

*Бігунець І. М.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри права
ПВНЗ «Європейський університет»*

ПОВНОВАЖЕННЯ ЗАХИСНИКА ЯК СУБ'ЄКТА ДОКАЗУВАННЯ ЩОДО ВИТРЕБУВАННЯ ТА ОТРИМАННЯ РЕЧЕЙ І ДОКУМЕНТІВ НА ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ

Анотація. На стадії досудового розслідування захисник бере участь у збиранні доказів як безпосередньо (шляхом витребування та отримання речей і документів, висновків експерта, показань свідків і потерпілих), так і опосередковано (під час збирання доказів стороною обвинувачення). Розглянуто гарантії адвокатської діяльності в контексті збирання доказів, що не можуть забезпечити повноцінний та бажаний результат для сторони захисту, адже сторона обвинувачення має у своєму розпорядженні більше дієвих механізмів, у т. ч. заходи примусу. Акцентовано увагу на практичній реалізації витребування та отримання речей і документів на досудовому розслідуванні, що, у свою чергу, пов'язана з низкою проблемних питань, зокрема, через брак законодавчого закріплення чітких правових механізмів регулювання процедур витребування та отримання речей і документів. Наявні гарантії адвокатської діяльності не можуть забезпечити повноцінний та бажаний результат для сторони захисту. Крім того, засада змагальності сторін у кримінальному провадженні на практиці балансує на протилежній захисту сторони. Адже сторона обвинувачення як учасник кримінального провадження має у своєму розпорядженні більше дієвих механізмів і часто використовує примус. Також розглянуто проблемні питання, які має долати захисник у досудовому розслідуванні під час витребування та отримання речей і документів. Зроблено висновок, що у КПК України відсутні положення, які визначали б права особи, щодо якої здійснюють кримінальне провадження, однак якій ще не повідомлено про підозру. Адже відсутність можливості спростувати чи підтвердити певні значущі для розслідування обставини під час досудового розслідування є обмеженням їхніх прав і законних інтересів. Визначення в КПК України можливості спростувати чи підтвердити певні значущі для розслідування обставини шляхом звернення з відповідним клопотанням до слідчого, прокурора сприятиме забезпеченню повного й неупередженого розслідування, стане гарантією дотримання прав і законних інтересів учасників кримінального провадження, які перебувають у статусі свідка.

Ключові слова: адвокатська діяльність, кримінальне провадження, засади кримінального процесу.

Постановка проблеми. Прийняття в 2012 році нового КПК України зумовило суттєві зміни в здійсненні кримінального судочинства, регулюванні правовідносин його суб'єктів. Не є винятком і діяльність захисника, який, здійснюючи функцію захисту, є активним учасником кримінального процесуального доказування, що забезпечує можливість виконання ним поставлених завдань [1, с. 166]. Реалізація основних засад кримінального провадження, таких як змагальність сторін і свобода в поданні ними суду доказів, презумпція невинуватості

й забезпечення доведеності вини, забезпечення права на захист, потребує надання стороні захисту можливостей для активного обстоювання власної позиції в провадженні, зокрема і шляхом участі в доказуванні [2].

За змістом ч. 1 ст. 92 КПК України обов'язок доказування під час досудового розслідування (у сенсі збирання, перевірки й оцінки доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження) покладено на слідчого, прокурора, а у визначених КПК України ситуаціях – на потерпілого. Натомість сторона захисту бере активну участь у доказуванні, а її право на самостійне збирання доказів на досудовому розслідуванні має сприяти об'єктивному з'ясуванню фактичних обставин провадження, захищати права й інтереси підозрюваного, особи, щодо якої здійснюють провадження щодо застосування примусових заходів медичного або виховного характеру [3].

Питання щодо процесуально-правових можливостей захисника з витребування й отримання речей та документів на досудовому розслідуванні є актуальним як для кримінальної науки, так і для кримінально-процесуальної практики. Вважаємо, що комплексний науково-теоретичний та практичний підхід до усунення недоліків, які наявні в цьому контексті, є найдієвішим механізмом вирішення проблемних питань, удосконалення нормативної бази, а також розроблення ефективних способів реалізації стороною захисту своїх повноважень у процесі збирання, отримання та надання доказів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На думку В. В. Вапнярчука, витребування та отримання від влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ й організацій, службових і фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок (ч. 2 і 3 ст. 93 КПК України) – це два самостійні способи формування доказової основи правової позиції певного суб'єкта. Витребування – це звернення з вимогою про добровільне надання речей, документів, відомостей, які мають значення для кримінального провадження [4, с. 169]. Отримання, на відміну від витребування, полягає в тому, що надсилають, надають або вручають [5, с. 228]. Ці способи можна визначати як самостійні, вони різняться суб'єктами вияву ініціативи щодо їх використання. У разі витребування така ініціатива походить від суб'єктів, які здійснюють кримінальне провадження (зокрема, слідчого під час досудового розслідування, суду під час судового розгляду), у разі отримання – від інших осіб [6, с. 60].

О. В. Малахова зауважує, що, з огляду на процесуальні можливості підозрюваного, обвинуваченого та захисника, сторона захисту в порядку витребування та отримання речей

і документів має право одержувати лише документи як докази, що мають значення для кримінального провадження, оскільки речі швидше зношуються чи пошкоджуються [4, с. 169, 9]. Однак, саме в цьому наявні певні проблемні аспекти. На переконання М. А. Погорецького, у більшості випадків керівники юридичних осіб, посадові особи органів державної влади й органів місцевого самоврядування, фізичні особи не завжди ефективно реагують на запити сторони захисту, обмежуючись формальними відписками. Дієвих гарантій забезпечення цього права захисника чинне законодавство не визначає [10, с. 481].

Мета статті. Чинне кримінальне процесуальне законодавство України не містить чіткого порядку, умов, механізмів реалізації захисниками повноважень у процесі витребування та отримання речей і документів. Розглянемо детальніше особливості участі захисника в таких процедурах під час досудового розслідування. Насамперед ідеться про визначену в КПК України можливість витребування від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових і фізичних осіб речей, копій документів, відомостей.

Виклад основного матеріалу. Аналіз чинного кримінального процесуального законодавства дає підстави вважати, що на стадії досудового розслідування захисник бере участь у збиранні доказів як безпосередньо (шляхом витребування та отримання речей і документів, висновків експерта, показань свідків та потерпілих), так й опосередковано, під час збирання доказів стороною обвинувачення.

Витребування як засіб одержання речей і документів передбачає ініціативу сторони захисту, що звертається з відповідним запитом. Законодавець визначає сутність ініціювання як частини забезпечувальних дій щодо збирання доказів. Слушність такого розуміння сутності ініціювання засвідчує положення абз. 1 ч. 3 ст. 93 КПК України в частині, що передбачає можливість збирання доказів «шляхом ініціювання, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів» [3].

Для захисника це може бути адвокатський запит або використання наданого йому права запитувати, отримувати, вилучати речі, документи, їхні копії (п. 1, 7 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність») [7]. Так, відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», адвокатський запит – письмове звернення адвоката до органу державної влади, органу місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, підприємств, установ й організацій незалежно від форми власності та підпорядкування, громадських об'єднань про надання інформації, копій документів, необхідних адвокату для надання правової допомоги клієнту. Положення ч. 3 ст. 93 КПК України корелюють зі змістом п. 1, 7 ч. 1 ст. 20, ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». У цих статтях передбачено адвокатський запит, на підставі якого адвокат має право отримувати від органів державної влади й місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, підприємств, установ й організацій незалежно від форми власності та підпорядкування, громадських об'єднань, а також від фізичних осіб за їхньою згодою інформацію та копії документів, які необхідні для надання правової допомоги клієнту (ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність») [7]. Форма адвокатського запиту є усталеною. Бланки і зразки таких запитів до різних юридич-

них осіб є у вільному доступі в мережі Інтернет, науково-практичній літературі [8, с. 109–111].

Також у ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» міститься вказівка на те, що надання адвокату інформації та копій документів, отриманих під час кримінального провадження, здійснюють у порядку, встановленому кримінальним процесуальним законом [7]. Тобто законодавець розглядає правову можливість адвоката-захисника на надсилання адвокатських запитів у кримінальному провадженні (провадженнях) у нерозривному взаємозв'язку з тими правами, які надані захиснику кримінальним процесуальним законом.

Процесуальні дії з витребування доказів (речей і документів) зі сторони захисту можна вважати своєрідним спрощеним порядком отримання доказів, який не передбачає проведення будь-яких пошукових дій.

Отримання певних документів і речей стороною захисту розглядають як самостійний засіб збирання доказів, передбачений у ч. 2, 3 ст. 93 КПК України, поряд з їх витребуванням. Отримання доказів слід вважати активною процесуальною діяльністю суб'єктів доказування, яка охоплює такі взаємопов'язані елементи: пошук, виявлення та вилучення фактичних даних та їх джерел; перевірка, оцінка фактичних даних і їх джерел, процесуальне оформлення їх та надання їм уповноваженими суб'єктами статусу доказу в кримінальному провадженні [11, с. 24].

У науково-практичному коментарі до КПК України слушно зазначено, що використання в тексті ст. 93 КПК України терміна «отримання доказів» слід вважати умовним, оскільки докази формуються під час кримінальної процесуальної діяльності. Отримання – це доставляння сторонами обвинувачення та захисту, посадовими особами й громадянами письмових документів і предметів із проханням про їх залучення до кримінального провадження з фіксацією цього факту [12, с. 277]. У цьому разі ініціатива передавання сторони захисту таких речей і документів належить іншим особам (зокрема, підозрюваний надає захиснику позитивні характеристики щодо себе, документи, які свідчать про те, що він перебував на лікуванні у психіатричному закладі, тощо).

Праву захисника збирати й подавати докази під час досудового розслідування кореспондує обов'язок слідчого, прокурора прийняти (отримати) надані матеріали, якщо вони мають значення для кримінального провадження. Водночас слушно видається висловлена в юридичній літературі позиція про те, що в такому разі йдеться насамперед не про докази, а про речі й документи, а по-друге, суб'єктом одержання (збирання) доказів є слідчий, прокурор [6, с. 59; 13, с. 244].

Попри те, що ч. 3 ст. 93 КПК України та Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачають право захисника отримувати й витребувати лише копії документів, ч. 3 ст. 99 КПК України ставить перед захисником обов'язок надавати суду оригінали документів. Такі оригінали захисник може отримати шляхом тимчасового доступу.

Хоча вітчизняний законодавець і не визначив у КПК України процесуальний порядок витребування захисником документів у кримінальному провадженні, однак аналіз матеріалів кримінальних проваджень засвідчує, що на практиці витребування захисником від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб документів або їх копій здійснюють шляхом

подання адвокатських запитів у порядку, передбаченому Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [7].

Відповідно до положень ч. 3 ст. 93 КПК України та ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», захисник як суб'єкт кримінального провадження наділений правом отримувати відповідні копії документів. Однак здебільшого, коли захисники намагаються використати такі копії, посилаючись на положення п. 2 ч. 5 ст. 99 КПК України, уповноважені особи не визнають їх допустимими доказами, обґрунтовуючи це тим, що: сторона захисту повинна надавати суду лише оригінал документа (ч. 3 ст. 99 КПК України); стороні захисту доцільно було б використовувати й інші передбачені КПК засоби отримання оригіналів документів, які можуть бути використані як докази в кримінальному провадженні [10, с. 481; 14, с. 65; 15, с. 81].

Поширеними на практиці є випадки, коли уповноважені суб'єкти не визнають допустимими доказами документи, отримані внаслідок подання адвокатських запитів, як такі, що отримані не в порядку, встановленому КПК України (ч. 1 ст. 86). З огляду на це, викликає сумнів твердження про визначену КПК можливість сторони захисту збирати докази шляхом витребування речей, копій документів, відомостей висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок [16, с. 98]. Такі предмети з документами, отримані внаслідок подання захисником адвокатського запиту, отримують процесуальний статус документів-доказів або речових доказів лише після їх огляду уповноваженим владним суб'єктом кримінального провадження, проведення експертного дослідження [17, с. 125].

У застосуванні цього способу збирання доказів можливою стороною захисту є значно вужчими. Крім того, якщо захисник, який бере участь у провадженні, може використати форму запиту для отримання інформації, копій документів (ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»), то обвинувачений (підозрюваний) вимушений звертатися з клопотанням до слідчого, прокурора з проханням про проведення витребування, оскільки за законом розгляд слідчим, прокурором клопотання сторони захисту про виконання будь-якої процесуальної дії здійснюється впродовж трьох днів, а не негайно (ч. 1 ст. 220 КПК України), реальна можливість ефективного захисту стає проблематичною. Витребування в такому разі здійснюють учасники, віднесені законом до сторони обвинувачення (ст. 36, 40 КПК України).

Окреслена ситуація обумовлює повну залежність захисника від сторони обвинувачення, призводить до порушення засади змагальності в кримінальному провадженні, нівелює ефективність діяльності захисника з відстоювання інтересів клієнта. Слушною є думка О.С. Старенького, який вважає, що для забезпечення належної реалізації засади змагальності в кримінальному процесуальному доказуванні захиснику потрібно надати можливість отримувати не лише копії документів, а й їх оригінали [14, с. 66].

Також зазначимо, що збирання доказів відбувається не лише відповідно до норм нормативно-правових актів, а й рішень Конституційного Суду України, постанов Пленуму Верховного Суду. Крім того, слід зважати на обґрунтованість використання практики Європейського суду з прав людини у працях сучасних вчених [18].

Висновки. Отже, відсутність у КПК України чітко визначеної правової регламентації форми та процедури витребування

потенційних доказів (речей і документів), як-то проведення слідчих (розшукових) дій, є недоліком законодавчої техніки.

У контексті досліджуваної проблеми слід зауважити про відсутність у КПК України положення, яке визначало б права особи, щодо якої здійснюються кримінальне провадження, однак який ще не повідомлено про підозру. Адже відсутність можливості спростувати чи підтвердити певні значущі для розслідування обставини під час досудового розслідування є обмеженням їхніх прав і законних інтересів. Визначення в КПК України можливості спростувати чи підтвердити певні значущі для розслідування обставини шляхом звернення з відповідним клопотанням до слідчого, прокурора сприятиме забезпеченню повного й неупередженого розслідування, стане гарантією дотримання прав і законних інтересів учасників кримінального провадження, які перебувають у статусі свідка.

Література:

1. Трофименко В.М. Особливості участі захисника в доказуванні в кримінальному провадженні: деякі теоретико-прикладні аспекти. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2015. Вип. 33 (2). С. 165–168. (Серія «Право»).
2. 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.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.
4. Малахова О.В. Витребування та отримання речей та документів як способи збирання доказів стороною захисту. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2015. № 4. С. 168-173. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vrps_2015_4_22.
5. Капліна О.В. Збирання доказів сторонами кримінального провадження. *Актуальні проблеми доказування в кримінальному провадженні*: матеріали Всеукр. наук.-практ. інтернет-конф. (Одеса, 27 листоп. 2013 р.). Одеса: Юрид. літ., 2013. С. 223-229.
6. Вапнярчук В.В. Витребування та отримання, проведення інших процесуальних дій як способи збирання доказів у кримінальному провадженні. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2015. Вип. 3. Т. 3. С. 85–89. (Серія «Юридичні науки»).
7. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 лип. 2012 р. № 5076-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
8. Настільна книга адвоката. Участь захисника, адвоката в кримінальному провадженні. Коментар, законодавство, судова практика: прак. посіб. Київ: Центр учб. літ., 2017. 600 с.
9. Панчук О.В. Надання свідку правової допомоги у кримінальному процесі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2013. 218 с.
10. Погорецький М.А. Захисник – суб'єкт доказування на досудовому провадженні за чинним КПК України: проблемні питання. *Актуальні питання державотворення в Україні*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 23 трав. 2014 р.). Київ, 2014. С. 480-485.
11. Грицак Х.М. Тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом як захід забезпечення кримінального провадження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Львів, 2019. 247 с.
12. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент.: у 2 т., уклад.: О.М. Бандурка, С.М. Блажівський, С.П. Будроль та ін.; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. Харків: Право, 2012. Т. 1. 768 с.
13. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент. за заг. ред. С. В. Ківалова, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченка. Харків: Одісей, 2013. 1104 с.

14. Старенький О.С. Витребування документів як засіб отримання доказів захисником у кримінальному провадженні: проблеми визначення процесуальної форми. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 3. С. 58-69.
15. Татаров О.Ю., Чернявський С.С. Участь захисника у кримінальному провадженні: проблеми законодавчого врегулювання. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 2. С. 77-84.
16. Лоскутов Т.О. Предмет регулювання кримінального процесуального права: монографія. Київ: Юрид. світ, 2016. 416 с.
17. Коваленко В.В., Удалова Л.Д., Письменний Д.П. Кримінальний процес: підручник. Київ: ЦУЛ, 2013. 544 с.
18. Черноус Ю.М., Гвоздюк В.В. Засади проведення слідчих (розшукових) дій у контексті практики Європейського суду з прав людини. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. № 1 (19). 2020. С. 95-101. DOI: <https://doi.org/10.33270/042019.01.95>.

Bihunets I. Powers of the defendant as a subject of evidence to requirement and receive things and documents in a pre-trial investigation

Summary. At the stage of the pre-trial investigation, the defense attorney participates in the collection of evidence both directly (by requesting and receiving items and documents, expert opinions, testimonies of witnesses and victims) and indirectly (during the collection of evidence by the prosecution). The article examines the guarantees of legal activity in the context of collecting evidence, which cannot ensure a full and desired result for the defense, since the prosecution has more effective mechanisms at its disposal, including coercive measures. The article focuses on the practical implementation of requesting and receiving items and documents during the pre-

trial investigation, which, in turn, is associated with a number of problematic issues, in particular, due to the lack of legislative consolidation of clear legal mechanisms regulating the procedures for requesting and receiving items and documents. The existing guarantees of legal activity cannot ensure a full and desired result for the defense. In addition, the principle of adversarial relations between the parties in criminal proceedings in practice balances in favor of the opposing defense. After all, the prosecution as a participant in criminal proceedings has more effective mechanisms at its disposal and often uses coercion. Also considered are the problematic issues that the defense attorney must overcome in the pre-trial investigation during the search and receipt of items and documents. It was concluded that the Code of Criminal Procedure of Ukraine does not contain provisions that would define the rights of a person in respect of whom criminal proceedings are being conducted, but who has not yet been notified of the suspicion. After all, the lack of an opportunity to refute or confirm certain circumstances significant for the investigation during the pre-trial investigation is a restriction of their rights and legitimate interests. The definition in the Code of Criminal Procedure of Ukraine of the opportunity to refute or confirm certain circumstances significant for the investigation by applying to the investigator or prosecutor with a corresponding petition will contribute to ensuring a full and impartial investigation, and will become a guarantee of compliance with the rights and legitimate interests of participants in criminal proceedings who are in the status of witnesses.

Key words: advocacy, criminal proceedings, principles of criminal procedure.