст. 221 КПК України. Однак, проблема в тому, що для реалізації цього права КПК України створює завідомо несправедливі умови, через що захист не може реалізувати своє право, передбачене п. (3) б ст. 6 Конвенції. Клопотання захисника про надання матеріалів для ознайомлення розглядається в порядку ст. 220 КПК України, адже спеціальної процедури, адаптованої до підготовки захисту проти обрання запобіжного заходу, кодекс не передбачає. Згідно зі ст. 220 КПК України слідчий, прокурор зобов'язані розглянути таке клопотання в строк не більше трьох днів з моменту подання, тобто закон дозволяє стороні обвинувачення обмежити право підозрюваного на достатній час для підготовки свого захисту, надаючи змогу задовольнити клопотання на третій день. На нашу думку, виправити цей недолік необхідно шляхом внесення до ст. 221 КПК України доповнень, встановивши, що в разі звернення сторони захисту з клопотанням про ознайомлення з матеріалами досудового розслідування для підготовки свого захисту, пов'язаного з обранням запобіжного заходу, слідчий, прокурор зобов'язані задовольнити клопотання та надати доступ до відповідних матеріалів не пізніше 12 годин з моменту його отримання (**Додаток А, п. 29**). Схожа за метою позиція підтримується і деякими вченими, які вважають, що слідчий, прокурор повинен невідкладно надавати захиснику доступ до матеріалів кримінального провадження, якими обґрунтовується клопотання про застосування запобіжного заходу [26, с. 138-139]. Однак, така пропозиція, на жаль, не вирішить досліджуваної нами проблеми, адже невідкладний

доступ пропонується надавати не до всіх матеріалів кримінального провадження, а лише до тих, які захисник в будь-якому разі отримує від слідчого, прокурора разом із копією клопотання в порядку, передбаченому ч. 2 ст. 184 КПК України. Надання ж копій клопотання та доданих до нього матеріалів, як ми вказували раніше, повинно здійснюватися не за три, а за 24 години до початку його розгляду. Тоді їх вручення буде відбуватись не пізніше 12 годин з моменту повідомлення про підозру, і слідчий, прокурор повинні будуть підлаштовувати час своєї підготовки до обвинувачення (в тому числі складання та погодження самого клопотання) під вимоги принципу змагальності. Якщо слідчий суддя встановить невиконання слідчим, прокурором такого обов'язку, на підставі ч. 8 ст. 132 КПК України у запропонованій нами редакції він повинен буде повернути клопотання стороні обвинувачення, про що постановить відповідну ухвалу. В разі ж часткового порушення слідчим, прокурором цієї вимоги, яке полягатиме у ненаданні копій усіх матеріалів, що підтверджують сутність клопотання, за редакцією ст. 132 КПК України, запропонованою нами, слідчий суддя матиме право не допустити їх в якості доказів під час прийняття рішення відносно клопотання про обрання запобіжного заходу. Що стосується другого напрямку підготовки захисту, а саме збирання матеріалів, які за своєю сутністю є контраргументами проти тверджень сторони обвинувачення, здатних повністю або частково спростувати доводи та побудовану на них позицію слідчого, прокурора або будь-яким чином покращити стан підозрюваного, змушені знов констатувати відсутність в КПК України, а також в іншому кримінальному процесуальному законодавстві справедливих процедур, адаптованих до кінцевої мети здійснюваної захисником діяльності з підготовки захисту проти застосування до підозрюваного запобіжного заходу. В цих випадках кримінальне процесуальне законодавство України також порушує положення міжнародного договору, який є частиною національного законодавства, в частині перешкоджання підозрюваному в реалізації його права мати час та можливості для підготовки свого захисту, передбаченого п. (3) б ст. 6 Конвенції, а також принцип розумності строків, передбачений національним законодавством.

Як ми вказували раніше, об'єктивний аспект цього права, на нашу думку, полягає у необхідності відповідності національного законодавства, регулюючого процедури підготовки захисту підозрюваним та обвинуваченим, положенням ст. 6 Конвенції. Такий аспект частково втілений в КПК Республіки Казахстан, який у ч. 3 ст. 122 передбачає загальну та спеціальну процедуру збирання стороною захисту доказів. Так, за цією нормою загальний строк витребування стороною захисту матеріалів становить 10 діб, при цьому спеціальний строк, пов'язаний із підготовкою захисту проти обрання до підозрюваного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, становить 24 години.

Справа в тому, що час, протягом якого захисник має можливість зібрати необхідні матеріали (докази) за чинним законодавством України, ніяк не співвідноситься із часом, який є в його розпорядженні від моменту затримання особи до моменту розгляду слідчим суддею клопотання про обрання запобіжного заходу. В найкращому випадку підготовка може тривати приблизно 60-72 години. Однак в деяких випадках навіть і це неможливо, адже КПК України прямо встановлює строки здійснення відповідних процедур протягом 36-48 годин. Незважаючи на те, що з моменту затримання особа набуває статусу підозрюваного (ч. 1 ст. 42 КПК України), на момент затримання особи «на місці злочину» у більшості випадків кримінальне провадження ще не є відкритим, а тому затримана особа, будучи фактично в умовах обмеження або позбавлення волі, не може розпочати здійснювати свій захист самостійно, витребуючи необхідні матеріали або звертаючись із відповідними клопотаннями в ще не розпочатому кримінальному провадженні. Наведене також безпосередньо пов'язане із проблемою несвоєчасного повідомлення центрів з надання безоплатної правової допомоги про затримання осіб, яка може бути вирішена шляхом впровадження у кримінальний процес України повноцінної «e-Case management system» та встановленням обов'язку відповідних службових осіб безпосередньо після затримання вносити відомості про затриману особу в електронну систему, за допомогою якої могло б здійснюватися автоматичне повідомлення центрів з надання безоплатної правової допомоги [29, с. 673]. Ця проблема також може бути вирішеною у разі здійснення належного нормативного та технічного

забезпечення роботи системи, запровадженої ст. 106-1 КПК України. В разі ж залучення адвоката в момент затримання, якщо кримінальне провадження не є відкритим, останній зможе почати збирати відповідні матеріали, використовуючи при цьому адвокатський запит, строк відповіді на який становить п'ять робочих днів з дня отримання, що значно перевищує необхідний для підготовки час та не дає можливості готувати захист належним чином. Також, адвокат зможе збирати матеріали шляхом безпосереднього їх здобуття та іншими не забороненими способами у випадках, наведених нами у другому розділі дисертації. Нагадаємо, що гарантією допустимості зібраних адвокатом матеріалів до офіційного набуття ним статусу захисника слугуватиме запропонована нами редакція ч. 1 ст. 93 КПК України (**Додаток А, п. 7**). З моменту ж відкриття кримінального провадження сторона захисту отримує набагато більше процесуальних можливостей: матеріали можуть збиратися шляхом їх витребування, отримання, безпосереднього здобуття, іншими не забороненими КПК України способами, самостійного залучення експерта на договірних умовах, а також за допомогою слідчого судді шляхом надання за клопотанням захисника доручень та дозволів про термінове проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій уповноваженим суб'єктам, а також безпосереднім депонуванням слідчим суддею доказів сторони захисту. За таких умов захисник матиме достатні можливості для підготовки захисту, однак не час, адже строки збирання матеріалів у способи, перелічені вище, також суттєво перевищують часові проміжки, закладені КПК України для процедури обрання запобіжного заходу після затримання особи.

З метою приведення національного законодавства у відповідність до Конвенції та недопущення її порушення, а також забезпечення відповідності його тлумаченню, викладеному у справі № 11/1984/83/130 «*Can v. Austria*», КПК України та Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», на наше переконання, потребують внесення змін та доповнень в частині закріплення спеціальної процедури збирання доказів підозрюваним та захисником (адвокатом), у зв'язку з підготовкою захисту, пов'язаного із обранням запобіжних заходів після затримання особи [25, с. 388-389]. На підставі викладеного, в КПК України необхідно передбачити, що надання речей, документів, інформації за запитом сторони захисту, поданим у зв'язку

із підготовкою захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу після його затримання, повинно здійснюватися в строк не більше 24 годин з моменту його отримання [30, с. 182] (**Додаток А, п. 30**). В Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» строк надання матеріалів у відповідь на адвокатський запит, поданий у зв'язку із підготовкою захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу після його затримання, повинен становити 24 години з моменту його отримання, що цілком підтримується науковцями [26, с. 196]. Крім того, в КПК України та інших актах кримінального процесуального законодавства слід встановити максимально стислі строки для проведення експертиз (в тому числі експрес-експертиз), здійснюваних на замовлення сторони захисту або за дорученням слідчого судді, наданим за її клопотанням. Також, в КПК України необхідним було б передбачити обов'язок слідчого судді негайно розглядати клопотання сторони захисту про доручення проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій, подані у зв'язку із підготовкою захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу після його затримання. Під час розгляду таких клопотань слідчий суддя, оцінюючи потребу в терміновому одержанні матеріалів, повинен сприяти стороні захисту, доручаючи проведення слідчих (розшукових) дій у максимально стислі терміни, а також зобов'язуючи відповідних осіб терміново надати необхідні речі, документи, інформацію на підставі ухвали про їх витребування захиснику. Сукупні строки проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій разом з вирішенням слідчим суддею клопотань не повинні перевищувати 24-48 годин в залежності від специфіки процесуальної дії. Це ж стосується і процедури депонування слідчим суддею показань, речей, документів як доказів за клопотанням захисника.

Іншим, необхідним та безпосередньо пов'язаним із запровадженням спеціальної процедури збирання доказів, питанням є підтвердження захисником підстави для термінового збирання доказів, необхідних для підготовки захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу після його затримання. З одного боку, таким підтвердженням могло б стати долучення до запитів, клопотань, інших документів копій клопотань слідчого, прокурора про обрання запобіжного

заходу, наданого стороні захисту не пізніше 24 годин до моменту розгляду клопотання слідчим суддею. Однак за 24 години захисник матиме мінімальні шанси підготувати захист належним чином. У зв'язку з цим, на наш погляд, в КПК України необхідно встановити обов'язок слідчого, прокурора не пізніше трьох годин з моменту повідомлення про підозру вручити стороні захисту письмове повідомлення про намір звернення з клопотанням про обрання запобіжного заходу, яке, по-перше, забезпечить можливість підтвердити виключність підстав термінового збирання матеріалів, а, по-друге, надасть захиснику більш справедливий та достатній час для підготовки захисту шляхом збирання необхідних матеріалів, який дорівнюватиме приблизно 45 годинам за умови максимального відстрочення слідчим суддею розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу [25, с. 388-389] **(Додаток А, п. 31)**. Вимоги до письмового повідомлення про намір звернення з клопотанням про обрання запобіжного заходу як до процесуального документа слідчого, прокурора можливо було б встановити в окремій статті глави 18 КПК України.

Наступним, не менш важливим, етапом механізму заперечення захисником проти обрання, зміни, продовження строків ЗЗКП є надання копій заперечень та доданих матеріалів слідчому, прокурору та подання їх слідчому судді. Таке надання згідно із ч. 7 ст. 132 КПК України у запропонованій нами редакції повинно здійснюватися заздалегідь. КПК України у ч. 2 ст. 201 встановлює, що копії клопотання захисника про зміну запобіжного заходу та доданих до нього матеріалів повинні надаватись слідчому, прокурору не пізніше ніж за 3 години до початку розгляду клопотання. Вважаємо справедливою таку вимогу в контексті застосування її підозрюваним, захисником до сторони обвинувачення. Обґрунтованість такої позиції підтверджує аналіз процесу підготовки захисту, наведений нами вище, який свідчить про загальну перспективу остаточної фактичної підготовки заперечень захисту (разом з отриманими матеріалами) саме за декілька годин до початку розгляду клопотання. Водночас в разі зібрання усіх необхідних матеріалів та підготовки заперечень більш оперативним чином, захисник матиме змогу надати протилежній стороні їх копії й раніше, ніж за 3 години до початку розгляду

клопотання. З огляду на те, що одержати необхідні матеріали захисник може безпосередньо перед або під час судового засідання, принциповим є незастосування до таких матеріалів правила щодо недопущення їх слідчим суддею в якості доказів, передбаченого ч. 12 ст. 132 КПК України у запропонованій редакції. Надавши слідчому, прокурору копії клопотання та матеріалів, захисник до початку його розгляду повинен подати їх оригінали безпосередньо слідчому судді. Разом з поданням слідчому судді цих оригіналів захисник повинен підтвердити факт завчасного надання їх копій протилежній стороні. На наш погляд, таким підтвердженням повинен бути особистий розпис слідчого, прокурора про факт та час надання йому відповідних копій, який може проставлятися або в окремому документі – розписці про їх отримання або безпосередньо в самому запереченні. Відповідна процедура могла б здійснюватися й шляхом використання електронних цифрових підписів у разі належного нормативного та технічного забезпечення роботи системи, запровадженої ст. 106-1 КПК України.

Останнім, вирішальним етапом механізму заперечення захисником проти обрання, зміни, продовження строків ЗЗКП є безпосередній розгляд клопотання слідчим суддею. Такий розгляд повинен здійснюватися в змагальному судовому засіданні, з активним використанням слідчим суддею повноважень, наданих для забезпечення змагальності процесу, а також правильного вирішення клопотання та винесення законної та обґрунтованої ухвали за результатами його розгляду, з дотриманням вимог щодо прийняття процесуальних рішень в кримінальному провадженні.

Загальні правила застосування ЗЗКП, передбачені ст. 132 КПК України, не врегульовують змагальності такої процедури. Лише ч. 4 цієї статті передбачає, що під час розгляду питання про застосування ЗЗКП сторони кримінального провадження повинні подати слідчому судді докази обставин, на які вони посилаються. Крім того, статті 151, 156, 172, 193 КПК України встановлюють право слідчого судді під час розгляду клопотань про застосування деяких видів ЗЗКП за клопотанням сторін кримінального провадження або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення клопотання.

Зміст ч. 2 ст. 193 КПК України також свідчить про наявність в сторони захисту прав під час розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу давати пояснення щодо будь-яких обставин затримання та тримання під вартою, досліджувати речові докази, документи, показання, на які посилається прокурор, та надавати речі, документи, показання інших осіб на спростування доводів прокурора, заявляти клопотання про виклик і допит свідків, показання яких можуть мати значення для вирішення клопотання. Водночас для забезпечення змагальності процедури розгляду слідчим суддею клопотань про ЗЗКП наявність лише цих прав є недостатньою. У зв'язку з цим, ст. 132 КПК України в запропонованій редакції покликана врегулювати загальні правила розгляду слідчим суддею клопотань про ЗЗКП, спрямовані на забезпечення змагальності цієї процедури. Так, ч. 4 запропонованої статті встановлено право сторін кримінального провадження на рівних умовах брати участь в розгляді клопотань про ЗЗКП. Ч. 5 запропоновано надати стороні захисту виключне право безпосередньо під час розгляду клопотань подавати слідчим суддям додаткові матеріали, що обґрунтовують доводи захисту. Також, слідчий суддя за клопотанням сторін або за власною ініціативою повинен буде заслухати (допитати) будь-яку особу чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення клопотання. Насамперед ця вимога пов'язана із обов'язком доказування, який покладений на слідчого суддю згідно із статтями 17, 84, 86, 94 КПК України. Прохання сторін про допит відповідних осіб повинно міститись в клопотанні про ЗЗКП, а також в запереченні на нього. Водночас якщо під час судового розгляду клопотання слідчий суддя з'ясує необхідність в додатковому встановленні фактичних обставин, які мають значення для правильного його вирішення (обставини, які зумовлюють необхідність допиту інших осіб, а також дослідження інших матеріалів), він своєю ухвалою матиме право відкласти та перенести судове засідання на іншу дату, доручивши проведення процесуальної (слідчої (розшукової)) дії уповноваженому суб'єкту або самостійно провівши необхідну процесуальну (слідчу (розшукову)) дію, в тому числі витребування речей, документів, інформації. У разі ж, якщо за браком часу на збирання доказів сторона захисту буде позбавлена відповідних матеріалів, здатних підтвердити слідчому судді обставини, що мають значення для вирішення

клопотання, захисник матиме право під час судового засідання заявити слідчому судді клопотання про доручення проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій уповноваженим суб'єктам або самостійне їх проведення слідчим суддею. В такому разі, слідчий суддя, задовольнивши клопотання захисту, також матиме право відкласти судові засідання і доручити проведення процесуальних дій іншим суб'єктам або самостійно провести їх у випадках, передбачених КПК України. Відкладаючи судові засідання, слідчий суддя матиме право покласти на підозрюваного один або декілька обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК України, з метою тимчасового запобігання ризикам настання негативних наслідків.

Відповідно до ч. 10 запропонованої статті розгляд клопотань про ЗЗКП здійснюватиметься слідчим суддею із обов'язковим забезпеченням принципу змагальності. Це означає, що під час розгляду клопотань про ЗЗКП сторони кримінального провадження матимуть право здійснювати доказування шляхом висунення усних тверджень та заперечень про наявність або відсутність фактичних обставин, що мають значення для вирішення питань про ЗЗКП, слідчий суддя при цьому буде зобов'язаний забезпечити рівні можливості для аргументування доводів усім учасникам розгляду клопотань, а також для спростування доводів протилежної сторони. Крім того, сторони матимуть право ставити питання особам, допитуваним за клопотанням протилежної сторони, та брати участь у дослідженні матеріалів, представлених протилежною стороною, та заявляти клопотання про недопущення в якості доказів показань та матеріалів, поданих протилежною стороною. Останнє право сторін має дуже важливе значення, у зв'язку з чим в ч. 12 запропонованої статті передбачено, що під час прийняття рішень про ЗЗКП слідчий суддя за власною ініціативою або за клопотанням сторін повинен не допустити в якості доказів будь-які показання та матеріали, безпосередньо зібрані слідчим суддею під час судового засідання, а також матеріали, що подаються в обґрунтування клопотань, заперечень сторін кримінального провадження, якщо вони не відповідають критеріям належності, допустимості, достовірності, а також у випадку встановлення завчасного ненадання клопотань, заперечень та доданих до них матеріалів відповідним особам, крім випадків, передбачених КПК України. Недопущення слідчим суддею в якості

доказів відповідних показань та матеріалів не означатиме визнання їх недопустимими доказами. Встановлення недопустимості доказів здійснюватиметься судом у стадії судового розгляду, слідчий суддя, виконуючи вимоги, передбачені ч. 3 ст. 17, ч. 2 ст. 86, ч. 1 ст. 94 КПК України, лише не допускати в якості доказів для прийняття процесуального рішення матеріали, зібрані з порушенням передбаченого КПК України порядку або такі, що прямо чи непрямо не підтверджують наявності чи відсутності обставин, що мають будь-яке значення для вирішення клопотання. Єдиний виняток з цього правила, на наш погляд, повинно становити допущення в якості доказів матеріалів сторони захисту та інших учасників кримінального провадження, які через обмеженість у часі для підготовки захисту завчасно не були надані стороні обвинувачення, якщо вони були зібрані після їх надання слідчому, прокурору або після подання клопотання або заперечення слідчому судді. Що стосується перевірки слідчим суддею обґрунтованості підозри, погоджуємось, що така перевірка не повинна бути формальною та зводиться до встановлення дотримання правил вручення особі повідомлення про підозру – слідчі судді під час перевірки обґрунтованості підозри мають обов'язково вирішувати як питання права, так і питання факту [15]. Крім того, на це вказує й вимога ч. 3 ст. 17 КПК України, відповідно до якої підозра не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом. Тому в разі встановлення слідчим суддею невідповідності ознакам допустимості, належності, достатності доказів, що обґрунтовують підозру, а також інших доказів, що містяться в клопотанні сторони обвинувачення, слідчий суддя зобов'язаний встановити необґрунтованість підозри, не допустити такі докази на обґрунтування процесуального рішення та відмовити в задоволенні клопотання. Як ми вказували в першому розділі дисертації, «неспроможність» належним чином виконувати повноваження, пов'язані із прийняттям законних, обґрунтованих ухвал про ЗЗКП шляхом дослідження доказів з точки зору їх допустимості, належності, достовірності, слідчі судді пояснюють відсутністю відповідних повноважень, наданих КПК України та спрямованих на забезпечення можливості збирати, перевіряти та оцінювати докази під час прийняття процесуальних рішень [15]. Запропонована нами процедура вирішення слідчим суддею питань про ЗЗКП здатна

повністю вирішити цю проблему, адже за умови внесення усіх запропонованих нами законодавчих змін слідчий суддя матиме достатньо можливостей для здійснення збирання, перевірки та оцінки доказів як в судовому засіданні, так і поза його межами. Водночас доцільним є також доповнення статей 92, 93 КПК України вказівкою про слідчого суддю як суб'єкта, на якого покладено обов'язок доказування та який здійснює збирання доказів у передбачені КПК України способи [13] **(Додаток А, п. 32)**. На наш погляд, лише в таких умовах слідчий суддя матиме можливість прийняти законне, обґрунтоване рішення про ЗЗКП в умовах змагальності. Водночас в разі незгоди захисника з ухвалою про ЗЗКП, останній відповідно до частин 15, 16 ст. 132 КПК України (у запропонованій редакції) матиме право оскаржити її у випадках та в порядку, передбачених КПК України. Вважаємо, що запропонована нами концепція в цілому здатна забезпечити змагальну та справедливую процедуру прийняття рішень про ЗЗКП, а також реалізацію стороною захисту права мати час та можливості для підготовки захисту, передбаченого п. (3) б ст. 6 Конвенції.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ ДО РОЗДІЛУ 3

1. Гловюк І. В. Доказування при розгляді слідчим суддею клопотання про застосування тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом. *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія Право*. 2012. № 12. С. 360-363.
2. Гловюк І. В., Андрусенко С. В. Тимчасовий доступ до речей і документів як захід забезпечення кримінального провадження, спрямований на збирання та перевірку доказів. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 3-2. С. 293-296.
3. Гловюк І. В. Сторона обвинувачення як суб'єкт доказування при вирішенні питання про арешт майна. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 3. С. 18-25.
4. Мартинців А. М. Порядок розгляду та вирішення слідчим суддею клопотання слідчого, прокурора про накладення грошового стягнення. *Наше право*. 2015. № 2. С. 102-108.
5. Тищенко О. І. Запобіжний захід у вигляді взяття під варту: проблеми обрання та оскарження в досудовому провадженні по кримінальній справі : монографія. Харків : Фінн, 2008. 176 с.
6. Завтур В. А. Особливості доказування при розгляді та вирішенні слідчим суддею та судом клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2018. 237 с.
7. Дерев'янка М. І. Гарантії прав і свобод особи під час застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2015. 20 с.
8. Чорнобук В. І. Законність та обґрунтованість процесуальних рішень судді в порядку судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу : монографія. Харків : Право, 2008. 184 с.
9. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Караченцев проти Росії» від 17.04.2018. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182227> (дата звернення: 24.05.2020).

10. Дроздов О. М., Дроздова О. В. Посібник зі статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод – право на справедливий суд (кримінально-процесуальний аспект). *Протокол: юридичний інтернет-ресурс*: веб-сайт. URL: https://protocol.ua/ua/posibnik_zi_statti_6_konventsii_pro_zahist_prav_lyudini_i_oshnovopolognih_svobod/ (дата звернення: 24.05.2020).
11. Гловюк І. В. Окремі аспекти доказування при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження слідчим суддею. *Право України*. 2014. № 10. С. 97-105.
12. Говорун Д. М. Активність слідчого судді у застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження як засіб реалізації принципу публічності. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 179-184.
13. Гловюк І. В. Слідчий суддя у кримінально-процесуальному доказуванні. *Часопис Академії адвокатури України*. 2013. № 3. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2013_3_8 (дата звернення: 24.05.2020).
14. Стоянов М. М. Щодо питання визнання доказів недопустимими під час розгляду слідчим суддею клопотання про застосування запобіжних заходів. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства*: мат. Всеукр. наук.-практ. конф. 21 квіт. 2017 р. Одеса: Юрид. літ., 2017. С. 158-159.
15. Гловюк І. В., Жовтан Ю. В., Пономаренко Д. В. Перевірка слідчим суддею обґрунтованості підозри як засіб протидії необґрунтованому кримінальному переслідуванню. *Національна асоціація адвокатів України*: веб-сайт. URL: <https://unba.org.ua/publications/print/5251-perevirka-slidchim-suddeyu-obuntovanosti-pidozri-yak-zasib-protidii-neobuntovanomu-kriminal-nomu-peresliduvannnyu.html> (дата звернення: 25.05.2020).
16. Завтур В. А. Деякі питання визнання доказів недопустимими при вирішенні слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Теоретичні аспекти організації досудового розслідування*: мат. Всеукр. наук.-практ. конф. 4 груд. 2015 р. Харків, 2015. С. 411-414.

17. Міщенко С. М. Слідчий суддя як суб'єкт реалізації судового контролю під час здійснення досудового розслідування: окремі аспекти. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2012. № 6 (9). С. 88-96.
18. Басай Н. М. Визнання доказів недопустимими в кримінальному процесі України: підстави, процесуальний порядок і правові наслідки : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2012. 20 с.
19. Гловюк І. В. Кримінально-процесуальні функції: теоретико-методологічні засади і практика реалізації : дис. ... док-ра юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2016. 602 с.
20. Завтур В. А. Допустимість доказів під час розгляду та вирішення слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2016. № 41. Т. 2. С. 148-151.
21. Гловюк І. В. Загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження: питання системності. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2017. № 12. С. 87-92.
22. Гловюк І. В. Презумпції й тягар доказування у розгляді слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 84-89.
23. Соловйов В. О. Ініціювання стороною захисту застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Бюлетень Асоціації адвокатів України*. 2020. № 2 (45). С. 18-19.
24. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан : закон от 04.07.2014 г. № 231-V. URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31575852 (дата звернення: 26.05.2020).
25. Соловйов В. О. Право підозрюваного мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту, пов'язаного з обранням запобіжного заходу. *Правове життя сучасної України: матер. Міжнар.наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.)*. Т. 2. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2019. С. 385-389.

26. Гунченко О. В. Діяльність захисника при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Кривий Ріг, 2019. 242 с.
27. Ахундова А. А. Захист прав підозрюваного у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2013. 228 с.
28. Винокуров О. В. Захист прав підозрюваного при затриманні та застосуванні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2019. 257 с.
29. Соловйов В. О. Перехід до електронної форми кримінального провадження: переваги для захисника. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє*: мат. VIII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 лист. 2018 р.). Одеса: Вид. дім «Гельветика», 2018. С. 671-674.
30. Соловйов В. О. Загальна та спеціальна процедури збирання матеріалів стороною захисту на стадії досудового розслідування. *Актуальні проблеми діяльності органів досудового розслідування*: матер. Всеукр.наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 07 черв. 2019 р.). Дніпро, 2019. С. 179-183.

ВИСНОВКИ

Сучасне доказування слід розглядати в двох його значеннях як діяльність, що здійснюють обидві сторони та інші учасники кримінального провадження незалежно від покладення обов'язку доказування на відповідного суб'єкта, яка завжди спрямована на забезпечення прийняття процесуальних рішень у кримінальному провадженні: остаточних, кінцевих, проміжних та локальних.

Під час досудового розслідування сторона захисту здійснює доказування з метою прийняття на її користь різних видів процесуальних рішень. Будучи обмеженими у правових засобах порівняно із протилежною стороною, підозрюваний та захисник наділені комплексом повноважень, які складають процедуру збирання стороною захисту доказів на досудовому розслідуванні. Надання більшості з таких повноважень є наміром законодавця впровадити змагальність у кримінальне провадження з прийняттям КПК України. Водночас передбачена на сьогоднішній день процедура збирання доказів, по-перше, є недосконалою з причини неналежного врегулювання більшості з її елементів, що ставить під сумнів використання зібраних матеріалів як допустимих доказів, по-друге, є загальною, адже не адаптована під різні випадки, у зв'язку із якими виникає потреба готувати захист, а налаштована виключно на класичний випадок підготовки захисту від обвинувачення по суті, який в подальшому здійснюватиметься під час судового розгляду з метою прийняття остаточного процесуального рішення.

Не менш важливим напрямком процесуальної діяльності сторони захисту є доказування при підготовці захисту, необхідного у зв'язку із застосуванням до підозрюваного різних видів ЗЗКП слідчим суддею, яке здійснюється безпосередньо у досудовій стадії з метою прийняття локальних процесуальних рішень. Таке доказування має суттєві особливості, головна з яких пов'язана із значною часовою обмеженістю процедур вирішення слідчим суддею питань про ЗЗКП відносно підозрюваного, а особливо питань про застосування запобіжних заходів, що зумовлює необхідність готувати захист у вкрай стислі терміни. Водночас чинна процедура збирання доказів не здатна забезпечити можливість реалізувати право на захист у зв'язку із застосуванням до підозрюваного ЗЗКП слідчим суддею, адже не

передбачає спеціальних строків, повноважень та окремих процедур, адаптованих до мети здійснення захисту, та не відповідає принципам справедливості, змагальності, розумності строків кримінального провадження. Крім того, прописана законодавцем в КПК України процедура збирання доказів стороною захисту порушує об'єктивний аспект права підозрюваного мати час та можливості для підготовки свого захисту, передбаченого п. (3) б ст. 6 Конвенції. Все це зумовлює: необхідність представлення нової концепції участі сторони захисту в доказуванні на досудовому розслідуванні, яка диференціює загальний та спеціальні порядки здійснення доказування, а також потребу у розробленні та впровадженні концепції доказування, що здійснюється захисником у зв'язку із застосуванням до підозрюваного ЗЗКП слідчим суддею. Розроблення та впровадження таких концепцій безпосередньо пов'язане із необхідністю нормативного вдосконалення положень, що регулюють процедури збирання захисником доказів на досудовому розслідуванні.

Так, готуючи захист, пов'язаний із вирішенням слідчим суддею питань про застосування ЗЗКП до підозрюваного, захисник має право збирати докази на досудовій стадії, що перетворюються з матеріалів в момент розгляду їх слідчим суддею. Збирання здійснюється самостійно або за допомогою слідчого судді, який уповноважений надавати допомогу в одержанні необхідних доказів. Гарантією діяльності осіб до набуття ними процесуального статусу сторони захисту запропоновано вважати «презумпцію дотримання порядку збирання доказів», що пропонується врегулювати в ч. 1 ст. 93 КПК України.

Самостійне збирання доказів захисником становлять випадки їх витребування, отримання, збирання за допомогою інших законних способів, а також залучення експерта для проведення експертизи. Об'єктами витребування та отримання обґрунтовано вважати речі, документи, а також інформацію. Процедура витребування речей, документів, інформації потребує вдосконалення в частині визначення письмового запиту її універсальною формою, встановлення загального строку витребування – п'ять робочих днів, а також спеціального строку – 24 годин, у зв'язку з підготовкою захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу, розширення списку осіб, зобов'язаних надавати докази підозрюваному та

захиснику. Крім того, необхідно встановити адміністративну відповідальність за невиконання письмового запиту у встановлені строки.

Запропоновано більш широкий підхід до розуміння отримання як окремого способу збирання доказів захисником шляхом висвітлення неklasичних його випадків. Обґрунтовано можливість повернення в КПК України окремої норми, що встановлює право будь-яких осіб подавати докази, а також встановлення обов'язку сторони обвинувачення негайно повідомляти та надавати захиснику зібрані докази, які можуть вказувати на невинуватість особи. Доведено існування альтернативних способів збирання захисником доказів, а саме: шляхом безпосереднього здобуття речей, документів, інформації; шляхом замовлення необхідних послуг; шляхом застосування технічних засобів фіксування процесуальних дій. Наголошено на можливості в перспективі здійснювати відібрання зразків для експертизи способами витребування, отримання, замовлення відповідних медичних послуг.

Обґрунтовано необхідність надання захиснику права ініціювати накладення слідчим суддею арешту на майно, зібране у способи, передбачені ст. 93 КПК України. У зв'язку з цим, висунуті пропозиції по вдосконаленню інституту арешту майна в частині закріплення нових прав сторони захисту, а також встановлення можливості накладати арешт з метою збереження будь-яких доказів.

Розглянуто проблемні моменти самостійного залучення захисником експерта для проведення експертизи, у зв'язку з чим запропоновано здійснити нормативне розмежування форм залучення експерта шляхом внесення змін до ст. 243 КПК України, а також приведення актів законодавства в цій сфері у відповідність між собою.

Збиранням доказів за допомогою слідчого судді пропонується вважати тимчасовий доступ до речей, документів, проведення обшуку на підставі ст. 166 КПК України, залучення слідчим суддею експерта для проведення експертизи, в тому числі судово-психіатричної, відібрання зразків для експертизи, проведення слідчим суддею допиту на підставі ст. 225 КПК України. Доведено особливу важливість цієї форми збирання для підготовки захисту, пов'язаного із застосуванням до підозрюваного ЗЗКП.

Розглянуто три форми тимчасового доступу: ознайомлення (копіювання), вилучення речей, документів, надання інформації. Сформульовано новий перелік підстав для застосування тимчасового доступу. Запропоновано: загальний строк розгляду клопотання про тимчасовий доступ – три робочих днів, а також спеціальний – не більше 24 годин у зв'язку із підготовкою захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу; загальний строк ознайомлення (копіювання), вилучення речей, документів – три робочих днів, підготовки та надання інформації – п'ять робочих днів; спеціальний строк надання тимчасового доступу (у зв'язку із підготовкою захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу) – 24 години, а у виняткових випадках – негайно. Розглянуто особливості вирішення клопотання захисника про тимчасовий доступ до речей, документів як зразків для експертизи. Встановлено важливість та необхідність доведення слідчому судді обґрунтованості ризиків знищення або пошкодження речей, документів під час проведення судової експертизи. Виявлено особливості вирішення слідчим суддею питання про надання дозволу на вилучення оригіналів документів стороні захисту. Перелік речей і документів, до яких заборонено доступ, запропоновано доповнити будь-якими матеріалами, що зібрані стороною захисту як докази у кримінальному провадженні (з урахуванням відповідних винятків). Розглянуті варіанти врегулювання порядку та строків повернення речей, документів захисником.

Розглянуто проблеми ініціювання та проведення обшуку за клопотанням захисника. Норми, передбачені статтями 234-236 КПК України, запропоновано доопрацювати в частині доповнення випадком проведення обшуку за клопотанням захисника. Вдосконалено процедуру проведення обшуку та передачі матеріалів захиснику. Запропоновано гарантію неможливості визнання зібраних захисником доказів недопустимими на підставі допущених слідчим, прокурором під час обшуку порушень процедури.

Проаналізовані проблеми залучення слідчим суддею експерта для проведення експертизи за клопотанням захисника. Запропоновано скорочення загального строку розгляду слідчим суддею клопотання до трьох днів. Наголошено на необхідності встановлення спеціальних, більш стислих строків вирішення клопотань у зв'язку із

підготовкою захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу. Сформульовано необхідність удосконалення вимог до клопотання захисника та ухвали слідчого судді, в тому числі в частині приведення у відповідність до інших актів законодавства в сфері експертизи. Відмічена доцільність врегулювання процедури вирішення слідчими суддями клопотань захисників про призначення судово-психіатричних експертиз в порядку ст. 244 КПК України з особливостями, передбаченими ст. 509 КПК України.

Виявлено прогалини регулювання порядків відібрання зразків для експертизи за клопотанням захисника. Підтримано наділення захисника правом незалежно від добровільності надання біологічних зразків одразу звертатися до слідчого судді з клопотанням про їх відібрання, а також покладення на слідчого, прокурора обов'язку передачі відібраних за ухвалою слідчого судді зразків захиснику, в результаті чого запропоновано окремий порядок розгляду клопотання про відібрання біологічних зразків для експертизи. Доведено необхідність вдосконалення процедури вирішення клопотання захисника про відібрання зразків для експертизи з речей, документів в частині впровадження змішаного порядку, властивого як для тимчасового доступу, так і для встановленого ст. 244 КПК України. Розглянуто доцільність та можливість введення окремого порядку надання слідчим суддею дозволу на знищення, пошкодження речей, документів у зв'язку із виникненням такої потреби безпосередньо під час проведення експертизи.

З'ясовано недосконалість процедури вирішення слідчим суддею питання про проведення допиту свідка, потерпілого на підставі ст. 225 КПК України. Сформульовано пропозиції по врегулюванню негайної передачі одержаних в результаті допиту матеріалів захиснику. Запропоновано загальний строк для вирішення слідчим суддею клопотання про допит – три дні, а для проведення допиту – 24 години з моменту задоволення, а також спеціальний строк вирішення клопотання та проведення допиту у зв'язку із підготовкою захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу – негайно. Наголошено на потребі унормування вимог до відповідного клопотання захисника та порядку його розгляду слідчим

суддею, як і вимог до змісту ухвали. Розглянуто можливість проведення слідчим суддею за клопотанням захисника допиту підозрюваного, експерта.

Виявлено потребу: впровадження у КПК України процедури депонування слідчим суддею речей, документів, зібраних захисником, порядку збереження зразка речового доказу як окремої процесуальної дії, що проводиться слідчим, прокурором, а також слідчим суддею за клопотанням сторони захисту; врегулювання окремого порядку вирішення слідчим суддею питання про збереження зразка речового доказу захисту; унормування вирішення слідчим суддею питання про депонування доказів захисника під час надання дозволу на знищення, пошкодження їх як об'єктів експертизи. Розглянуто можливість депонування за клопотанням захисника речей або місць, що знаходяться в загальному доступі або доступ до яких обмежений (за умови існування ризику подальшої неможливості безпосереднього їх дослідження судом). Запропоновано порядок такого депонування. Зроблено висновок про необхідність віднесення наведених випадків депонування доказів до інституту ЗЗКП.

За результатами дослідження двох шляхів збирання доказів захисником виокремлено загальну та спеціальну процедури збирання доказів стороною захисту, головними відмінностями яких є підстави застосування, строки та наявність окремих елементів відповідних процесуальних дій. Підтвердженням права на застосування спеціальної процедури запропоновано вважати письмове повідомлення про намір звернення з клопотанням про обрання запобіжного заходу, яке слідчий, прокурор будуть зобов'язані протягом трьох годин з моменту повідомлення про підозру вручити захиснику. Підтвердженням процесуального статусу запропоновано вважати довідку, яку сторона обвинувачення зобов'язана буде невідкладно після отримання клопотання надати стороні захисту. В рамках впровадження «favor defensionis» сформульовано пропозицію по наданню стороні захисту права в порядку ст. 220 КПК України клопотати про прийняття процесуальних рішень відповідними суб'єктами.

Проаналізовано порядок прийняття рішень про ЗЗКП слідчим суддею в умовах змагальності сторін, виокремлено аспекти прояву такої змагальності. Констатовано обмеженість захисника у процесі доказування при вирішенні питань про ЗЗКП та недосконалість відповідного порядку. Виділено два основних напрямки участі

захисника в застосуванні ЗЗКП слідчим суддею: ініціювання розгляду питань про їх застосування та заперечення проти їх застосування за клопотанням сторони обвинувачення, запропоновано їх загальні механізми. Зроблено висновок, що прийняття рішень про ЗЗКП в умовах змагальності в широкому розумінні означає не що інше як наявність в сторін рівних прав на ініціювання застосування ЗЗКП, а також можливості заперечувати проти застосування ЗЗКП, що стосуються прав підозрюваного. Запропоновано універсальні загальні правила вирішення питань про ЗЗКП, що відповідають принципу справедливості та змагальності, якими, зокрема, передбачено: додаткові процесуальні гарантії захисника під час підготовки та участі у розгляді відповідних клопотань, порядок подачі сторонами письмових заперечень, право слідчого судді за клопотанням учасників розгляду або за власною ініціативою збирати докази, необхідні для прийняття законного, обґрунтованого процесуального рішення, в тому числі шляхом доручення проведення процесуальної (слідчої (розшукової)) дії; порядок недопущення слідчим суддею в якості доказів матеріалів, поданих учасниками або зібраних ним самим, що не означає визнання їх недопустимими доказами; чітке визначення та розмежування загальних підстав для прийняття рішень про обрання, зміну, скасування, продовження строків ЗЗКП. Доведено відсутність обов'язку захисника під час розгляду клопотань про ЗЗКП доводити обставини, що передбачені ч. 3 ст. 132 КПК України.

Під час дослідження ініціювання розгляду питань про застосування ЗЗКП як першого напрямку, в рамках впровадження змагальності в інститут ЗЗКП, окрім арешту, обґрунтовано потребу у наданні захиснику додаткових прав з ініціювання застосування до відповідних осіб приводу, грошового стягнення, а також з ініціювання скасування та зміни будь-яких ЗЗКП, застосованих до підозрюваного. Визначено, що на відміну від діяльності захисника із заперечення проти застосування ЗЗКП, ініціювання їх обрання, зміни, скасування характеризується наявністю більшої кількості часу на збір матеріалів та підготовку клопотання, тому в класичному випадку захисник повинен мати достатній час на збір матеріалів, необхідних для підготовки клопотання. Виключення становлять випадки ініціювання зміни та

скасування ЗЗКП, у зв'язку з чим доцільним та перспективним визначено надання захиснику права користуватись спеціальною процедурою в таких випадках.

Під час аналізу діяльності захисника із заперечення проти обрання, зміни, продовження строків ЗЗКП головною її ознакою визначено значну часову обмеженість захисника у збиранні доказів, необхідних для підготовки захисту, пов'язану із короткостроковістю процедур вирішення слідчим суддею питань про застосування ЗЗКП, а особливо про обрання запобіжних заходів, пов'язаних із попереднім затриманням особи. У зв'язку з цим, наголошено на необхідності застосування до процесу підготовки такого захисту спеціальної процедури збирання доказів. Граничний строк надання захиснику клопотання та матеріалів про застосування ЗЗКП запропоновано збільшити до 24 годин. Обґрунтовано необхідність встановлення дванадцятигодинного строку надання слідчим, прокурором доступу до матеріалів досудового розслідування у зв'язку із підготовкою захисту, пов'язаного з обранням до підозрюваного запобіжного заходу. Доведено необхідність застосування й інших запропонованих складових спеціальної процедури збирання доказів, здатних забезпечити підготовку належного і достатнього захисту проти обрання, зміни, продовження строків ЗЗКП слідчим суддею і, як наслідок, реалізацію стороною захисту права, гарантованого п. (3) в ст. 6 Конвенції.

За результатами проведення дослідження підготовлено пропозиції по внесенню змін і доповнень до кримінального процесуального законодавства України, спрямовані на нормативне забезпечення представлених концепцій та відображені в тексті дисертації і Додатку А.

Можливими напрямками продовження досліджень за тематикою дисертації вважаємо: розширення прав підозрюваного в рамках запропонованих концепцій; діяльність слідчих суддів з надання ухвал, які містять доручення та дозволи про проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій, в тому числі в аспекті забезпечення їх належного виконання; впровадження змагальності в нові інститути кримінального процесу; розширення меж застосування інституту депонування доказів стороною захисту; окремі види ЗЗКП в контексті їх застосування стороною захисту; участь сторони захисту в проведенні експертиз тощо.

ДОДАТКИ

ДОДАТОК А

**Пропозиції щодо внесення змін і доповнень до
Кримінального процесуального кодексу України**

1. Частину 1 статті 84 КПК України викласти в наступній редакції:

«1. Доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у *передбаченому кримінальним процесуальним законодавством порядку у способи, передбачені КПК України*, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.».

2. Частину 1 статті 220 КПК України викласти в наступній редакції:

«1. Клопотання сторони захисту, потерпілого і його представника чи законного представника, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, про виконання будь-яких процесуальних дій *(прийняття відповідних процесуальних рішень)* та у випадках, установлених цим Кодексом, іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, або її представника слідчий, дізнавач, прокурор *за загальним правилом* зобов'язані розглянути в строк не більше трьох днів з моменту подання і задовольнити їх за наявності відповідних підстав.».

3. Частини 1 статей 95, 98, 99, 101 КПК України викласти в наступних редакціях:

«1. Показання – це відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинуваченим, свідком, потерпілим, експертом щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, *які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.*»;

«1. Речовими доказами є матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші

відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, **мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню**, в тому числі предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення.»;

«1. Документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, **мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню**.»;

«1. Висновок експерта – це докладний опис проведених експертом досліджень та зроблені за їх результатами висновки, обґрунтовані відповіді на запитання, поставлені особою, яка залучила експерта, або слідчим суддею чи судом, що доручив проведення експертизи, **які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню**.».

4. Частину 3 статті 93 КПК України викласти в наступній редакції:

«3. Сторона захисту, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових **та посадових осіб, громадських формувань та фізичних осіб-підприємців, будь-яких фізичних осіб, в тому числі у зв'язку з провадженням незалежної професійної діяльності, речей, документів (оригіналів та їх завірених копій, у разі неможливості надання оригіналів), інформації**, а також шляхом здійснення інших **процесуальних** дій, які здатні забезпечити подання **слідчому судді**, суду належних і допустимих доказів.».

5. Статтю 93 КПК України доповнити частиною 5 в наступній редакції:

«5. **Витребування речей, документів, інформації здійснюється в формі письмового запиту. Загальний строк надання речей, документів, інформації у**

відповідь на письмовий запит не повинен перевищувати п'яти робочих днів з моменту його отримання, крім випадків, передбачених цим Кодексом.».

6. Статтю 220 КПК України доповнити частиною 3 в наступній редакції:

«3. За клопотанням сторони захисту, потерпілого і його представника чи законного представника, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, та у випадках, установлених цим Кодексом, іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, або її представника слідчий, дізнавач, прокурор зобов'язані негайно надати довідку, що підтверджує процесуальний статус особи.».

7. Частину 1 статті 93 КПК України викласти в наступній редакції:

«1. Збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, у порядку, передбаченому цим Кодексом. Докази, зібрані особами, які в подальшому набули процесуального статусу сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством України, до набуття відповідного процесуального статусу вважаються такими, що зібрані у порядку, передбаченому цим Кодексом.».

8. Частину 5 статті 223 КПК України викласти в наступній редакції:

«5. У разі отримання під час проведення слідчої (розшукової) дії доказів, які можуть вказувати на невинуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення, слідчий, прокурор зобов'язаний провести відповідну слідчу (розшукову) дію в повному обсязі, долучити складені процесуальні документи до матеріалів досудового розслідування, надати їх стороні захисту, а також суду у випадку звернення з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності. Слідчий, прокурор зобов'язані негайно, але не пізніше одного робочого дня з моменту отримання, письмово повідомити сторону захисту про такі докази та протягом трьох робочих днів з моменту їх отримання надати стороні захисту завірені копії таких доказів (крім

речей) або надати доступ до таких доказів з можливістю скопіювати відповідні матеріали.».

9. Пункт 1 частини 2 статті 170 КПК України викласти в наступній редакції:

«1) збереження доказів;».

10. У частині 1 статті 170 КПК України після слова «доказом» вилучити словосполучення «кримінального правопорушення».

11. Частину 1 статті 171 КПК України викласти в такій редакції:

*«1. З клопотанням про арешт майна до слідчого судді, суду має право звернутися прокурор, слідчий за погодженням з прокурором, **сторона захисту**, а з метою забезпечення цивільного позову – також цивільний позивач.».*

Доповнити статтю 171 КПК України частиною 6 в наступній редакції:

«6. Клопотання сторони захисту про арешт майна, вилученого на підставі статті 93 цього Кодексу, повинно бути подано не пізніше трьох робочих днів після його одержання, інакше майно має бути негайно повернуто власнику або особі, у якої його було вилучено.».

Клопотання сторони захисту про арешт майна, отриманого на підставі статті 93 цього Кодексу, у разі необхідності може бути подано протягом досудового розслідування кримінального провадження.».

12. Статтю 243 КПК України викласти у наступній редакції:

*«1. Експерт залучається у разі наявності підстав для проведення експертизи **стороною кримінального провадження або слідчим суддею, судом**. Сторона захисту має право самостійно залучати експертів, **експертні установи** на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової, **в порядку, визначеному кримінальним процесуальним законодавством України**. Проведення експертизи може бути доручено експертам, експертним установам **слідчим суддею за клопотанням сторони захисту у випадках та порядку, передбачених статтею 244 цього Кодексу.**».*

13. Частину 4 статті 163 КПК України доповнити абзацом 2 в такій редакції:

«За загальним правилом слідчий суддя зобов'язаний розглянути клопотання протягом трьох робочих днів з моменту надходження його до суду. Спеціальний

строк вирішення слідчим суддею клопотання сторони захисту, поданого у зв'язку з підготовкою захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу, а також у інших випадках, передбачених цим Кодексом, не повинен перевищувати двадцяти чотирьох годин з моменту надходження клопотання до суду.».

Частину 1 статті 165 КПК України доповнити абзацами 2, 3, 4 в такій редакції:

«За загальним правилом надання тимчасового доступу до речей, документів шляхом ознайомлення (копіювання), вилучення (виїмки) повинно здійснюватися особою, яка зазначена в ухвалі, протягом трьох робочих днів з моменту її отримання. Підготовка та надання інформації за ухвалою слідчого судді, суду за загальним правилом повинна здійснюватися протягом п'яти робочих днів з моменту отримання ухвали.

Спеціальний строк надання тимчасового доступу до речей, документів, інформації стороні захисту у зв'язку із підготовкою захисту підозрюваного, пов'язаного з обранням запобіжного заходу, а також у інших випадках, передбачених цим Кодексом, не повинен перевищувати двадцяти чотирьох годин з моменту отримання ухвали зобов'язаною особою. У виняткових випадках, передбачених цим Кодексом, особа, зазначена в ухвалі слідчого судді, суду як володілець речей, документів, інформації зобов'язана виконати ухвалу негайно.

У разі неможливості надання речей, документів, інформації у визначені строки особа, яка зазначена в ухвалі слідчого судді, суду як володілець речей, документів, інформації, зобов'язана негайно письмово повідомити про це особу, визначену в ухвалі слідчого судді, суду, надавши їй обґрунтування неможливості виконання ухвали.».

14. Перше речення абзацу 2 частини 6 статті 163 КПК України викласти в наступній редакції:

«Доступ особи до речей, документів, інформації, які містять охоронювану законом таємницю, здійснюється в порядку, визначеному цим Кодексом.».

15. Статтю 161 КПК України викласти в такій редакції:

«1. Речами і документами, до яких заборонено доступ, є: 1) листування або інші форми обміну інформацією між захисником та його клієнтом або будь-якою особою, яка представляє його клієнта, у зв'язку з наданням правової допомоги; 2) об'єкти, які додані до такого листування або інших форм обміну інформацією; 3) *будь-які матеріали, що зібрані стороною захисту як докази у кримінальному провадженні.*

2. У виняткових випадках, пов'язаних із відсутністю можливості досягнення завдань кримінального провадження іншим чином, слідчий, прокурор на підставі ухвали слідчого судді, суду мають право отримати тимчасовий доступ до речей, документів, зазначених у пункті 3 частини першої цієї статті, виключно на період часу, що об'єктивно потребує доступу до таких речей, документів.».

16. Частину 1 статті 234 КПК України викласти в наступній редакції:

«1. Обшук проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте в результаті його вчинення, встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, *а також відшукування та вилучення речей, документів, інформації, на підставі яких можуть встановлюватись наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.».*

Абзац 1 частини 3 статті 234 КПК України викласти в такій редакції:

«3. У разі необхідності провести обшук слідчий за погодженням з прокурором або прокурор, *а також сторона захисту у випадках, встановлених статтею 166 цього Кодексу*, звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням, яке повинно містити відомості про:».

Частину 3 статті 234 КПК України доповнити пунктом 9 в такій редакції:

«9) *У випадках, передбачених статтею 166 цього Кодексу, обґрунтування невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів.».*

Останній абзац частини 3 статті 234 КПК України викласти в такій редакції:

«До клопотання також мають бути додані оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор, слідчий, *сторона захисту у випадках, встановлених статтею 166 цього Кодексу, обґрунтовує його доводи, а до клопотання слідчого, прокурора* також витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в рамках якого подається клопотання.».

Частину 4 статті 234 КПК України викласти в такій редакції:

«4. Клопотання про обшук розглядається в суді в день його надходження за участю слідчого або прокурора, *а також сторони захисту у випадках, передбачених статтею 166 цього Кодексу.*».

17. Статтю 234 КПК України доповнити частиною 5-1 в такій редакції:

«5-1. У випадках, передбачених статтею 166 цього Кодексу, слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук, якщо сторона захисту не доведе наявність: 1) достатніх підстав вважати, що ухвала про тимчасовий доступ до речей і документів була невиконана; 2) розумної підозри, що відшукувані речі, документи, інформація можуть знаходитися у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні суб'єкта, який є їх володільцем.».

18. Статтю 235 КПК України викласти в наступній редакції:

«1. Ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи з підстав, зазначених у клопотанні прокурора, слідчого, надає право проникнути до житла чи іншого володіння особи лише один раз.

2. Ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи повинна відповідати загальним вимогам до судових рішень, передбачених цим Кодексом, а також містити відомості про:

- 1) строк дії ухвали, який не може перевищувати одного місяця з дня постановлення ухвали;
- 2) *особу, яка подала клопотання про обшук;*
- 3) положення закону, на підставі якого постановляється ухвала;
- 4) житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, які мають бути піддані обшуку;

5) особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться;

6) речі, документи або осіб, для виявлення яких проводиться обшук;

7) володільця речей, документів, інформації, який зобов'язаний був надати їх на підставі ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів, у випадку проведення обшуку відповідно до статті 166 цього Кодексу;

8) орган або особу, яким доручається виконання ухвали, постановленої за клопотанням сторони обвинувачення;

9) орган досудового розслідування, прокуратуру, яким слідчий суддя доручає забезпечення проведення обшуку, дозвіл на проведення якого надано за клопотанням сторони захисту, відповідно до частини другої статті 166 цього Кодексу.

3. Виготовляються дві копії ухвали, які чітко позначаються як копії. *Окрема копія ухвали виготовляється та надається стороні захисту, якщо дозвіл на проведення обшуку надано за її клопотанням.».*

19. Частину 1 статті 309 КПК України доповнити пунктом 14 в такій редакції:

«14) відмову в наданні дозволу на проведення обшуку за клопотанням сторони захисту на підставі статті 166 КПК України.».

20. Частину 5 статті 244 КПК України викласти в наступній редакції:

«5. Під час розгляду клопотання слідчий суддя зобов'язаний за клопотанням учасників розгляду та має право за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення клопотання.».

21. Частину 2 статті 244 КПК України доповнити пунктами 6, 7, 8 в такій редакції:

«6) перелік об'єктів, що підлягають дослідженню під час проведення експертизи;

7) потреба у знищенні, пошкодженні об'єктів дослідження під час проведення експертизи (у разі необхідності);

8) дані про особливості виявлення, вилучення, зберігання об'єктів дослідження або про інші обставини, що могли вплинути на їх властивості та

ознаки (у разі наявності), посилання на відповідні протоколи процесуальних дій, які містять ці дані.».

22. Частину 2 статті 509 КПК України викласти в такій редакції:

*«2. У разі необхідності здійснення тривалого спостереження та дослідження особи може бути проведена стаціонарна психіатрична експертиза, для чого така особа направляється до відповідного медичного закладу на строк не більше двох місяців. Питання про направлення особи до медичного закладу для проведення психіатричної експертизи вирішується під час досудового розслідування – ухвалою слідчого судді за клопотанням сторони кримінального провадження, а під час судового провадження – ухвалою суду. **Клопотання сторони обвинувачення про проведення стаціонарної психіатричної експертизи вирішується слідчим суддею в порядку, передбаченому для подання та розгляду клопотань щодо обрання запобіжних заходів, з урахуванням особливостей, передбачених цією статтею. Клопотання сторони захисту про проведення стаціонарної психіатричної експертизи вирішується слідчим суддею в порядку, передбаченому статтею 244 цього Кодексу, з урахуванням особливостей, передбачених цією статтею.».***

23. Статтю 245 КПК України доповнити частиною 4 в такій редакції:

«4. Слідчий суддя, суд надає дозвіл на відібрання біологічних зразків для експертизи (в тому числі примусове), якщо сторона кримінального провадження у своєму клопотанні доведе наявність достатніх підстав вважати, що такі біологічні зразки: 1) мають суттєве значення для встановлення важливих обставин у кримінальному провадженні; 2) необхідні для проведення експертизи у кримінальному провадженні. Сторона обвинувачення окрім вказаних обставин повинна довести неможливість добровільного відібрання біологічних зразків для експертизи.».

24. Статтю 225 КПК України доповнити частиною 6 в такій редакції:

«6. Матеріали, в яких зафіксовано показання, отримані в результаті проведення допиту слідчим суддею, негайно після закінчення допиту надаються особі, за клопотанням якої проводився допит.».

25. Частину 1 статті 225 КПК України доповнити абзацами 4, 5 у такій редакції:

«За загальним правилом слідчий суддя зобов'язаний розглянути клопотання про допит протягом трьох днів з моменту його надходження до суду та у разі задоволення протягом двадцяти чотирьох годин виконати ухвалу, провівши допит.

У виняткових випадках, передбачених цим Кодексом, в тому числі у зв'язку з підготовкою захисту, пов'язаного з обранням до підозрюваного запобіжного заходу, розгляд клопотання про проведення допиту, а так само його проведення може здійснюватися негайно після отримання відповідного клопотання.».

26. Статтю 132 КПК України викласти в наступній редакції:

«Стаття 132. Загальні правила вирішення питань про заходи забезпечення кримінального провадження

1. Заходи забезпечення кримінального провадження обираються, змінюються, скасовуються, а також їх строки продовжуються на підставі ухвали слідчого судді або суду, постановленої за клопотанням сторін та інших учасників кримінального провадження, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом.

2. Клопотання про обрання, зміну, скасування, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження на підставі ухвали слідчого судді подається:

1) до місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, якщо інше не передбачено пунктом 2 цієї частини;

2) у кримінальних провадженнях щодо злочинів, віднесених до підсудності Вищого антикорупційного суду, – до Вищого антикорупційного суду.

3. Обрання, зміна заходів забезпечення кримінального провадження не допускається, якщо слідчий, прокурор не доведе, що:

1) існує обґрунтована підозра щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження;

2) потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який ідеться в клопотанні слідчого, прокурора;

3) може бути виконане завдання, для виконання якого слідчий, прокурор звертається із клопотанням.

Під час розгляду клопотання про зміну заходу забезпечення кримінального провадження сторони повинні довести, що в кримінальному провадженні змінилися або виникли нові обставини, що свідчать про необхідність зміни заходу забезпечення кримінального провадження.

Скасування заходів забезпечення кримінального провадження не допускається, якщо сторони або інші учасники кримінального провадження не доведуть:

1) необґрунтованість застосування заходів забезпечення кримінального провадження;

2) відсутність потреб у подальшому застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження.

Продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження не допускається, якщо слідчий, прокурор не доведе:

1) продовження існування обставин, які стали підставами для застосування заходу забезпечення кримінального провадження;

2) неможливість забезпечення досягнення цілей, заради яких захід забезпечення кримінального провадження було застосовано, іншими способами протягом дії попередньої ухвали.

4. Сторони та інші учасники кримінального провадження у передбачених цим Кодексом випадках мають право на рівних умовах брати участь в розгляді клопотань про обрання, зміну, скасування або продовження строків заходів

забезпечення кримінального провадження, якщо вирішення цих питань безпосередньо стосується їх прав.

5. До початку розгляду питань про обрання, зміну, скасування, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження сторони та інші учасники кримінального провадження повинні подати слідчому судді або суду докази обставин, на які вони посилаються. Сторона захисту та інші учасники кримінального провадження мають право під час розгляду клопотання подати додаткові матеріали, якщо вони зібрані після подання відповідного клопотання або заперечення.

Під час розгляду клопотань про обрання, зміну, скасування, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження слідчий суддя, суд за клопотанням сторін та інших учасників кримінального провадження або за власною ініціативою повинен заслухати (допитати) будь-яку особу чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення клопотання.

Якщо для вирішення клопотання необхідне додаткове встановлення фактичних обставин слідчий суддя, суд у випадках, передбачених цим Кодексом, своєю ухвалою має право відкласти та перенести судове засідання на іншу дату, доручивши проведення процесуальної (слідчої (розшукової)) дії уповноваженому суб'єкту або самотійно провівши необхідну процесуальну (слідчу (розшукову)) дію, в тому числі витребування речей, документів, інформації. Доручення слідчим суддею, судом проведення процесуальних (слідчих (розшукових)) дій уповноваженим суб'єктам або самотійне їх проведення слідчим суддею, судом також може здійснюватися за клопотанням сторони захисту та інших учасників кримінального провадження.

У випадках, передбачених цим Кодексом, слідчий суддя, суд, відкладаючи судові засідання, у разі необхідності має право покласти на підозрюваного, обвинуваченого один або декілька обов'язків, передбачених частиною п'ятою статті 194 цього Кодексу.

6. Сторони або інші учасники кримінального провадження у передбачених цим Кодексом випадках мають право подавати письмові заперечення проти

обрання, зміни, скасування, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження, додаючи до заперечення матеріали, якими їх обґрунтовують, а також вказуючи в запереченнях про необхідність допиту будь-яких осіб або дослідження будь-яких матеріалів, що мають значення для вирішення клопотання.

7. Копії клопотань про обрання, зміну, скасування, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження та заперечень на них у передбачених цим Кодексом випадках разом із доданими матеріалами повинні заздалегідь надаватись сторонам та іншим учасникам кримінального провадження. Письмові заперечення сторін та інших учасників кримінального провадження разом із доданими до них матеріалами до початку розгляду клопотання повинні надаватись слідчому судді, суду.

До клопотання або заперечення слідчого, прокурора про обрання, зміну, скасування або продовження строку заходу забезпечення кримінального провадження додається витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в рамках якого подається клопотання.

Сторони або інші учасники кримінального провадження у передбачених цим Кодексом випадках повинні підтвердити слідчому судді, суду факт завчасного надання клопотань та заперечень, а також доданих до них матеріалів протилежній стороні або іншим учасникам кримінального провадження.

8. Слідчий суддя, суд, встановивши, що клопотання подано без дотримання передбачених цим Кодексом вимог або що копії клопотання та матеріалів, які обґрунтовують його сутність, заздалегідь не надані протилежній стороні або іншим учасникам кримінального провадження повертає його особі, про що постановляє ухвалу.

9. Слідчий суддя, суд зобов'язані завчасно повідомити про час та місце розгляду клопотань про обрання, зміну, скасування, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження осіб, яких безпосередньо стосується вирішення цих питань. Участь таких осіб у розгляді клопотань є обов'язковою, крім випадків, передбачених цим Кодексом.

10. Розгляд клопотань про обрання, зміну, скасування, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження здійснюється слідчим суддею, судом із обов'язковим забезпеченням принципу змагальності у строки, передбачені цим Кодексом.

Під час розгляду клопотань про обрання, зміну, скасування, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження сторони та інші учасники кримінального провадження мають право здійснювати доказування шляхом висунення усних тверджень та заперечень про наявність або відсутність фактичних обставин, що мають значення для вирішення питань про заходи забезпечення кримінального провадження. Слідчий суддя, суд зобов'язані забезпечити рівні можливості для аргументування власних доводів усім учасникам розгляду клопотань.

11. Під час оцінки потреб кримінального провадження слідчий суддя, суд зобов'язані врахувати можливість без застосування заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані як докази у кримінальному провадженні, а також можливість здійснити застосування такого заходу забезпечення кримінального провадження, який здатний найменше зачепити права та свободи відповідних осіб.

12. Під час прийняття рішень про обрання, зміну, скасування, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження слідчий суддя, суд за власною ініціативою або за клопотанням сторін, інших учасників кримінального провадження повинен не допустити в якості доказів будь-які показання та матеріали, безпосередньо зібрані слідчим суддею, судом під час судового засідання, а також матеріали, що подаються в обґрунтування клопотань, заперечень сторін та інших учасників кримінального провадження, якщо вони не відповідають критеріям належності, допустимості, достовірності, а також у випадку встановлення завчасного ненадання клопотань, заперечень та доданих до них матеріалів відповідним особам, крім випадків, передбачених цим Кодексом.

Недопущення слідчим суддею, судом в якості доказів відповідних показань та матеріалів не означає визнання їх недопустимими доказами.

Слідчий суддя, суд не має права не допустити в якості доказів матеріали сторони захисту та інших учасників кримінального провадження на підставі завчасного ненадання їх стороні обвинувачення, якщо такі матеріали були зібрані після їх надання слідчому, прокурору або після подання клопотання або заперечення слідчому судді, суду.

13. Під час вирішення питань про обрання, зміну, скасування, продовження строків заходів забезпечення кримінального провадження слідчий суддя, суд, оцінюючи докази, зобов'язані врахувати такі обставини:

1) правову підставу для обрання, зміни, скасування, продовження строку заходу забезпечення кримінального провадження;

2) достатність та взаємозв'язок сукупності доказів для прийняття відповідного процесуального рішення;

3) наслідки обрання, зміни, скасування, продовження строку заходу забезпечення кримінального провадження для інших осіб.

14. За наслідками розгляду клопотань слідчий суддя, суд постановляють ухвалу, в якій крім відомостей, передбачених статтею 372 цього Кодексу, зазначають:

1) мотиви обрання, зміни, скасування, продовження строку заходу забезпечення кримінального провадження або відмови у задоволенні клопотання;

2) строк дії ухвали про обрання, зміну, скасування, продовження строку заходу забезпечення кримінального провадження;

3) порядок та строк виконання ухвали.

15. Копії ухвал надаються (надсилаються) слідчим суддею, судом особам, які брали участь у розгляді клопотань, а також іншим заінтересованим особам не пізніше дня, наступного за днем постановлення ухвали.

16. Ухвала слідчого судді, суду про обрання, зміну, скасування, продовження строку заходу забезпечення кримінального провадження підлягає негайному виконанню в порядку, передбаченому для виконання судових рішень, та може бути оскаржена у випадках та в порядку, передбачених цим Кодексом. Невиконання ухвали слідчого судді, суду про обрання, зміну, скасування,

продовження строку заходу забезпечення кримінального провадження тягне за собою відповідальність, встановлену законом.

17. Вирішення питань про запобіжні заходи, а також їх застосування здійснюється з урахуванням особливостей, визначених главою 18 цього Кодексу.».

27. Частини 2 та 6 статті 22 КПК України викласти в таких редакціях:

«2. Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання *слідчому судді та* суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених цим Кодексом.»;

6. *Слідчий суддя*, суд, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків.».

28. В частинах 2 статей 150, 155 КПК України після слів «копій клопотання та матеріалів, що обґрунтовують клопотання» через кому додати слова «не пізніше ніж за двадцять чотири години до початку його розгляду.».

Частину 2 статті 184 КПК України викласти в такій редакції:

«2. Копія клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжного заходу, надається підозрюваному, обвинуваченому не пізніше ніж за *двадцять чотири* години до початку розгляду клопотання.».

Частину 3 статті 200 КПК України викласти в такій редакції:

«3. Копія клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність зміни запобіжного заходу, надається підозрюваному, обвинуваченому не пізніше ніж за *двадцять чотири* години до початку розгляду клопотання.».

29.Доповнити частину 1 статті 221 абзацом 2 в наступній редакції:

«Слідчий, дізнавач, прокурор зобов'язані не пізніше дванадцяти годин з моменту отримання клопотання сторони захисту надати матеріали досудового розслідування для ознайомлення (за виключеннями, встановленими цим Кодексом), необхідні їй для підготовки захисту, пов'язаного з обранням до підозрюваного запобіжного заходу.».

30.Частину 5 статті 93 КПК України у запропонованій нами редакції (Додаток А, п. 5) доповнити абзацом 2 у наступній редакції:

«Спеціальний строк надання речей, документів, інформації у відповідь на письмовий запит сторони захисту, поданий у зв'язку з підготовкою захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу, не повинен перевищувати двадцяти чотирьох годин з моменту його отримання.».

31. Частину 1 статті 184 КПК України доповнити абзацом в такій редакції:

«Слідчий, прокурор не пізніше трьох годин з моменту повідомлення про підозру зобов'язаний вручити стороні захисту письмове повідомлення про намір звернення з клопотанням про обрання запобіжного заходу.».

32. Частину 1 статті 92 КПК України викласти в наступній редакції:

*«1. Обов'язок доказування обставин, передбачених статтею 91 цього Кодексу, за винятком випадків, передбачених частиною другою цієї статті, покладається на слідчого, прокурора та, в установлених цим Кодексом випадках, – на потерпілого **та** слідчого суддю.».*

Частину 1 статті 93 КПК України у запропонованій нами редакції (Додаток А, п. 7) викласти в наступній редакції:

*«1. Збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, **слідчим суддею** у порядку, передбаченому цим Кодексом. **Докази, зібрані особами, які в подальшому набули процесуального статусу сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством України, до набуття відповідного процесуального статусу вважаються такими, що зібрані у порядку, передбаченому цим Кодексом.».***

Статтю 93 КПК України доповнити частиною 3-1 в наступній редакції:

«3-1. Слідчий суддя у випадках, передбачених цим Кодексом, здійснює збирання доказів шляхом безпосереднього проведення слідчих (розшукових) дій, доручення їх проведення уповноваженим суб'єктам, витребування та отримання речей, документів, інформації, а також шляхом проведення інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом.».

Частина 5 статті 93 КПК України у запропонованій нами редакції (Додаток А, пункти 5, 28) викласти в наступній редакції:

«5. Витребування речей, документів, інформації здійснюється у формі письмового запиту, *ухвали слідчого судді*. Загальний строк надання речей, документів, інформації у відповідь на письмовий запит не повинен перевищувати п'яти робочих днів з моменту його отримання, крім випадків, передбачених цим Кодексом.

Спеціальний строк надання речей, документів, інформації у відповідь на письмовий запит сторони захисту, поданий у зв'язку з підготовкою захисту, пов'язаного із обранням до підозрюваного запобіжного заходу, не повинен перевищувати двадцяти чотирьох годин з моменту його отримання.».

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА***Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:***

1. Соловйов В. О. Проблемні питання визначення процесуального статусу тимчасово вилученого майна та його арешту за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року. *Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування* : колективна монографія. Одеса, 2018. С. 631-655.
2. Соловйов В. О. Особливості участі захисника в доказуванні під час вирішення питання про заходи забезпечення кримінального провадження слідчим суддею. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2019. № 18. С. 172-178.
3. Соловйов В. О. Групи процесуальних відносин, які виникають під час збирання захисником матеріалів на стадії досудового розслідування. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 109-112.
4. Соловйов В. О. Деякі проблеми правореалізації під час збирання захисником матеріалів на підставі ухвали слідчого судді. *Правові горизонти*. 2019. № 15 (28). С. 96-100.
5. Соловйов В. О. Відібрання зразків для експертиз, що проводяться за ініціативою сторони захисту. *EUROPEAN POLITICAL AND LAW DISCOURSE*. 2021. Vol. 8. Issue 1. С. 220-225.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Соловйов В. О. Форми участі захисника в доказуванні на досудовому розслідуванні. *VI Всеукраїнські наукові читання з кримінальної юстиції пам'яті професора В.П. Колмакова*: матер. Всеукр. наук. конф. молодих вчених, аспір. та студ. (м. Одеса, 18 квіт. 2015 р.). Одеса: Фенікс, 2015. С. 510-513.
7. Соловйов В. О. Участь захисника в доказуванні у другому значенні на стадії досудового розслідування. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє*: мат. VII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 10 лист. 2017 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 438-440.

8. Соловійов В. О. Перехід до електронної форми кримінального провадження: переваги для захисника. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє*: мат. VIII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 лист. 2018 р.). Одеса: Вид. дім «Гельветика», 2018. С. 671-674.
9. Соловійов В. О. Право підозрюваного мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту, пов'язаного з обранням запобіжного заходу. *Правове життя сучасної України*: матер. Міжнар.наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.). Т. 2. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2019. С. 385-389.
10. Соловійов В. О. Закриття кримінального провадження за клопотанням учасників кримінального провадження: деякі проблеми. *Правова наука і державотворення в Україні в контексті правової інтеграції*: матер. XII Міжнар.наук.-практ.конф. (м. Суми, 24-25 трав. 2019 р.). Суми, 2019. С. 146-148.
11. Соловійов В. О. Допустимість доказів, отриманих захисником в ході проведення обшуку згідно статті 166 КПК України. *Весняні юридичні читання-2019. Сучасні проблеми законодавства, практики його застосування та юридичної науки*: матер. Всеукр.наук.-практ. конф. (м. Вінниця, 12 квіт. 2019 р.). Вінниця, 2019. С. 209-211.
12. Соловійов В. О. Загальна та спеціальна процедури збирання матеріалів стороною захисту на стадії досудового розслідування. *Актуальні проблеми діяльності органів досудового розслідування*: матер. Всеукр.наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 07 черв. 2019 р.). Дніпро, 2019. С. 179-183.
13. Соловійов В. О. Забезпечення збереження речей, документів як доказів, зібраних стороною захисту. *Правове життя сучасної України*: мат. Міжн. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.). Одеса: Вид. дім «Гельветика», 2020. Т. 3. С. 299-302.
14. Соловійов В. О. Деякі способи збирання стороною захисту доказів на досудовому розслідуванні. *Актуальні проблеми формування громадянського суспільства та становлення правової держави*: зб. мат. III-ї Всеукр. наук.-практ. інтернет-конф. (м. Черкаси, 21 трав. 2020 р.). Черкаси, 2020. С. 170-179.
15. Соловійов В. О. Деякі проблемні питання порядку самостійного залучення

експертів стороною захисту. *Реалізація прав людини у діяльності правоохоронних органів*: мат. III Міжн. наук.-практ. конф. (м. Кривий Ріг, 30 квіт. 2020 р.). Кривий Ріг, 2020. С. 163-166.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

16. Соловйов В. О. Ініціювання стороною захисту застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Бюлетень Асоціації адвокатів України*. 2020. № 2 (45). С. 18-19.

ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЇ

Основні результати наукового дослідження оприлюднені на: Всеукраїнській науковій конференції молодих вчених, аспірантів та студентів «VI Всеукраїнські наукові читання з кримінальної юстиції пам'яті професора В.П. Колмакова» (м. Одеса, 18 квітня 2015 р.) – особиста участь; VII Міжнародній науково-практичній конференції «Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє» (м. Одеса, 10 листопада 2017 р.) – заочна участь; VIII Міжнародній науково-практичній конференції «Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє» (м. Одеса, 17 листопада 2018 р.) – заочна участь; Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 17 травня 2019 р.) – заочна участь; XII Міжнародній науково-практичній конференції «Правова наука і державотворення в Україні в контексті правової інтеграції» (м. Суми, 24-25 травня 2019 р.) – заочна участь; Всеукраїнській науково-практичній конференції «Весняні юридичні читання – 2019. Сучасні проблеми законодавства, практики його застосування та юридичної науки» (м. Вінниця, 12 квітня 2019 р.) – заочна участь; Всеукраїнській науково-практичній конференції «Актуальні проблеми діяльності органів досудового розслідування» (м. Дніпро, 07 червня 2019 р.) – заочна участь; Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 15 травня 2020 р.) – заочна участь; III Всеукраїнській науково-практичній інтернет-конференції «Актуальні проблеми формування громадянського суспільства та становлення правової держави» (м. Черкаси, 21 травня 2020 р.) – заочна участь; III Міжнародній науково-практичній конференції «Реалізація прав людини у діяльності правоохоронних органів» (м. Кривий Ріг, 30 квітня 2020 р.) – заочна участь.