

Смирнов Є. В.

адвокат, здобувач кафедри кримінального процесу та криміналістики Класичного приватного університету

ЗАХИСНИК ЯК СУБ'ЄКТ ДОКАЗУВАННЯ У ЗМАГАЛЬНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Ефективність виконання функції захисту прав та свобод підозрюваного безпосередньо залежить від можливості захисника бути активним суб'єктом процесу доказування, самостійно збирати та подавати докази, що свідчать про невинуватість його підзахисного або здатні пом'якшити його відповідальність. Однак лише нормативне визнання у ст. 22 КПК України змагальності сторін та свободи у поданні ними суду своїх доказів як однієї із засад кримінального провадження без існування чіткої системи гарантій не здатне

саме по собі забезпечити дієвість норми на практиці. У зв'язку з цим стає актуальним питання дослідження статусу захисника як суб'єкта доказування у кримінальному судочинстві України.

До 2012 р. у кримінальному процесуальному законодавстві України не існувало чіткого переліку суб'єктів доказування, особливо з боку сторони захисту, що породжувало дискусії про доцільність віднесення останніх до процесуальних суб'єктів, які можуть брати участь у збиранні, перевірці та оцінці доказів. Однак вирішення цього питання у ч. 1 ст. 93 чинного КПК України породило нове питання теорії та практики кримінального процесу про те, чи є така діяльність захисника його правом або обов'язком. Відповідь на це питання можливо знайти лише після ґрунтовного дослідження статусу захисника як суб'єкта доказування.

Традиційно у теорії кримінального процесу статус суб'єктів доказування починають розглядати із загальної характеристики поняття доказів, предмету та доказування, а також меж доказування на кожній зі стадій кримінального процесу. Додатково піддаються порівняльному аналізу способи збирання доказів та момент виникнення доказів, засоби процесуальної фіксації, а також дії суб'єктів доказування, спрямовані на збирання та подання вже зібраних та оформлених доказів. Однак системний аналіз положень КПК України вказує на те, що у ньому значно розширено коло способів сторони захисту на збирання доказів, навіть із застосуванням заходів примусу. Зокрема, до таких способів віднесено:

- право сторони захисту на безпосереднє збирання доказів (ч. 1 ст. 93 КПК України), оскільки ч. 2 ст. 66 КПК України 1960 р. передбачала право лише подавати докази без деталізації процесуального порядку їх отримання. Враховуючи те, що в силу положень ст. 16–17 КПК України 1960 р. принцип змагальності поширював свою дію лише на судові стадії кримінального процесу, то виходить, що вказане право на подання доказів сторона захисту по-суті могла реалізувати лише в суді;

- 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 (ч. 3 ст. 93 КПК України);

- подання клопотань про застосування тимчасового доступу до речей і документів (ст. 160 КПК України), які за своїми критеріями відповідають вимогам ч. 2 ст. 167 КПК України;

- у разі відмови надати доступ до речей і документів, доступ до яких дозволено на підставі ухвали слідчого судді, сторона захисту має право в порядку, передбаченому ст. 166 КПК України, звернутися до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку;

– самостійне звернення до експерта з метою проведення експертизи (ч. 1 ст. 242 КПК України), а також у випадку знаходження об’єктів дослідження у стороні обвинувачення або відсутності коштів для проведення експертизи клопотати перед слідчим суддею про необхідність залучення експерта в порядку, передбаченому ст. 244 КПК України;

– ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів (ч. 3 ст. 93 КПК України);

– оскарження до слідчого судді відмови слідчого, прокурора в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, НСРД, як передбачено в абз. 2 ч. 3 ст. 93 КПК України.

Наведені вище положення КПК України засвідчують, що в окремих випадках законодавець, розкриваючи способи збирання доказів стороною захисту, передбачив не пряме проведення процесуальних дій, а лише право їх ініціювання, доручивши безпосереднє їх здійснення стороні обвинувачення. З огляду на це, стороні захисту дозволено лише часткове збирання доказів самостійно, оскільки в усіх інших випадках (пов’язаних із застосуванням заходів примусу) під збиранням доказів стороною захисту необхідно визнавати право на ініціювання проведення окремих видів слідчих (розшукових) та процесуальних дій (з метою уникнення можливого конфлікту інтересів через наявність стадії досудового розслідування та відсутності паралельного розслідування захисника за допомогою приватного детектива).

Наприклад, у Кодексі зроблені застереження, що в окремих випадках є доцільним доручити проведення процесуальної або слідчої (розшукової) дії стороні обвинувачення, але з обов’язковим залученням ініціатора її проведення (абз. 2 ч. 3 ст. 93, ч. 2 ст. 166, абз. 2 ч. 6 ст. 223, ч. 1 ст. 225, ч. 4 ст. 237, тощо). При цьому вказане право «обов’язкової» присутності стороні захисту не поширюється на два випадки: *перший* пов’язаний з проведенням НСРД за клопотанням стороні захисту, а *другий* — із освідчуванням особи іншої статі, якщо воно пов’язано з її оголенням. У всіх інших випадках проведення процесуальних та слідчих (розшукових) дій за ініціативою захисника повинно бути забезпечено його присутність.

Процесуальною формою ініціювання такого способу збирання доказів захисником виступає порядок, передбачений у ст. 220 КПК України, а саме шляхом подання клопотання на ім’я слідчого або прокурора. У тих випадках, коли дозвіл на проведення процесуальної дії надається безпосередньо слідчим суддею, захисник подає таке клопотання одразу до суду (наприклад, під час отримання тимчасового доступу до речей та документів, як зазначено у ч. 1 ст. 160; під час отримання дозволу на проведення обшуку у випадку відмови надати такий тимчасовий доступ на підставі ч. 2 ст. 166; допиту свідка або потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні (ч. 1 ст. 225) та для проведення такого допиту у режимі відеоконференції (ч. 2 ст. 232)).

У разі відмови слідчого або прокурора задовольнити клопотання захисника про проведення слідчих (розшукових) дій у захисника виникає право звернутися до слідчого судді з метою оскарження таких рішень і, як наслідок, здійснити повторне ініціювання свого клопотання, спрямованого на збирання доказів, уже перед слідчим суддею (наприклад, залучення експерта за клопотанням стороні захисту на підставі ч. 3 ст. 243; ініціювання проведення будь-яких слідчих (розшукових) дій, зокрема і негласних, на підставі п. 7 ч. 1 ст. 303).

Підсумовуючи викладене, значимим, що залучення до кримінального провадження захисника зобов’язує його здійснювати збирання доказів всіма

дозволеними процесуальним законом засобами. Процесуальними гарантіями реалізації захисником своїх прав на збирання доказів, відповідно до дії принципу (засади) змагальності сторін, є заборона доступу до речей і документів, які мають відношення до листування або інших форм обміну інформацією між захисником та його клієнтом або будь-якою особою, яка представляє його клієнта, у зв'язку з наданням правової допомоги (п. 1 ч. 1 ст. 161). Також заборонено доступ до об'єктів, які додані до такого листування або інших форм обміну інформацією (п. 2 ч. 1 ст. 161). Крім того, захисник як представник сторони захисту має право не надавати прокурору доступ до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення (ч. 6 ст. 290).