

Дс 629,3
П57

В. О. Попелюшко

БІБЛІОТ
АДВОКА

**ПРЕДМЕТ
ЗАХИСТУ
та його
ДОКАЗУВАННЯ
В КРИМІНАЛЬНІЙ
СПРАВІ**

МОНОГРАФІЯ



Національний університет
“Острозька академія”
Академія адвокатури України

В. О. Попелюшко

**Предмет захисту
та його доказування
в кримінальній
справі**

Монографія

Київ
Прецедент
2005

Рецензенти:

Гончаренко В.Г. – академік Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор, проректор Академії адвокатури України
Нор В.Т. – член-кореспондент Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедрою кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету ім. І.Я.Франка

Попелюшко В. О.

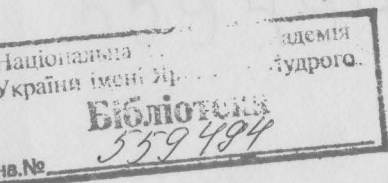
П 57 Предмет захисту та його доказування в кримінальній справі: Монографія. — К.: Прецедент, 2005. — 232 с.

ISBN 966-520-063-1

У роботі досліджуються проблеми предмета доказування у кримінальній справі та пов'язані з ними питання, що постають перед захисником в ході вибору адекватної позиції захисту та його побудови. Доказування у кримінальній справі, в тому числі доказова діяльність захисника, розглядаються з двох боків — практичного (доказування як дослідження) та розумового, логічного (доказування як обґрунтування (спростування) висунутої тези).

Для науковців, аспірантів, викладачів та студентів вищих юридичних навчальних закладів, практикуючих юристів..

ББК 67.308



ЗМІСТ

Переднє слово	5
Глава 1. Поняття предмета та меж доказування у кримінальній справі.	7
§ 1. Предмет доказування у кримінальній справі	7
§ 2. Структура та юридичний зміст обставин предмета доказування	15
§ 3. Види предмета доказування.	28
§ 4. Доказові факти та їх значення в кримінальній справі	47
§ 5. Межі доказування	62
Глава 2. Предмет захисту у кримінальній справі та його доказування	95
§ 1. Предмет захисту	95
§ 2. Захист і доказування.	118
§ 3. Доказування захисником обставин предмета захисту.	132
§ 4. Логіка та аргументація в діяльності захисника	203

ПЕРЕДНЄ СЛОВО

Про адвокатуру, основи її організації та діяльності, в тому числі про діяльність адвоката-захисника у кримінальній справі написано чимало. Між тим, конституційне закріплення принципу презумпції невинуватості, посилення засад змагальності та рівноправності сторін обвинувачення і захисту у судовому розгляді кримінальної справи, розширення правового забезпечення захисту прав, свобод та законних інтересів особи у сфері кримінального судочинства вимагають наукового та науково-практичного дослідження проблем, пов'язаних із захистом саме на сучасному, перехідному етапі кримінального процесу України.

Слід зазначити, що в цьому плані сьогодні, особливо у питаннях тактики, методики, етики захисту досить плідно працюють багато вітчизняних науковців та практиків як у галузі кримінально-процесуального, так і адвокатського права. Ця ж праця є розвідкою більше з проблем доказової діяльності адвоката-захисника, які належать до, так би мовити, стратегії захисту у кримінальній справі.

Обов'язок встановлення предмета доказування у кримінальній справі, формулювання якого відображається в обвинуваченні, покладено на орган дізнання, слідчого та прокурора (ст.ст. 64, 132, 230 та ін. Кримінально-процесуального кодексу України КПК,— далі КПК). Для захисника формула фактичної сторони обвинувачення в основних процесуальних документах справи є, власне, формулою спростування. Тому у праці передусім досліджено саме проблеми предмета доказування у кримінальній справі та пов'язані з ними питання, оскільки їх усебічне знання необхідне захисникові для вибору адекватної позиції захисту та його побудови.

У КПК прямо вказано, що “захисник зобов'язаний використовувати передбачені в цьому Кодексі та інших законодавчих актах засоби захисту з метою з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого, підсудного чи засудженого та надавати їм необхідну юридичну допомогу” (ч. 1 ст. 48). Тобто, з'ясування обставин,

що свідчать на користь підзахисного, — це правовий обов'язок захисника, їх встановлення захисником є предмет захисту, ці обставини захисник доказує шляхом використання законних засобів зі збирання, закріплення та подання зібраних доказів органу, що здійснює провадження у справі. Це другий блок питань, що досліджуються у праці.

Нарешті, доказування у кримінальній справі, в тому числі доказова діяльність захисника, має дві сторони — практичну (доказування як дослідження) та розумову, логічну (доказування як обґрунтування (спростування) висунутої тези. На певному етапі, при формулюванні тези обвинувачення та/або висуненні тези захисту, доказова діяльність захисника набуває чисто розумового (логічного) характеру. Тому, на завершення дослідження, висловлено міркування з питань логіки та аргументації в практичній діяльності захисника.

Наскільки вдалося реалізувати поставлені завдання — висновки роботи читачеві.

ПОНЯТТЯ ПРЕДМЕТА ТА МЕЖ ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ

§ 1. Предмет доказування у кримінальній справі

1. Основою, стрижнем, який пронизує всю діяльність органу дізнання, слідчого, прокурора, суду, захисника, інших учасників кримінального процесу в кожній кримінальній справі, є доказування, тобто дослідження фактів та обставин справи шляхом збирання (подання), дослідження та оцінки доказів. Для одних суб'єктів процесу, а саме: для прокурора, слідчого та особи, яка провадить дізнання, доказування фактичних обставин справи є їх процесуальним обов'язком (ч. 1 ст. 22 КПК), для інших — обвинуваченого, його законного представника та захисника, потерпілого та його представника, цивільного позивача та цивільного відповідача та їх представників — їх процесуальним правом (ч. 2 ст. 22, ч. 2 ст. 48, ст.ст. 49, 50, 51, 52 КПК та ін.). На суд покладено обов'язок об'єктивно і неупереджено створювати необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав (ч. 6 ст. 16⁻¹ КПК) та функцію розгляду справи (ч. 7 ст. 16⁻¹ КПК), основною складовою якої також є з'ясування справжніх фактичних обставин справи (ст.ст. 300, 301, 303–315⁻¹ КПК та ін.).

Доказування фактичних обставин органами, що здійснюють провадження у справі, в кінцевому підсумку спрямовано на те, щоб встановити факт злочину, винуватість у вчиненні злочину певної особи, обставини, що обтяжують чи пом'якшують покарання, цивільно-правові наслідки злочину, або навпаки, відсутність злочину, невинуватість обвинуваченого, обставини, що виключають кримінальну відповідальність чи покарання. В цьому плані доказування обумовлює перебіг та результати кримінально-процесуальної діяльності, досягнення поставлених перед ними завдань кримінального судочинства у кожній кримінальній справі (ст. 2 КПК).

В одних випадках сукупність фактів, з'ясування яких є метою доказування органу дізнання, слідчого, прокурора та суду, позначено в законі термінами “обставини, що підлягають доказуванню в кримінальній справі” (ст. 64 КПК), “обставини, що підлягають встановленню” в справі (ст. 433 КПК). В інших випадках — через постановку питань, які вирішує прокурор при перевірці справи з обвинувальним висновком (ст. 228 КПК)

та суд при постановленні вироку (ст. 324 КПК). Ще в інших нормах закон прямо вказує на такі факти та обставини (ст. 6 КПК та ін.). Спільним для таких фактів та обставин є те, що вони мають юридичне значення, є юридичними фактами, тобто такими, “...які кваліфікуються у відповідності з нормою і в поєднанні з нею тягнуть за собою юридичні наслідки”¹, і в той же час є необхідними і достатніми фактичними підставами для вирішення кримінальних справ остаточно і по суті. В процесуальній теорії², науково-практичній³ та навчальній літературі⁴ сукупність (систему) цих фактів та обставин іменують предметом доказування (*factum probandum*) у кримінальній справі⁵.

Погляди на предмет доказування як “процесуальне вираження складу злочину”⁶, як “мовний засіб означення узагальненого вираження в гносеологічному смислі об’єкта кримінально-процесуального пізнання, нормативно закріпленого в ст. 64 КПК у вигляді переліку обставин, що підлягають доказуванню у кримінальній справі”⁷ тощо, широкої підтримки в науковій літературі не дістали.

Опис предмета доказування в загальній формі в законі (ст. 64 КПК) є процесуальним правовим поняттям, що відображає зміст і структуру фактичних підстав вирішення кримі-

¹ Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. — М., 1960. — С. 185.

² Маляренко В. Т. Конституційні засади кримінального судочинства. — К., 1999. — С. 75; Галаган В. І. Проблеми вдосконалення кримінально-процесуальної діяльності: Монографія. — К., 2002. — С. 63; Треушников М. К. Судебные доказательства. — М., 2004. — С. 3.

³ Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі: Науково-практ. посіб. — К., 2002. — С. 50; Кримінально-процесуальний кодекс України: Науково-практ. коментар / За заг. ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. — К., 2003. — С. 188.

⁴ Омельяненко Г. М. Провадження у справах про злочини неповнолітніх: Навч. посіб. — К., 2002. — С. 12; Коваленко Є. Г. Кримінальний процес України: Навч. посіб. — К., 2003. — С. 115; Яновська О. Г. Кримінально-процесуальне право України. Навчально-метод. посіб. — К., 2003. — С. 86.

⁵ Докладніше про це див.: Попелюшко В. О. Предмет доказування в кримінальному процесі (кримінально-процесуальні та кримінально-правові аспекти). — Острог, 2001. — С. 28—49.

⁶ Банин В. А. Гносеологическая и правовая природа предмета доказывания в советском уголовном процессе: Учеб. пособие. Вып. 1. — Уфа, 1975. — С. 14.

⁷ Барабаш Т. М. Предмет доказування у кримінальних справах про ухилення від сплати податків, зборів та інших обов’язкових платежів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002. — С. 8.

нальної справи. Аналогічно до того, як кримінально-правовий опис складу злочину є змістом поняття злочину, кримінально-процесуальне описання складу предмета доказування є змістом поняття предмета доказування¹. Г. А. Матусовський з цього приводу слушно зауважує, що положення ст.ст. 64, 23 КПК “визначають кримінально-процесуальну програму розкриття, розслідування та попередження злочинів”².

2. Для прийняття кінцевого процесуального рішення та виконання завдань, які перед ними поставлено законом, особа, що провадить дізнання, слідчий, прокурор, суд у процесі розслідування та судового розгляду справи приймають різноманітні допоміжні, етапні (проміжні) рішення: про заходи забезпечення пред’явленого чи можливого в майбутньому цивільного позову (ст. 29 КПК); про передачу справи за підсудністю (ст. 38 КПК); про допуск до участі у справі захисника (ст. 44 КПК); про визнання особи потерпілим (ст. 49 КПК), цивільним позивачем (ст. 50 КПК), цивільним відповідачем (ст. 51 КПК); про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві (ст. 52⁻¹ КПК); про відводи (ст.ст. 54–63 КПК); про запобіжні заходи (ст.ст. 148–165⁻³ КПК); про зупинення провадження у справі (ст. 206 КПК) тощо. Для постановлення кожного із таких рішень також слід з’ясувати ту чи іншу передбачену процесуальним законом сукупність фактів та обставин³. Зокрема, Верховний Суд України у постанові Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 “Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства” звернув увагу судів на те, що “під час судового розгляду подання органу дізнання, слідчого чи прокурора про взяття під варту *предметом дослідження* (наш — *Авт.*) є ті обставини справи, з якими закон пов’язує можли-

¹ Докладніше про це див.: *Попелюшко В. О.* Предмет доказування в кримінальному процесі (процесуально-правові та кримінально-правові аспекти). — Острог, 2001. — С. 68–82.

² *Матусовський Г.* Проблеми боротьби зі злочинністю // *Вісник АПН України*. — 1998. — № 2 (13). — С. 121.

³ Докладніше про це див.: *Лушинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и формы. — М., 1976. — С. 8–73; *Михайленко А. Р.* Составление процессуальных актов по уголовным делам: теория, методика, примерные образцы документов. — К., 1989. — С. 13–36; *Григорьев В. Н., Кузьмин Г. А.* Правовые и организационные основы принятия решений в уголовном процессе (досудебные стадии): Монография. — М., 2003. — С. 5–42.

вість обрання цього запобіжного заходу (ст. 148 і ч. 1 ст. 155 КПК)...” (п. 10)¹.

Розглядаючи подання, суддя з'ясовує, чи є підозра у вчиненні особою злочину або обвинувачення останньої обґрунтованими, тобто чи є в розпорядженні органу дізнання, слідчого встановлені у визначеному законом порядку достатні дані, що свідчать про наявність ознак злочину, вчиненого саме цією особою (це можуть бути заяви і повідомлення про злочин, явка з повинною, документи, складені за результатами оперативно-розшукової діяльності, протоколи слідчих дій, висновки експертів тощо).

Досліджуються також обставини, які відповідно до ст. 150 КПК має бути враховано при обранні запобіжного заходу: вік підозрюваного, обвинуваченого, стан здоров'я, сімейний і матеріальний стан, вид діяльності, місце проживання. З'ясовуються дані про попередні судимості, соціальні зв'язки особи, її схильності (чи вживає наркотики, алкогольні напої тощо), спосіб життя, поведінку під час провадження в цій або іншій кримінальній справі (чи не ухилялася раніше особа від слідства, суду або виконання судових рішень, чи не вчинювала злочинів проти правосуддя).

Також слід дослідити відомості, що вказують на існування чинників, обставин чи моральних цінностей, які можуть свідчити про те, що підозрюваний, обвинувачений, перебуваючи на волі, не порушуватиме покладених на нього процесуальних обов'язків та не займатиметься злочинною діяльністю.

3. Особливе місце в системі фактичних обставин прийняття етапних (проміжних) та допоміжних рішень посідають обставини, які з'ясовують у порядку контролю за самим процесом провадження у справі, в першу чергу за процесом доказування у ній. На сьогодні кримінально-процесуальний закон передбачає три форми такого контролю, а, отже, три види таких обставин, які мають, відповідно, свої підвиди.

Перший вид зумовлено стадійною організацією кримінального процесу та обов'язком кожного наступного суб'єкта етапу чи стадії провадження кримінального судочинства піддавати правовій оцінці процес доказування попереднього етапу (стадії), зокрема, його законність, обґрунтованість та резуль-

¹ Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах (1973–2004): Офіційне видання / За заг. ред. В. Т. Маляренка. — К., 2004. — С. 265.

тат¹. Адже законність та обґрунтованість діяльності на попередніх етапах є неодмінною умовою подальшого провадження у справі. Наприклад, перевіряючи справу з обвинувальним висновком, прокурор зобов'язаний з'ясувати, окрім інших питань предмета доказування, чи було додержано органами дізнання або досудового слідства всіх інших вимог КПК (п. 11 ст. 228 КПК), і якщо ні, то він вправі повернути їм справу зі своїми письмовими вказівками для провадження додаткового розслідування (п. 2 ч. 1 ст. 229 КПК), усунення допущених порушень. Суддя при попередньому розгляді справи обов'язково з'ясовує, чи складено обвинувальний висновок відповідно до вимог КПК, чи не було допущено під час порушення справи, провадження дізнання або досудового слідства таких порушень вимог КПК, без усунення яких справу не може бути призначено до судового розгляду (п. 4, 5 ч. 1 ст. 237 КПК). Якщо такі порушення є, він згідно з чинним нині процесуальним законом, повертає справу відповідно прокурору або на додаткове розслідування (ст.ст. 246, 249⁻¹ КПК)². Повернення справи на додаткове розслідування з мотивів (підстав) неповноти або неправильності досудового слідства допускається сьогодні і на стадії судового розгляду справи (ст. 281 КПК), а

¹ Зеленецький В. С. Объект уголовно-процессуального познания действительности // Вопросы государства и права развитого социалистического общества (тезисы республ. научн. конференции). – Харьков, 1975. — С. 247–248.

² Автор украї негативно ставиться до правового інституту повернення справи на додаткове розслідування на судових стадіях кримінального судочинства як такого, вважаючи його “рудиментом” інквізиційного процесу. Він не лише не узгоджується, а відверто суперечить функціональному призначенню суду в державі (ч. 1 ст. 124 Конституції України) та, щонайменше, конституційному принципу змагальності сторін при розгляді справ у судах (п. 4 ч. 3 ст. 129 Конституції України, ст. 16¹ КПК). Цілком виправданим, природним та зрозумілим є право прокурора на повернення справи для провадження додаткового розслідування на етапі його роботи з обвинувальним висновком (п. 8 ч. 1 ст. 227, п. 2 ч. 1 ст. 229 КПК). Такої ж позиції дотримується, наприклад, С. М. Міщенко (*Міщенко С. М. Проблемні питання повернення справ на додаткове розслідування // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: Матеріали наук.-практ. конф., 18–19 квітня 2002 р., м. Харків / Редкол.: Сташис В. В. (головн. ред.) та ін. — К.; Х. — С. 202–206*), В. Г. Гончаренко (*Гончаренко В. Г. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність // Вісник АПН України. 2003. — № 2 (33) — № 3 (34). — С.705–707.*); В. Т. Маляренко *Щодо повернення судом кримінальної справи на додаткове розслідування та прокурору // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 6 (46). — С. 2–9.*) та низка інших науковців і практичних працівників.

законність та обґрунтованість попередніх стадій провадження у справі та їх результати є предметом з'ясування, з прийняттям відповідного рішення, при розгляді та перегляді кримінальних справ у судах апеляційної, касаційної інстанції та в порядку виключного провадження (ст.ст. 370, 374, 396, 404⁴ КПК).

Друга форма процесуального контролю, що стосується суто досудового розслідування, — нагляд прокурора за додержанням законів органами, які провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство (п. 3 ст. 121 Конституції України). Суть її полягає у тому, що прокурор зобов'язаний своєчасно вживати передбачених законом заходів до усунення всіляких порушень законів при здійсненні цих видів діяльності, хто б цих порушень не припускався¹. Звісно, щоб вжити відповідних заходів, прокурор мусить сам особисто чи за ініціативою інших осіб, в першу чергу учасників процесу, такі порушення виявити, встановити.

Третя форма процесуального контролю за законністю та обґрунтованістю досудового розслідування ґрунтується на функції суду із судового контролю за досудовим слідством, яка нині полягає у перевірці суддею законності та обґрунтованості дій та рішень: 1) про відмову в порушенні кримінальної справи (ст.ст. 99⁻¹, 236⁻¹ КПК); 2) про порушення кримінальної справи щодо певної особи в частині порядку, приводів та підстав порушення (Рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р. у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора); 3) про закриття кримінальної справи (ст.ст. 215, 236⁻⁵ КПК); 4) дій (бездіяльності) слідчого та прокурора (у вузькому розумінні цього слова) (ст.ст. 110, 234, 236 КПК); 5) про відмову в застосуванні заходів безпеки або їх скасування (ст. 52⁻⁵ КПК); 6) про затримання підозрюваного (ст. 106 КПК); 7) про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (ст. 177 КПК); 8) про проведення примусової виїмки з житла чи іншого володіння особи (ст. 178 КПК); 9) про проведення огляду житла чи іншого володіння особи (ст. 190 КПК); 10) про накладання арешту на кореспонденцію, зняття інформації з каналів зв'язку, огляд і виїмку ко-

¹ Див.: Шумський П. В. Прокуратура України: Навч. посіб. для студентів юрид. вузів та факультетів. — К., 1998. — С. 235–294; Маляренко В. Т., Вернидубов І. В. Прокурор у кримінальному судочинстві. Деякі проблеми та шляхи їх вирішення. — К., 2001. — С. 48–55, 60–82.

респонденції, дослідження інформації, знятої з каналів зв'язку (ст.ст. 187, 187¹ КПК).

Прийняттю суддею законного та обґрунтованого рішення з кожного із наведених питань, безумовно, має передувати повне, всебічне та об'єктивне з'ясування фактичних підстав такого рішення¹.

4. Усі наведені факти та обставини, що є основою етапних (проміжних) та допоміжних рішень слідчого при розслідуванні ним кримінальної справи, прокурора в порядку прокурорського нагляду та суду (судді) в порядку судового контролю та провадженні у справі, як і факти та обставини, які є підставами остаточних рішень у справі, — є об'єктом правової оцінки.

Це юридичні факти, тобто передбачені гіпотезами юридичних норм і такі, що фактично виникли, певні життєві обставини, з якими закон пов'язує виникнення, зміну чи припинення правових відносин.

Між тим, для об'єднання всіх юридично значущих фактів у поняття предмета доказування достатніх підстав немає. Встановлення фактичних підстав різних етапних (проміжних) та допоміжних процесуальних рішень не є самоціллю. В кінцевому підсумку їх пізнання підпорядковано встановленню обставин та фактів кінцевої мети доказування. Іншими словами, встановлення перших — засіб встановлення других. Наприклад, встановлення того, що обвинувачений погрожує свідкові і тим самим може перешкодити встановленню істини у справі, є фактичною підставою такого допоміжного рішення, як обрання щодо обвинуваченого запобіжного заходу — взяття під варту (ст.ст. 148, 155 КПК). Це потрібно, власне, для прийняття рішення, спрямованого на забезпечення умов для винесення правильного кінцевого рішення. Такою самою є правова природа інших фактичних обставин, встановлення яких не є кінцевою метою доказування. При об'єднанні ж обох груп обставин поняття предмета доказування втрачає визначеність (цілісність), зливається по суті з юридичними фактами і стає зайвим.

З іншого боку, один і той самий факт у певній справі може бути підставою для прийняття етапного (проміжного) чи допоміжного рішення і водночас предметом доказування в іншій,

¹ Докладніше про це див.: *Попелюшко В. О.* "Мала" судова реформа в Україні та захист прав громадян. — *Острог*, 2003. — С. 106–122; *Маляренко В. Т.* Кримінальний процес України: Стан та перспективи розвитку: Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл.: Вибрані наукові праці. — *К.*, 2004. — С. 167–178.

яка походить від розглядуваної кримінальної справи. Наприклад, факт недопущення чи ненадання своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист, вчинений особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором або суддею, є підставою для скасування постановленого по справі рішення (п. 3 ч. 1 ст. 370 КПК), умовою (підставою) визнання доказів, зібраних з такими порушеннями, недопустимими у справі (п. 1 ч. 1 ст. 374 КПК) тощо. У той же час такий факт буде предметом доказування в справі щодо суб'єкта, який здійснив це порушення (ст. 64 КПК, ст. 374 Кримінального кодексу України, далі — КК).

Встановлення обставин, що мають юридичне значення і є фактичними підставами кінцевого вирішення справи, означає досягнення істини у справі. Тому не випадково кримінально-процесуальний закон відмежовує (враховуючи як ознаку юридичної значущості, так і значення фактичної підстави постановлення кінцевого рішення у справі) сукупність цих фактів і обставин від інших юридичних фактів шляхом групування їх залежно від кримінально-процесуальної категорії справи (справи, які закінчуються постановленням обвинувального вироку, — ст.ст. 64, 433 КПК; справи, які закінчуються закриттям кримінальної справи зі звільненням особи від кримінальної відповідальності, — ст.ст. 7–11¹ КПК; справи про суспільно небезпечні діяння неосудних, обмежено осудних і осіб, які захворіли психічно після вчинення злочину, — ст. 416 КПК тощо). Термінологічно закон позначає цю сукупність як “обставини, що підлягають доказуванню в кримінальній справі” (ст. 64 КПК), “обставини, що підлягають встановленню в справах про злочини неповнолітніх” (ст. 433 КПК). Деякі процесуалісти вживають термін “головний факт”¹, чим особливо підкреслюють юридичну природу обставин фактичної підстави кінцевого вирішення справи.

¹ *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. — М., 1968. — Т. 1 — С. 663–667. Щоправда, останнім часом до “головного факту” предмета доказування низка авторів відносить лише ті обставини, які у своїй сукупності відповідають складу злочину, оскільки це поняття пов'язане з підставою кримінальної відповідальності і має визначальне значення для решти частин предмета доказування (див.: *Алексеев Н. С., Даев В. Г., Кокорев Л. Д.* Очерк развития науки уголовного процесса. — Воронеж, 1980. — С. 151; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. — М., 2004. — С. 222).

Отже, під предметом кримінально-процесуального доказування слід розуміти систему (сукупність) фактів об'єктивної дійсності, які мають юридичне значення і є необхідними та достатніми фактичними підставами для вирішення кримінальних справ остаточно і по суті.

Звичайно, між обставинами, що є підставами кінцевих процесуальних рішень, і тими, які є підставами допоміжних та етапних (проміжних) рішень, жорсткої межі немає. Вони можуть частково збігатися. Наприклад, однією з підстав вирішення питання про запобіжні заходи та їх види є обставини, які характеризують особу обвинуваченого і злочин (ст.ст. 148, 150 КПК), що в той же час є частиною предмета доказування як підстави обвинувального вироку (ст. 64 КПК). Однак такий збіг має місце не завжди і не по всьому колу обставин. Під час прийняття рішень про відводи (ст. 57 КПК), зупинення провадження у справі (ст. 206 КПК) та низки інших обставин, які є їх підставами, не збігаються із жодною з обставин предмета доказування при кінцевому, остаточному вирішенні справи і у більшості випадків з часом втрачають своє значення. Однак, і за часткового збігу таких сукупностей обставин їх необхідно чітко розрізняти, оскільки встановлення їх має не тільки різнопорядкові цілі (якщо так можна висловитися — тактичні та стратегічні), а й з'ясовуються вони в різних правових аспектах. З цих позицій значною мірою визначаються тактика і стратегія захисту.

§ 2. Структура та юридичний зміст обставин предмета доказування

1. Питання структури та юридичного змісту обставин предмета доказування в кримінальній справі з погляду захисту є важливим тому, що їх правильне усвідомлення сприяє установленню адекватної, чітко предметно визначеної правової позиції захисника, а в кінцевому підсумку — ефективності самої захисної діяльності.

Норми процесуального закону, які спеціально регламентують обставини, що підлягають доказуванню в кримінальній справі, нині сформульовано таким чином, ніби зазначені в них обставини є предметом доказування у всіх справах без будь-яких винятків, тобто описують його як загальний предмет доказування для кримінального судочинства в цілому. Наприклад, у ст. 64 КПК вказано: “При провадженні досудового слід-

ства, дізнання і розгляду кримінальної справи в суді підлягають доказуванню: 1) подія злочину (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину); 2) винність обвинуваченого у вчиненні злочину і мотиви вчинення злочину; 3) обставини, що впливають на ступінь тяжкості злочину, а також обставини, що характеризують особу обвинуваченого, пом'якшують та обтяжують покарання; 4) характер і розмір шкоди, заподіяної злочинцем, а також розмір витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочинного діяння". А у ст. 433 КПК, яка регламентує предмет доказування в справах про злочини неповнолітніх, зазначено: "При провадженні досудового слідства та розгляді в суді справи про злочин неповнолітнього, крім обставин, зазначених у ст. 64 цього Кодексу, необхідно також з'ясувати: 1) вік неповнолітнього (число, місяць, рік народження); 2) стан здоров'я та загального розвитку неповнолітнього. При наявності даних про розумову відсталість неповнолітнього, не пов'язану з душевними захворюваннями, повинно бути також з'ясовано, чи міг він повністю усвідомлювати значення своїх дій і якою мірою міг керувати ними; 3) характеристику особи неповнолітнього; 4) умови життя та виховання неповнолітнього; 5) обставини, що негативно впливали на виховання неповнолітнього; 6) наявність дорослих підмовників та інших осіб, які втягнули неповнолітнього в злочинну діяльність".

При порушенні кримінальної справи, дійсно, завжди є підстави вважати¹, що її буде закінчено постановленням обвинувального вироку, тобто що при провадженні дізнання, досудового слідства і судового розгляду буде встановлено обставини, вказані в ст. 64 КПК (а у справах про злочини неповнолітніх, ще й ті, що зазначено в ч. 1 ст. 433 КПК).

Проте на початку слідства далеко не завжди зрозуміло, що відбулося насправді. Іноді з'ясовують, що те, що вважали злочинним, насправді таким не було. Та й процесуальний закон в інших нормах спростовує загальний характер приписів

¹ Ларин А. М., Мельникова Э. Б., Савицкий В. М. Уголовный процесс России: Лекции-очерки / Под ред. проф. В. М. Савицкого — М., 1997. — С. 140—142; Маляренко В. Т., Вернидубов І. В. Прокурор у кримінальному судочинстві. — С. 27—36; Данышина Л. И. Возбуждение уголовного дела и предварительное расследование в уголовном процессе России: Учеб. пособие для вузов. — М., 2003. — С. 43—58; Яшин В. Н., Победкин А. В. Возбуждение уголовного дела. Теория, практика, перспективы: Учеб. пособие для вузов. — М., 2002. — С. 49.

ст.ст. 64 та 433 КПК. Зокрема, у п.п. 1 і 2 ч. 1 ст. 6 КПК, ст.ст. 248, 282, 327, 376, 400⁻¹ КПК підставами, відповідно, закриття справи, постановлення виправдувального вироку зазначено: 1) відсутність (невстановлення) події злочину; 2) відсутність у діянні складу злочину. А в статтях про всебічне, повне й об'єктивне дослідження обставин справи, про докази зазначено, що прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, зобов'язані “виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого” (ч. 1 ст. 22 КПК), що “доказами в кримінальній справі є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння...” (ч. 1 ст. 65 КПК). В наведених нормах закону, власне, йдеться про можливість (а отже, й необхідність) встановлення в кримінальній справі предмета доказування, прямо протилежного тому, що визначений у ст. 64 КПК. Його в літературі іноді називають предметом доказування в “негативній формі”¹, оскільки результат дослідження обставин справи буде протилежним до того, який зазначений у схемі ст. 64 КПК.

2. Не всі обставини, що зумовлюють, наприклад, закриття справи, можна віднести до предмета доказування в позитивній чи негативній формі. Наприклад, якщо в ході судового розгляду встановлено вчинення особою злочину невеликої або середньої тяжкості, але суд визнає, що з урахуванням бездоганної поведінки та сумлінного ставлення до праці цю особу на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечною, він своїм вироком може звільнити її від покарання (ч. 5 ст. 7 КПК). В наведеному прикладі предмет доказування становлять обставини, зазначені в ст. 64 КПК (предмет доказування в “позитивній” формі), і додатково ті, що вказані в ч. 5 ст. 7 КПК як підстави до визнання особи такою, що вже не є суспільно небезпечною, а у зв'язку з цим вона набула можливості бути звільненою від покарання. А у справах, які вирішуються на підставі п.п. 7, 9 ч. 1 ст. 6 КПК (за відсутністю скарги потерпілого, якщо справу може бути порушено не інакше, як за його скаргою, крім випадків, коли прокуророві було надано право порушувати справу і за відсутності скарги потер-

¹ Советский уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности / Отв. ред. В. М. Савицкий.— М., 1979. С. 256.

підлого (ч. 3 ст. 27 КПК); щодо особи, про яку є вирок суду за тим самим обвинуваченням, що набрав законної сили, або ухвала чи постанова суду про закриття справи з тієї самої підстави), обставини предмета доказування не мають жодного стосунку ні до обвинувачення, ні до виправдання. Тому слід визнати, що структура предмета доказування в кожній окремій кримінальній справі залежить від специфіки її фактичного складу та його юридичних ознак і встановлюється суб'єктом провадження справи кінцевим процесуальним рішенням.

3. Обставини предмета доказування, про що вже йшлося, це юридичні факти, з якими закон пов'язує виникнення, зміну чи припинення правовідносин, юридичних прав і обов'язків у конкретних осіб. Норми ж кримінально-процесуального закону є одними з тих правових норм, гіпотези яких передбачають ці юридичні факти як умови, що зумовлюють ті чи інші правові наслідки. Тому вирішення багатьох проблем предмета доказування, в тому числі про структуру обставин, що його становлять, можливе лише шляхом аналізу юридичного змісту цих обставин. Адже найістотніше на структуру предмета доказування впливає, безперечно, їх зміст.

4. Поширеною є думка про те, що орієнтиром для встановлення конкретних фактів, які можуть стати предметом доказування в кримінальній справі, є регламентовані кримінальним законом ознаки, які характеризують певний склад злочину, та інші обставини, що мають кримінально-правове значення¹. Кримінально-процесуальний же закон встановлює лише порядок і способи з'ясування обставин, що належать до предмета доказування, та визначає його елементи. Тобто, суть цього погляду полягає у тому, що юридичні факти кримінальної справи, які в кінцевому підсумку зумовлюють виникнення, зміну і припинення правових відносин, є тільки матеріально-правові, мають лише кримінально-правове значення, що, наприклад, "при відсутності правопорушення, невинності конкретної особи і т. д. застосування права не здійснюється"².

Дійсно, при провадженні кримінальної справи здебільшого виникає необхідність встановити, що діяння є суспільно небезпечним і кримінально караними (ст. 7 КК), тобто діяння, яке

¹ Курс советского уголовного процесса / Под ред. А. Д. Бойкова, И. И. Карпеца. — М., 1989. — С. 543.

² Даев В. Г. Взаимосвязь уголовного права и процесса. — Л., 1982. — С. 108.

відповідає ознакам конкретних складів злочинів, вказаних в Особливій частині КК. З огляду на нерозривний зв'язок норм Загальної та Особливої частини КК, що стосуються злочинності діяння, предмет доказування містить також обставини, вказані в Загальній частині КК: час, місце вчинення злочину, вік і осудність особи тощо (ст.ст. 4–6, 10, 12, 15, 16–19 КК).

При встановленні підстав та умов кримінальної відповідальності, з метою призначення справедливої міри покарання винуватій особі, має бути обов'язково з'ясовано факти та обставини, які впливають на вид та розмір кримінального покарання (ст.ст. 65–67 КК), або факти та обставини, що дозволяють звільнити особу від кримінальної відповідальності (ст.ст. 44–49, 85 КК) чи від кримінального покарання та його відбування (ст.ст. 74, 75, 79, 80, 83, 84, 85, 86 КК).

А щоб жоден невинний не був засуджений, у кримінальній справі має бути встановлено обставини, вказані в ч. 2 ст. 11, ст.ст. 36–43 КК (малозначність діяння, необхідна оборона, уявна оборона, затримання особи, що вчинила злочин, крайня необхідність, фізичний або психічний примус, виконання наказу або розпорядження, діяння, пов'язане з ризиком, виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації).

Отже, для виконання згаданих завдань кримінального судочинства предмет доказування охоплює обставини, що мають кримінально-правове значення, кримінально значущі факти.

5. Застосування кримінально-правових норм (кримінально-правова кваліфікація, визначення справедливої міри покарання), встановлення кримінально-правових відносин є неможливим поза реалізацією суб'єктами кримінально-процесуальних відносин своїх прав, обов'язків та повноважень у порядку, визначеному процесуальним законом. Визначаючи той чи інший перелік кримінально-правових обставин (ст.ст. 7–11¹, 64, 433 КПК та ін.), процесуальний закон зобов'язує слідчого, прокурора, суд встановити ці обставини. З позицій процесуального права встановлення кримінально значущих фактів пов'язується з прийняттям тих чи інших рішень. Річ у тім, що, по-перше, застосувати норму кримінального матеріального закону без застосування одночасно норми (норм) процесуального закону неможливо. Більше того, вирішення будь-якої кримінальної справи по суті, чи то матеріально-правової, чи то процесуаль-

но-правової категорії (як і прийняття решти процесуальних рішень), здійснюється на підставі (з посиланням на неї), передбаченій процесуальним, а не кримінальним законом. Тому всі кримінально значущі обставини предмета доказування у кримінальній справі є наповнені одночасно кримінально-процесуальним змістом.

По-друге, щоб не допустити необґрунтованого засудження і покарання осіб, які насправді злочину не вчиняли, процесуальний закон називає обставини, що є підставами закриття справи і реабілітації невинних (п.п. 1, 2, 5 ч. 1 ст. 6, п. 2 ст. 213 КПК та ін. — відсутність події, складу злочину, недосягнення особою віку кримінальної відповідальності, недоведеність участі обвинуваченого у вчиненні злочину). Таких обставин є набагато більше, ніж тих, що дістали відображення в кримінальному законі (ч. 2 ст. 11, ст.ст. 36–43 КК — малозначність, необхідна оборона і т. д.). Тобто, низка передбачених законом обставин — підстав для закриття справи (виправдання), взагалі не має матеріально-правового значення, а лише процесуальне¹.

По-третє, у деяких випадках провадження у справі залежить від волевиявлення потерпілого (п.п. 6, 7 ч. 1 ст. 6 КПК), від того, що особа, яку вважали винною, померла (п. 8 ч. 1 ст. 6 КПК), від факту наявності щодо особи вироку за тим самим обвинуваченням, що набрав законної сили, або ухвали чи постанови суду про закриття справи з тієї самої підстави (п. 9 ч. 1 ст. 6 КПК), неявки потерпілого в судове засідання без поважних причин (ч. 3 ст. 282 КПК). Вказані обставини є фактичними підставами застосування також виключно процесуального закону.

Нарешті, тільки процесуальний закон підлягає застосуванню, якщо встановлено причини та умови, які сприяли вчиненню злочину (ст.ст. 23–23² КПК).

Отже, в одних випадках обставини предмета доказування мають кримінально-правове і кримінально-процесуальне значення одночасно. З огляду на те, що їх доказування передбачено процесуальним законом, вони не можуть бути тільки ма-

¹ За висловом М. Є. Шумила — “кримінально-процесуальну кваліфікацію”. (Шумило М. Є. Реабілітація в кримінальному процесі України: Монографія. — Харків, 2001. — С. 69).

теріально-правовими, в інших же — це виключно процесуально-правові обставини.

6. Пункт 4 ст. 64 КПК вимагає встановлення характеру і розміру завданої злочином шкоди, що можуть бути обставинами, які мають кримінальне матеріально-правове значення, наприклад, у справах про злочини проти власності, передбачені ст.ст. 185–197 КК. Однак вони можуть мати і цивільно-правове значення при вирішенні питання про матеріальну та моральну (немайнову) відповідальність за спричинену шкоду. Отже, наведені приписи процесуального закону означають, що за наявності майнової та (або) моральної (немайнової) шкоди підлягає застосуванню також цивільний матеріальний закон¹. На його застосування вказує і ст. 28 КПК, що встановлює право особи, яка зазнала матеріальної шкоди від злочину, пред'явити до обвинуваченого або до осіб, що несуть матеріальну відповідальність за дії обвинуваченого, цивільний позов, який розглядає суд разом із кримінальною справою. При постановленні вироку суд в нарадчій кімнаті поряд з іншими питаннями вирішує, чи підлягає задоволенню пред'явлений цивільний позов, на чию користь та в якому розмірі (п. 6 ч. 1 ст. 324 КПК). Неправильне застосування цивільного матеріального закону матиме негативні правові наслідки (п. 3 ч. 1 ст. 373 КПК).

Наприклад, Верховний Суд України у постанові Пленуму від 2 липня 2004 р. № 13 “Про практику застосування законодавства, яким передбачені права потерпілого” прямо вказує: “При вирішенні питання про відшкодування моральної шкоди за позовом потерпілого суди повинні керуватися відповідними положеннями Цивільного кодексу України...” (п. 31)².

Як і кримінально-правові, цивільно-правові обставини предмета доказування також одночасно є кримінально-процесуально значущими.

7. Застосування цивільно-процесуальних норм у процесі кримінального судочинства в законі прямо не передбачено, а в літературі з цього приводу висловлено різні думки. Наприклад, Р. Д. Рахунов виступив проти застосування норм ЦПК при

¹ Шпилёв В. Н. Содержание и форма уголовного судопроизводства. — Минск, 1976. — С. 49; Нор В. Т. Защита имущественных прав в уголовном судопроизводстве. — К., 1989. — С. 7; Гошовський М. І., Кучинська О. П. Потерпілий у кримінальному процесі України. — К., 1998. — С. 28.

² Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 8 (48). — С. 9–10.

провадженні в кримінальній справі¹, А. С. Мазалов, В. Я. По-нарін, В. П. Божьєв, навпаки — за². З останньою думкою слід погодитись. На практиці норми Цивільного-процесуального кодексу України (далі — ЦПК) застосовуються при провадженні цивільного позову в кримінальній справі, зокрема норми про процесуальні передумови позову, докази, предмет і межі доказування тощо, тобто при вирішенні питань, не врегульованих у КПК.

На застосування норм ЦПК у формі субсидіарної аналогії процесуального закону орієнтує суди Верховний Суд України. У постанові його Пленуму від 31 березня 1995 р. № 4 “Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди” (зі змінами, внесеними постановою Пленуму від 25 травня 2001 р. № 5) зазначено: “Виходячи з правил статей 4, 5 ЦПК і статей 28, 49, 50 Кримінально-процесуального кодексу України ... потерпілий, тобто особа, якій злочинном заподіяно моральну шкоду (внаслідок посягання на здоров’я, честь, гідність, знищення майна, позбавлення годувальника тощо), має право пред’явити позов про її відшкодування у кримінальному процесі...”

У кримінальній справі вимоги про відшкодування моральної шкоди розглядаються і вирішуються судом за умови, що особу, якій її заподіяно, визнано в установленому законом порядку потерпілою та цивільним позивачем і що у справі є письмова заява, що за змістом відповідає ст. 137 ЦПК. У тих кримінальних справах, які відповідно до ст. 27 КПК порушуються не інакше, як за скаргою потерпілого, вимоги про відшкодування моральної шкоди можуть бути викладені у скарзі про порушення кримінальної справи” (ч.ч. 1 і 2 п. 17¹)³. А у постанові Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1989 р. № 3 (зі змінами, внесеними постановами від 25 грудня 1992 р. № 3 та від 3 грудня 1997 р. № 12) “Про практику застосування судами України законодавства про відшкодування

¹ Рахунов Р. Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности. — М., 1961. — С. 254.

² Мазалов А. Г. Гражданский иск в уголовном деле. — М., 1977. — С. 50; Погарин В. Я. Производство по гражданскому иску при расследовании уголовного дела. — Воронеж, 1978. — С. 10; Божьєв В. П. Гражданский иск в уголовном деле и применение гражданского процессуального права // Советское государство и право. — 1986. — № 8. — С. 72–79.

³ Вісник Верховного Суду України. — 2001. — № 3(25). — С. 8.

матеріальної шкоди, заподіяної злочином і стягнення безпідставно нажитого майна” прямо записано: “Роз’яснити, що при врегулюванні цивільного позову в кримінальній справі з питань, не мамани ЦПК” (ч. 1 п. 5)¹.

Показання цивільного позивача та цивільного відповідача і їх представників у законі не віднесено до кримінально-процесуальних доказів (ст. 65 КПК). Ці учасники кримінального процесу відповідно до свого статусу вправі, відповідно, підносити цивільний позов, заперечувати проти пред’явленого позову, давати пояснення по суті пред’явленого позову (ст.ст. 50, 51, 52, 268 КПК). А це означає, що в частині цивільного позову в кримінальній справі за аналогією цивільно-процесуального закону суд використовує їх пояснення як цивільно-процесуальні докази (ст.ст. 27, 180 ЦПК)².

Гардаю, що практику застосування цивільних процесуальних норм при провадженні по цивільному позову в кримінальній справі слід було б закріпити в законі. Причому немає потреби повторювати в законі цивільно-процесуального закону повторювати в законі кримінально-процесуальному. Достатньо передбачити, що в інших випадках цивільного позову в кримінальній справі, “якщо не вказано в законі”, слід керуватися нормами ЦПК³.

Таке правозастосування є можливим і необхідним з огляду на спорідненість завдань кримінального і цивільного судочинства в цій частині (ст. 2 КПК — ст. 2 ЦПК), кримінально-процесуального та цивільно-процесуального права як двох галузей одного права.

Отже, розгляд елементів предмета доказування як юридичних фактів свідчить, що за своєю юридичною природою — об’єктивної, частини кримінально-правової, кримінально-процесуальної, цивільно-правової та цивільно-процесуальної значущості і, відповідно, ці галузі права регламентують структуру і зміст предмета доказування.

1 С. 27. Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. —

2 думки учасників міжнародної науково-практичної конференції “Тактика, методика, етика захисту та представництва”. — К., 2003. — С. 128–130.

3 думки учасників міжнародної науково-практичної конференції “Тактика, методика, етика захисту та представництва”. — К., 2003. — С. 128–130.

4 думки учасників міжнародної науково-практичної конференції “Тактика, методика, етика захисту та представництва”. — К., 2003. — С. 128–130.

5 думки учасників міжнародної науково-практичної конференції “Тактика, методика, етика захисту та представництва”. — К., 2003. — С. 128–130.

Однак регламентація структури та змісту предмета доказування названими галузями права і обмежується¹. Є, щоправда, думка про те, що в процесі кримінального судочинства, крім норм матеріального (кримінального і цивільного) та процесуального (кримінального і цивільного права), застосовуються також норми трудового, адміністративного, сімейного та інших галузей права². Обґрунтовуючи свій погляд, автори посилаються, по-перше, на норми КПК (ч. 6 ст. 6, ч. 2 ст. 214 КПК України), у яких сказано, що при закритті справи, якщо в ході дізнання, досудового чи судового слідства було встановлено факти, які вимагають застосування заходів громадського або дисциплінарного впливу чи адміністративного стягнення щодо особи, яку притягають як обвинуваченого, або щодо інших осіб, орган дізнання, слідчий, прокурор, суд або суддя, закриваючи справу, доводять ці факти до відома відповідних організацій і органів для вжиття до цих осіб відповідних заходів впливу. По-друге, оскільки диспозиції норм кримінального права містять у своїй основі норми інших галузей права, застосування останніх має важливе значення для винесення законного та обґрунтованого рішення. Наприклад, у справах про порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту (ст. 286 КК) застосовуються правила дорожнього руху, і для їх застосування необхідно з'ясувати, у чому конкретно виразилось застосування цих норм³.

Між тим, посилання на ч. 6 ст. 6 та ч. 2 ст. 214 КПК не підкріплюють висновків згаданих авторів, оскільки там прямо сказано, що відповідні матеріали направляються "органу (посадовій особі), уповноваженому розглядати справу" (ч. 6 ст. 6 КПК), що повідомлення про факти доводяться "до відома громадської організації ... для вжиття відповідних заходів впливу" (ч. 2 ст. 214 КПК). Отже, норми матеріального права на основі встановлених фактів при провадженні кримінальної справи застосовує не слідчий (суд), а вказані у відповідних нормах

¹ Див.: Кримінально-процесуальний кодекс України: Науково-практ. коментар / За заг. ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. — К., 2003. — С. 188–196.

² Манаев Ю. В. Применение норм гражданского и административного права в решениях по уголовным делам // Вопросы борьбы с преступностью. — М., 1980. — Вып. 32. — С. 114–116; Чурилов С. Н. Предмет расследования преступления: проблемы, пути решения: Учебно-практ. пособие. — М., — 2002. — С. 15.

³ Манаев Ю. В. Значч. праця. — С. 116.

КПК органи та організації. Таке правозастосування перебуває за межами кримінального судочинства.

У другому доводі правильним є те, що в бланкетних кримінально-правових диспозиціях містяться посилання на норми інших галузей права. Але це не дає достатніх підстав для твердження про застосування цих норм у кримінальному процесі.

По-перше, норми інших галузей права становлять хоча й основну, але все ж частину кримінально-правової диспозиції. Наприклад, при перевищенні максимальної швидкості руху застосовується п. 12.1 Правил дорожнього руху. Якщо ж таке перевищення спричинило вказані в ст. 286 КК наслідки (друга частина кримінально-правової диспозиції), застосуванню підлягає кримінально-правова норма, а не адміністративно-правова. Аналогічно вирішується питання при застосуванні бланкетних диспозицій інших норм кримінального закону.

По-друге, і це головне, фактичною підставою застосування норм кримінального права є якісно інші факти, а саме діяння, які мають підвищений ступінь суспільної небезпеки, порівняно з фактами, що зумовлюють застосування норм адміністративного, земельного, сімейного, податкового, інших галузей права (ст.ст. 138–139, 172–173, 202–203, 246–248 КК та ін.).

Норми інших галузей права суб'єкти кримінального процесу використовують для з'ясування дійсного змісту бланкетних кримінально-правових диспозицій з метою правильної кваліфікації діяння особи, прийняття законного рішення по суті кримінальної справи¹. У цьому плані робота слідчого, прокурора, суду, захисника та інших учасників процесу з нормативним матеріалом інших галузей права та підзаконних актів мусить бути надзвичайно кропіткою. Її ігнорування іноді має негативні наслідки, аж до незаконного притягнення невинних до кримінальної відповідальності та засудження. Проілюструємо це прикладом з адвокатської практики.

¹ Норми інших галузей права застосовуються у кримінальному судочинстві, але не при вирішенні справ по суті, зокрема, в частині цивільного позову, при вирішенні питання про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочином тощо (див.: Постанова Пленуму Верховного Суду України "Про практику застосування судами України законодавства про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочинцем, і стягнення безпідставно нажитого майна" від 31 березня 1989 р. № 3 (зі змінами, внесеними постановами від 25 грудня 1992 р. № 13 та від 3 грудня 1997 р. № 12). // Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. — С. 275–183.

Слідчим прокуратури Полонського району Хмельницької області Сідлецький Й.¹ був притягнений до кримінальної відповідальності та обвинувачений за ч. 1 ст. 364 КК (зловживання службовим становищем, — за зміненням прокурором у суді обвинуваченням) в тому, що “працюючи на посаді директора Понінківського підприємства теплових мереж, будучи службовою особою, зловживає службовим становищем, з корисливих мотивів та в інших особистих інтересах, використовуючи службове становище, всупереч інтересам служби незаконно, в порушення ч.ч. 1.1, 1.3, 3.1 Інструкції про порядок застосування подорожнього листа службового легкового автомобіля та обліку транспортної роботи, затвердженої наказом Держкомстатистики України № 74 від 17.02.1996 р. з червня 1999 р. включно по грудень 2001 р. отримував, використовував, списував на власний автомобіль ВАЗ-2101 ... бензин, мотивуючи це тим, що автомобіль використовує в службових цілях. Всього за період з червня включно по грудень 2001 р. Сідлецьким Й. незаконно використано та списано 1734,8 л бензину на суму 3021 грн. 19 коп.”

Захисника Сідлецького Й., за його запрошенням, було допущено до участі в справі на стадії її судового розгляду. З'ясувалося, що приводом до порушення кримінальної справи став акт ревізії фінансово-господарської діяльності підприємства контролерами-ревізорами Полонського КВР, а підставами — фактичні дані цього акта про порушення Сідлецьким Й. наведеної Інструкції Держкомстатистики України.

Захисник вивчив цю Інструкцію і дійшов висновку, що її положення не стосуються змісту диспозиції ч. 1 ст. 364 КК, оскільки Сідлецький Й. використовував у службових цілях особистий легковий автомобіль. Порядок же компенсації за використання особистих легкових автомобілів для службових поїздок регламентовано наказом Міністерства фінансів України та Міністерства економіки України від 12 листопада 1993 р. № 88 “Про затвердження норм коштів на представницькі цілі, рекламу та виплату компенсації за використання особистих легкових автомобілів для

¹ Тут і в інших прикладах із неопублікованої слідчої та судової практики прізвища осіб змінено.

службових поїздок та порядок їх витрачання”, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 6 грудня 1993 р. за № 185. Компенсацію, згідно з цим наказом (п. 4), слід виплачувати щомісячно, залежно від класу легкового автомобіля, зокрема від робочого об’єму двигуна, в кратних розмірах мінімальної заробітної плати (без індексації). Про облік роботи такого автомобіля шляхом складання подорожніх листів у наказі не йдеться.

Факт використання Сідлецьким Й. особистого легкового автомобіля в службових цілях було встановлено достовірно. Він дотримав також усіх інших передбачених наказом умов такого використання.

Враховуючи наведене, захисник визначив предмет своєї захисної діяльності однозначно — діяльність підсудного щодо використання особистого автомобіля в службових цілях і отримання за це відповідної компенсації не є протиправною, діяння підсудного не відповідають складу інкримінованого йому злочину, він підлягає виправданню на підставі ч. 3 ст. 327 КПК.

Між тим, суд відновив судове слідство в порядку, передбаченому ч. 3 ст. 318 КПК, для допиту на судовому слідстві як свідків ревізорів-контролерів та начальника Полонського КРВ. Свідки підтвердили в суді правильність висновків акта ревізії, а на спростування доводів захисника послалися на те, що в розглядуваній наказі Мінфіну та Мінекономіки України 15 червня 1995 р. спільним наказом тих самих відомств за № 104/94 було внесено зміни. В наданому суду наказі, отриманому із комп’ютерної інформаційно-правової мережі, прямо зазначалося: “Втратили чинність норми Положення — в частині, що регулює витрати госпрозрахункових підприємств і організацій (згідно з Наказом від 15 червня 1995 року № 104/94).”

Підприємство теплових мереж було госпрозрахунковим. Суд не погодився з доводами та правовою позицією захисника і з посиланням на порушення підсудним тих самих пунктів Інструкції про порядок застосування подорожнього листа службового автомобіля засудив його з призначенням кримінального покарання, причому засудив за ч. 1 ст. 367 КПК (службова недбалість), ніяк не мотивуючи змін кваліфікації дій Сідлецького Й.

У цьому зв'язку предметом перевірки захисника став факт реєстрації змін до спірного наказу в Мініюсті України. Було встановлено, що ані такі зміни, ані наказ у новій редакції в офіційних виданнях (Бюлетні міністерств і відомств, в газетах "Урядовий кур'єр" та "Голос України") опубліковано не було.

Позицію та предмет захисту сторона захисту в апеляції на вирок суду залишила незмінними, додатково пославшись лише на нововиявлений нею доказовий факт — немає реєстрації оспорюваних змін до наказу Мінфіну і Мінекономіки у Мініюсті України. Апеляційний суд з позицією захисту та її доводами погодився, апеляційну скаргу задовольнив, вирок місцевого суду щодо Сідлецького Й. скасував, а кримінальну справу щодо нього закрит на підставі п. 2 ст. 6 КПК. Касаційного подання стороною обвинувачення на ухвалу апеляційного суду Хмельницької області в установлені законом строки подано не було¹.

§ 3. Види предмета доказування

1. Аналіз системи обставин предмета доказування дозволяє констатувати, що при провадженні в кримінальних справах реально існує кілька видів предмета доказування, які, про що йшлося в попередньому параграфі, відрізняються як структурою, так і змістом фактів та обставин, що їх формують, і ст. 64 КПК не охоплює всієї їх різноманітності. У цьому зв'язку інтерес становить класифікація.

Класифікація предметів доказування дає змогу з'ясувати особливості, виявити збіг і відмінності окремих видів, підвидів і різновидностей. У кінцевому підсумку вона допомагає більш правильно вирішити питання про обсяг і зміст фактів предметів доказування в справах окремих категорій, що є суттєвим для практики і не в останню чергу практики захисту в кримінальних справах.

Обґрунтовану схему видів і різновидностей предмета доказування, по-перше, можуть використовувати суб'єкти, що здійснюють провадження у справі, як програму встановлення обставин при розслідуванні та судовому розгляді конкретних кримінальних справ, по-друге, сторона захисту — як програму

¹ Справа №11^а-38 2003 року (за реєстрацією апеляційного суду). Архів місцевого Полонського районного суду за 2003 рік.

спростування цих обставин, по-третє, вона може слугувати “міркою”, “шаблоном” для перевірки повноти їх встановлення в момент остаточного вирішення справи і при її розгляді та перегляді судами вищого рівня.

2. У літературі з кримінального процесу є кілька підходів до класифікації предметів доказування.

Цікаву підставу поділу предметів доказування запропонував М. Нокербєков, а саме — “законний інтерес” учасника процесу, за яким кожен учасник процесу має “свій предмет доказування”¹.

Справді, свій кут бачення предмета доказування у справі має прокурор, обвинувачений, захисник, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники. Не кожен факт предмета доказування може, наприклад, обґрунтовувати захисник. Зокрема, він не повинен доводити винуватість обвинуваченого. Тому допустимо говорити про предмет доказування обвинуваченого, захисника, потерпілого тощо. Однак при цьому слід мати на увазі таке. По-перше, доказування в такому плані є доведенням тези. Між тим, теза і предмет доказування — це різні поняття. Якщо теза — це думка, одна із декількох, то предмет доказування — об’єктивний юридичний факт, який у кожній окремо взятій кримінальній справі може бути один і тільки один. По-друге, “інтерес” учасника процесу, його погляд на предмет доказування, який з цього інтересу випливає (в тому числі при доказуванні як обґрунтуванні тези, який збігається з оцінкою в доказуванні як дослідженні) не є ознаками цього предмета. У зв’язку з цим вони не можуть бути підставами класифікації.

Такими підставами класифікації неодмінно мають бути об’єктивні правові властивості самих обставин предмета доказування.

Деякі вчені взагалі вбачають можливість законодавчої диференціації предмета доказування на підставі різноманітності видів злочинів, тобто на підставі ознаки конкретної кримінально-правової значущості тієї чи іншої сукупності обставин².

У принципі можна погодитися з цим і в законі передбачити описання предметів доказування окремих видів злочинів. Од-

¹ Нокербєков М. Предмет доказывания в советском уголовном процессе. Автореф. дисс... канд. юрид. наук. — Алма-Ата, 1964. — С. 18.

² Зеленецький В.С. Предупреждение преступлений следователям. — Харьков, 1975. — С. 33.

нак тоді закон буде надто громіздким. Розкриття структури та змісту предметів доказування за окремими кримінально-правовими категоріями кримінальних справ — це, швидше, сфера комплексних наукових та науково-практичних досліджень (кримінально-правових, кримінально-процесуальних, криміналістичних, кримінологічних тощо) у формі монографій, методичних розробок щодо розслідування та судового розгляду кримінальних справ за тією чи іншою статтею (статтями) КК, чим, власне, вчені відповідних галузей знань і займаються¹.

3. Законодавче визначення предмета доказування — це завдання, в першу чергу, кримінально-процесуального права, яке покликане сприяти встановленню істини в кожній справі та виконанню всіх поставлених перед кримінальним судочинством завдань. Тому, вважаю, слід вибрати такі підстави поділу, які узгоджувались би з метою кримінально-процесуального доказування (встановлення істини у справі) і з системою завдань кримінального судочинства в цілому, тобто могли б бути застосовані до всіх кримінальних справ незалежно від їх кримінально-правових категорій, відповідали чинному кримінальному і кримінально-процесуальному законам та практиці їх застосування. Цим вимогам відповідає, на мій погляд, ознака кримінально-правової значущості (чи її відсутність) системи обставин предмета доказування в цілому, з встановленням яких при остаточному вирішенні справи настають вказані в законі наслідки. Іншими словами, це ознака “реабілітації” чи “нереабілітації” та (чи) характер рішення, що приймається з питання про винуватість, причому щодо всіх кримінальних справ, а не тільки тих, провадження яких закінчується постановленням вироку. До конкретизації юридичної значущості доцільніше звертатись при поділі деяких видів предмета доказування на підвиди, а також при аналізі обставин у справах окремих категорій.

Можна виокремити три основних види правових наслідків, що настають за остаточного вирішення кримінальних справ: 1) визнання особи вироком суду винною у вчиненні злочину

¹ Див., наприклад: *Костін М. І.* Особливості предмета доказування у справах про контрабанду // Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС України: Збірник наукових праць. — 2001, № 2 (5). — С. 138—145; *Барабаш Т. М.* Предмет доказування у кримінальних справах про ухилення від сплати податків, зборів, інших обов’язкових платежів: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — К., 2002.

та закриття справи за такими підставами, що не реабілітують (компрометують) особу; 2) виправдання та закриття справи за підставами, що реабілітують особу; 3) закриття справи за нейтральними (процесуальними) підставами (якщо винуватість чи невинуватість не встановлюються відповідним кінцевим рішенням). Окремі види правових наслідків, залежно від конкретної правової значущості тієї чи іншої сукупності обставин, можна класифікувати на підвиди та різновидності.

4. Найпоширеніший вид предмета доказування становить сукупність обставин, основним елементом якого є здійснення певною особою злочину. Він описаний у ст. 64 КПК. Якщо в ході досудового слідства встановлюють передбачені в цій статті обставини, розслідування закінчується складанням обвинувального висновку, а при підтвердженні тих самих обставин в суді — постановляється обвинувальний вирок з призначенням кримінального покарання. Дуже близький до нього за змістом і структурою предмет доказування, визначений у ст. 433 КПК (конкретизований щодо справ про злочини неповнолітніх).

5. Специфічними є сукупності обставин, що встановлюються у справах, у яких винна особа звільняється від кримінальної відповідальності або від покарання чи його відбування, або справу щодо неї закривають за такими підставами, що не реабілітують: 1) у зв'язку зі зміною обстановки (ст. 48 КК; 2) у зв'язу з дійовим каяттям (ст. 45 КК); 3) у зв'язку з примиренням винного з обвинуваченим (ст. 46 КК); 4) у зв'язку з передачею особи на поруки (ст. 47 КК); 5) у зв'язку із закінченням строків давності (ст.ст. 49, 80, 106 КК); 6) із застосуванням випробування (ст.ст. 75, 79, 104 КК); 7) за хворобою (ст. 84 КК); 8) на підставі закону про амністію (ст.ст. 85, 86 КК); 9) із застосуванням до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру (ст. 105 КК)¹.

Спільне, що об'єднує зазначені різновидності предмета доказування, — це також необхідність встановлення обставин, які відповідають ознакам конкретного складу злочину, і здійс-

¹ Практичні та й теоретичні питання, пов'язані із закриттям кримінальних справ за підставами, що не реабілітують, в тому числі стосовно предмета доказування, досить широко та правильно висвітлено в узагальненні "Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних справ", опрацьованого у Верховному Суді України (Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 2 (42). — С. 27–33.).

нення його певною особою. Ці обставини — теж необхідний компонент предмета доказування названих категорій кримінальних справ. Це “центральный”, “головний факт”. Саме необхідність доказування цього факту дозволяє об’єднати вказані різновидності предмета доказування в окремий вид¹, означений у теорії “предметом обвинувачення”.

Обов’язковим компонентом предмета обвинувачення, оскільки встановлюється саме злочин, є причини та умови, які сприяли його визначенню (ст. 23 КПК)².

За наявності підстав для кримінальної відповідальності та, одночасно, для звільнення від кримінальної відповідальності чи від покарання або його відбування, склад фактів у таких справах, як правило, є доволі непростий. Крім обставин, вказаних у ст. 64 КПК (ч. 1 ст. 433 КПК), додатково належить доказати й ті, з якими закон пов’язує закриття справи, звільнення від кримінальної відповідальності або покарання чи його відбування. Причому в кожному конкретному випадку вирішення таких справ по суті встановлювані обставини повинні чітко відповідати як вимогам процесуального закону, так і вимогам матеріального закону, що їм кореспондують (ч. 1 ст. 7 КПК — ст. 48 КК; ч. 5 ст. 7 КПК — ч. 4 ст. 74 КПК; п. 1 ч. 1 ст. 7⁻¹ КПК — ст. 45 КК; п. 2 ч. 1 ст. 7⁻¹ КПК — ст. 46 КК; п. 3 ч. 1 ст. 7⁻¹ КПК — ст. 97 КК; п. 4 ст. 7⁻¹ КПК — ст. 47 КК; п. 5 ч. 1 ст. 7⁻¹ КПК — ч. 4 ст. 49, 106 КК; п. 4 ч. 1 ст. 6 КПК — ст. 85 КК). Лише кримінально-правові підстави звільнення від покарання за хворобою (за винятком душевного захворювання) (ст. 84 КК) та спеціальні підстави звільнення від кримінальної відповідальності винних відповідно до положень статей Особливої частини КК (ч. 2 ст. 111 КПК — державна зрада; ч. 2 ст. 114 — шпигунство; ч. 3 ст. 175 — невивплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат; ч. 4 ст. 212 — ухилення від сплати податків, зборів, інших обов’язкових платежів; ч. 2 ст. 255 — терористичний акт; ч. 6 ст. 260 — створення не передбачених зако-

¹ Цей вид предмета доказування, залежно від процесуальної форми вирішення справи та виду рішення, що приймається (обвинувальний вирок, постановою про закриття кримінальної справи), можна поділити, відповідно, на два підвиди (див.: *Попелюшко В. О.* Предмет доказування в кримінальному процесі.— С. 55–60). В плані ж цього дослідження, з позиції сторони захисту, такого поглиблення доцільніше уникнути.

² Уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности / Отв. ред. В. М. Савицкий. — М., 1979. — С. 257.

ном воєнізованих або збройних формувань; ч. 3 ст. 263 — незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами; ч. 4 ст. 289 — незаконне заволодіння транспортним засобом; ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309 — незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту; ч. 4 ст. 311 — незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів; ч. 3 ст. 370 — давання хабара; ч. 4 ст. 401 — військові злочини) сьогодні не мають таких, що їм кореспондують (відповідних) норм процесуального закону¹. Очевидно, що в процесуальному плані такі справи слід покищо вирішуватися за аналогією процесуального закону (ст.ст. 7–11¹, ст.ст. 417–421 КПК). Такого погляду дотримується і Верховний Суд України, оскільки у постанові Пленуму від 26 квітня 2002 р. № 4 “Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів” вказав, що звільнення від кримінальної відповідальності особи на підставі обставин, передбачених ч. 4 ст. 307 та ч. 4 ст. 309 КК “...має здійснюватися за правилами, передбаченими статтями 7, 7¹, 7² КПК” (ч. 2 п. 23)².

Зокрема, для прийняття рішення про звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв’язку зі зміною обстановки у справі необхідно встановити: 1) що особа вчинила злочин; 2) злочин невеликої або середньої тяжкості; 3) обставини, що характеризують зміну обстановки, які дають підстави визнати, що на час розслідування або розгляду справи в суді вчинене нею діяння втратило суспільну небезпечність або ця особа перестала бути суспільно небезпечною (ст. 48 КК — ч. 1 ст. 7 КПК)³.

Для прийняття судом рішення про звільнення від кримінальної відповідальності у зв’язку з дійовим каяттям предметом доказування на досудовому слідстві та в суді є: 1) вчинення особою злочину, причому злочину невеликої тяжкості; 2) вчинення нею злочину вперше; 3) щире каяття після вчинення

¹ Див. також: Михайленко. О. Звільнення від кримінальної відповідальності // Юридичний вісник України. — 2002. — 8–14 липня. — С. 7–8.

² Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. С. — 202.

³ Див. також: Письменний Д.П. Звільнення від кримінальної відповідальності внаслідок зміни обстановки // Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС України: Збірник наукових праць. — 2001. — № 1 (4). — С. 269–275.

злочину; 4) активне сприяння розкриттю злочину; 5) повне відшкодування завданих нею збитків або усунення заподіяної шкоди (ст. 45 КК — ст.ст. 7¹, 7² КПК)¹.

Такого підходу, шляхом всебічного, повного та об'єктивного встановлення обставин, слід дотримуватися при з'ясуванні й усіх інших фактичних підстав вирішення розглядуваних категорій кримінальних справ².

Особливістю предмета доказування у більшості справ вказаних категорій є і те, що закон як підстави рішень називає факти майбутнього (“можливість виправлення засудженого без відбування покарання” — ст. 75 КК), та такі, що припускають оціночну діяльність і розсуд суду (“суд вправі”, “суд може” — ст.ст. 7, 7¹ КПК, ст.ст. 47, 48, 75, 79 КК та ін.). У цьому зв'язку особливу увагу при провадженні таких категорій справ, сторона захисту, зокрема, повинна звертати на з'ясування обставин, які породжують діяння та сприяють йому, бо значною мірою саме їх аналіз зумовлює прийняття об'єктивно обґрунтованого рішення.

6. Окремий підвид виду предмета доказування, що розглядається, передбачено п. 8 ч. 1 ст. 6 КПК — щодо померлого, за винятком випадків, коли провадження у справі є необхідним для реабілітації померлого або відновлення справи щодо інших осіб за нововиявленими обставинами.

Для закриття справи за цією підставою слід встановити лише обставини, що відповідають ознакам певного складу злочину (ч.ч. 1 і 2 ст. 64 КПК) і, обов'язково, факт смерті особи, що здійснила цей злочин. Включати в предмет доказування тут інші обставини, в тому числі ті, що впливають на ступінь тяжкості злочину, а також, що характеризують особу померлого, пом'якшують та обтяжують покарання (п. 4 ст. 64 КПК), потреби немає.

7. Нарешті, до розглядуваного виду предмета доказування належить група обставин, за наявності яких кримінальну справу не може бути порушено, а порушена справа підлягає за-

¹ Див. також: *Матюценко Р.* Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям // *Право України.* — 2002. — № 8. — С. 101.

² Див. також: *Филин Д. В.* Сущность и порядок принятия решения об освобождении лица от уголовной ответственности на Украине // *Государство и право.* — 2002. — № 12. — С. 70–77; *Михайленко. О.* Удосконалення системи підстав і порядку звільнення особи від кримінальної відповідальності // *Вісник прокуратури.* — 2003. — № 2. — С. 51–53.

криттю, хоча і мав місце злочин. Це обставини, що підлягають встановленню у справах, які вирішуються на підставах Закону України про амністію (ст.ст. 85¹, 86 КК), якщо він усуває застосування покарання за вчинене діяння (п. 4 ч. 1 ст. 6 КПК). Визначити в усіх рисах предмет доказування у таких справах задалегідь неможливо. В різних законах про амністію підстави і умови звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання винних у вчиненні злочинів називаються різні. Це можуть бути обставини, що стосуються особи винного (неповноліття, жіноча стать, попередні заслуги та ін.), вид злочину і вид та розмір призначеного покарання тощо. Однак у всіх випадках має бути доведено обставини, що відповідають ознакам конкретного складу злочину, оскільки від кримінальної відповідальності та покарання згідно із законом про амністію звільняють лише осіб, які справді вчинили злочин. Крім того, при закритті справ із зазначеної підстави обов'язково з'ясовують згоду обвинуваченого на закриття справи. Якщо обвинувачений проти цього заперечує, провадження у справі продовжується у звичайному порядку, суд доводить розгляд справи до кінця, постановляє обвинувальний вирок із звільненням засудженого від покарання (ч.ч. 2, 3 ст. 6 КПК)².

8. Другий вид предмета доказування, абсолютно протилежний предмету обвинувачення, — предмет виправдання³. Його описано в п.п. 1, 2, 5 ч. 1 ст. 6; п. 2 ст. 213; ч. 1 ст. 248, ч. 4 ст. 327, ч. 1 ст. 373 КПК.

Кримінальну справу не може бути порушено, а порушена підлягає закриттю, згідно з п. 1 ч. 1 ст. 6 КПК, — за відсутністю події злочину. Для вирішення справи за цією підставою необхідно встановити, що сама подія, за фактом якої здійснюється провадження, або не існувала (нестача в касі — наслідок

¹ Статтею 85 КК (п. 4 ч. 1 ст. 6 КПК) передбачено також звільнення від покарання на підставі акта про помилування. Але оскільки звільнення від покарання на цій підставі здійснюється Президентом України стосовно індивідуально визначеної особи, практично після звернення вироку до виконання, предмет доказування в таких справах тут не розглянуто.

² Докладніше про це див.: *Школа С. М.* Кримінально-правові проблеми застосування амністії та здійснення помилування в Україні: Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. — К., — 2004.

³ Питання, пов'язані з реабілітацією особи у кримінальному судочинстві України, в тому числі щодо предмета доказування в цій категорії справ, широко репрезентовано в праці Шумило М. Є. Реабілітація в кримінальному процесі України: Монографія. — Харків, 2001.

арифметичної помилки), або не була злочином (мало місце знищення майна, наприклад, від удару блискавки). В другому випадку “відсутність події злочину” означає, що певна подія мала місце, спричинила шкоду, але ця подія не є злочин.

Предмет доказування у справах, що закривають за п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК, також становить сукупність обставин події, яку спочатку вважали злочином. Однак ознаки цієї події насправді не відповідають складу злочину. Тобто необхідно доказати, що досліджувана подія (діяння) не є злочином.

Теоретично п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК поглинається п. 1 ч. 1 цієї самої статті з позицій кримінального права, бо і в тому, і в іншому випадку немає необхідних ознак складу злочину. Тому розрізнення цих підстав закриття справ (виправдання) є досить умовним. Все ж воно має практичне значення, бо якщо постановлюється виправдувальний вирок за відсутністю події злочину згідно з ч. 4 ст. 327 КПК, в силу ч. 3 ст. 328 КПК суд відмовляє в цивільному позові. При постановленні ж виправдувального вироку за відсутності в діях підсудного складу злочину на підставі ч. 4 ст. 327 КПК, в силу ч. 2 ст. 328 КПК, суд залишає цивільний позов без розгляду, який може бути розглянуто в порядку цивільного судочинства (ст. 28 КПК)¹.

З наведених правил є винятки, що стосуються цивільно-правових наслідків при виправданні особи у випадку, наприклад, здійснення діяння в стані необхідної оборони або крайньої необхідності.

Згідно із судовою практикою, що склалася, виправдання (закриття справи) у зв'язку з необхідною обороною здійснюється за відсутністю складу злочину², а відповідно до ч. 1 ст. 1169 ЦК: “Шкода, завдана особою при здійсненні нею права на самозахист від протиправних посягань, у тому числі у стані необхідної оборони, якщо при цьому не були перевищені її межі, не відшкодовується”.

¹ Див.: Постанову Пленуму Верховного Суду України від 29 червня 1990 р. № 5 (зі змінами, внесеними постановами від 4 червня 1993 р. № 3 та від 3 грудня 1997 р. № 12) “Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку” (п. 20). // Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. — С. 296.

² Практика судів в кримінальних справах // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 1993. — № 1. — С. 5–11.

При виправданні (закритті справи) у зв'язку із вчиненням діяння в стані крайньої необхідності, судова практика, як правило, обходить процесуальну підставу виправдання (закриття справи), посилаючись лише на відповідну статтю КК. Певно, цей різнобій пов'язаний з недосконалістю та непослідовністю термінології процесуального закону. Зокрема, у п. 1 ч. 1 ст. 6 КПК підставою закриття справи вказана "відсутність події злочину". За ч. 4 ст. 327 КПК, підставою постановлення виправдального вироку є те, що — "не встановлено події злочину". Тим не менше шкоду, спричинену у стані крайньої необхідності, може відшкодувати особа, яка її заподіяла, відповідно до ст. 1171 ЦК.

9. Предмет доказування у справах, що закриваються за відсутністю події, складу злочину, часто буває дуже складним. Наприклад, щоб закрити справу або виправдати особу, яка діяла в стані необхідної оборони, необхідно в усіх юридично значущих ознаках встановити діяння цієї особи і суспільно небезпечне діяння іншої, яка посягала на охоронювані законом права та інтереси особи, що захищалась, або іншої особи, а також суспільні інтереси та інтереси держави (ч. 1 ст. 36 КК). Без з'ясування цих обставин, тобто без встановлення вчинення суспільно небезпечного посягання іншою особою, неможливо вирішити і питання про необхідну оборону¹.

10. З огляду на те, що процесуально-правові підстави закриття справ за п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК (виправдання за ч. 4 ст. 327 КПК) містять у своїй основі низку специфічних кримінально-правових компонентів, можна виокремити окремі різновиди цього виду предмета доказування (предмета виправдання): 1) у справах про діяння, вчинені до видання закону, який скасував злочинність діяння (ч. 1 ст. 5 КК); 2) у справах про діяння, що не є злочинними через малозначущість (ч. 1 ст. 11 КК); 3) у справах про добровільну відмову при незакінченому злочині (ст. 17 КК); 4) у справах про необіцяне заздалегідь переховування та неповідомлення, якщо відповідальність за їх здійснення не передбачено кримінальним законом (ч.ч. 6, 7 ст. 27 КК); 5) у справах співучасників про діяння, вчинене виконавцем, якщо воно не охоплювалося їх умислом (ч. 5 ст. 29 КК); 6) у справах про добровільну відмову співучасників (ст. 31

¹ Див.: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 36 квітня 2002 р. № 1 "Про судову практику у справах про необхідну оборону"// Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. — С. 43–45.

КК); 7) у справах про необхідну оборону (ч.ч. 1, 2, 4, 5 ст. 36 КК); 8) уявну оборону (ч.ч. 1, 2 ст. 37 КК); 9) затримання особи, що вчинила злочин (ст. 38 КК); 10) крайню необхідність (ч.ч. 1, 3 ст. 39 КК); 11) фізичний або психічний примус (ст. 40 КК); 12) виконання наказу або розпорядження (ч.ч. 1, 3, 5 ст. 41 КК); 13) у справах про діяння, пов'язане з ризиком (ч.ч. 1, 2 ст. 42 КК); 14) у справах про виконання спеціального завдання із попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ч. 1 ст. 43 КК).

Предмет доказування у справах, що закриваються за п. 5 ч. 1 ст. 6 КПК, слід вважати конкретизацією предмета доказування у справах, що закриваються за відсутністю ознак складу злочину (п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК). Малолітній у кримінально-правовому розумінні — недієздатний, і діяння, ним вчинене, у будь-якому випадку не міститиме ознак суб'єкта злочину. Аналогічними є цивільно-правові наслідки закриття справ за даних підстав (ст.ст. 1178, 1179, 1184 ЦК).

Однак слід мати на увазі, що за наявності підстав вважати, що суспільно небезпечне діяння вчинено особою, яка досягла одинадцяти років, але до виповнення віку, з якого законом передбачено кримінальна відповідальність (ст. 22 КК), за фактом цього діяння порушується кримінальна справа, яка на матеріально-правовій підставі, передбаченій ч. 2 ст. 97 КК, вирішується в порядку, передбаченому ст. 7³ КПК (ч. 4 ст. 6 КПК). Предмет доказування у таких справах визначено ст. 433, ч. 3 ст. 447, ст. 448 КПК¹.

Якщо ж у кримінальній справі буде встановлено, що суспільно небезпечне діяння вчинено дитиною, яка не досягла одинадцятирічного віку, слідчий виносить постанову про закриття справи, про що повідомляє прокурора і службу в справах неповнолітніх за місцем проживання дитини (ч. 4 ст. 7³ КПК). Саме у таких справах предмет доказування вказано у п. 5 ч. 1 ст. 6 КПК.

11. Своєрідним є предмет доказування у справах, що на досудовому слідстві закриваються із суто процесуальної підстави — “при недоведені участі обвинуваченого у вчиненні злочину” (п. 2 ст. 213 КПК), а за результатами судового розгляду

¹ Див. також: Омеляненко Г. М. Провадження у справах про злочини неповнолітніх як диференціація кримінально-процесуальної форми: Навч. посіб. — К., 2002. — С. 12–18.

справи за цією підставою постановлюється виправдувальний вирок (ч. 5 ст. 327 КПК). Він відрізняється від попередніх підвидів предмета виправдання тим, що тут встановлено подію злочину (інакше справу слід було б закрити (підсудного виправдати) за відсутності події злочину (п. 1 ч. 1 ст. 6 КПК), достовірно встановлені ознаки цієї події відповідають усім елементам певного складу злочину (інакше справу слід закрити (підсудного виправдати) за відсутності в діянні складу злочину (п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК), однак зібрані докази у своїй сукупності не підтверджують достовірно причетність уже притягненої до кримінальної відповідальності особи до даного злочину.

У кінцевому результаті у таких справах мусить бути достовірно встановлено подія злочину і непричетність до здійснення злочину певної особи. Правові, в тому числі цивільно-правові наслідки тут ті самі, що і при закритті справи за п. 1 ч. 1 ст. 6 КПК.

Предмет доказування у таких справах, як фактична підстава для остаточного їх вирішення і вирішення по суті, є найяскравішим прикладом реального втілення в кримінальному судочинстві в доказовому плані конституційного принципу презумпції невинуватості — “усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачуться на її користь” (ст. 62 Конституції України), що означає — недоведена винуватість дорівнює доведеній невинуватості.

12. Чинне кримінально-процесуальне законодавство визначає низку підстав закриття кримінальних справ, які не зачіпають питання про винуватість чи невинуватість особи. Це закриття справ: 1) внаслідок акту амністії, якщо він усуває застосування покарання за вчинене діяння (до притягнення особи як обвинуваченого) (п. 4 ч. 1 ст. 6 КПК); 2) за примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим у справах, що порушуються не інакше, як за скаргою потерпілого, крім випадків, передбачених ч.ч. 2, 4 і 5 ст. 27 КПК (п. 6 ч. 1 ст. 6, ст. 282 КПК); 3) за відсутності скарги потерпілого, якщо справу може бути порушено не інакше як за його скаргою, крім випадків, коли прокуророві надано право порушувати справи і за відсутності скарги потерпілого (п. 7 ч. 1 ст. 6, ст. 282 КПК); 4) щодо особи, про яку є вирок суду за тим самим обвинуваченням, що набрав законної сили, або ухвала чи постанова суду про закриття справи з тієї самої підстави (п. 9 ч. 1 ст. 6 КПК, ст. 282 КПК); 5) щодо особи, про яку є не скасована постано-

ва органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття справи за тим самим обвинуваченням (п. 10 ч. 1 ст. 6; ст. 282 КПК); 6) якщо про відмову в порушенні справи за тим самим фактом є не скасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора (п. 11 ч. 1 ст. 6, ст. 282 КПК); 7) якщо прокурор під час судового розгляду справи відмовився підтримувати державне обвинувачення, а потерпілий не бажає продовжувати розгляд справи та підтримувати обвинувачення (ч. 2 ст. 282 КПК)¹; 8) у зв'язку з неявкою потерпілого в судове засідання без поважних причин у справі про злочин, зазначений у ч. 1 ст. 27 КПК (ч. 3 ст. 282 КПК).

Наведені різновиди предмета доказування істотно відрізняються за своїм фактичним змістом від розглянутих вище двох (предмета обвинувачення та предмета виправдання). Схожість же правових наслідків цих підстав закриття справ дає змогу об'єднати їх в окремих вид предмета доказування, який можна назвати "нейтральним".

Правовою суттю вирішення усіх наведених категорій справ є виключно кримінально-процесуальна. Жодній із процесуальних норм, що регламентують ці підстави, не кореспондують норми у кримінальному матеріальному законі. Кримінально-правових аналогів тут немає. Тому не випадково в літературі розглядувану групу підстав закриття кримінальних справ називають процесуальною². Для остаточного вирішення справи, наприклад, на підставі п. 10 ч. 1 ст. 6 КПК достатньо на будь-якій стадії процесу встановити, що стосовно особи є не скасована постанова органу дізнання, слідчого чи прокурора про закриття справи за тим самим обвинуваченням, і на цій підставі справу провадженням закрити, не вдаючись до з'ясування події злочину, її обставин, винуватості чи невинуватості особи і всіх решти її обставин. Тобто, суттю вирішення такої справи є

¹ Віднесення наведеної підстави закриття кримінальних справ саме до цього виду предмета доказування збігається, вважаю, з позицією Верховного Суду України з цього питання, висловленою у ч. 2 п. 23 постанови Пленуму від 2 липня 2004 р. № 13 "Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів", оскільки там вказано, що "суд повинен закрити справу" за наявності двох, виключно процесуальних умов: 1) при відмові прокурора від обвинувачення та 2) згоді потерпілого з прокурором (ч. 2 п. 23) Див.: Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 8 (48). — С. 8.

² Кримінальний процес України / За ред. Ю. М. Грошевого, В. М. Хотенця. — Харків, 2000. — С. 287; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. — М., 2004. — С. 421.

її закриття на підставі встановлення факту наявності не скасованої постанови про закриття справи за тим самим обвинуваченням і тільки.

13. Іноді виникає ситуація, коли особу притягнуто як обвинуваченого у справі публічного обвинувачення, але в ході подальшого розслідування чи судового розгляду з'ясовується, що інкримінованого діяння взагалі не було, воно не містить ознак злочину чи містить ознаки злочину, справу про який може бути закрито з нейтральних (процесуальних) підстав тощо. В такому випадку предмет доказування складний, комбінований і такий, що ніби переходить з одного виду в інший.

Ось приклад комбінованого характеру всіх трьох видів предмета доказування в одній кримінальній справі.

Шороха А. було притягнуто до кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 121 КК. Йому ставилось у вину те, що, будучи військовослужбовцем строкової військової служби, перебуваючи у черговій відпустці, на просп. Миру в м. Шепетівці вступив у бійку з майором Гузенком О. і завдав йому два удари ножем у ділянку лівої щоки, один удар у ділянку грудної клітки, два удари в ділянку лівого передпліччя і один удар — у тильний бік голови, чим заподіяв останньому умисні легкі тілесні ушкодження, що спричинили короткочасний розлад здоров'я та незначну втрату працездатності, а також один удар кулаком у ніс, спричинивши Гузенку О. перелом передніх стінок обох гайморових пазух, перелом задньої бокової стінки правої гайморової пазухи з переходом на задні ячейки рішатчастої кістки, перелом перегородки носа в задніх відділах, тобто умисне тяжке тілесне ушкодження, небезпечне для життя в момент заподіяння.

У процесі судового розгляду справи з'ясувалося, що спочатку протиправне посягання стосовно Шороха А. здійснив Гузенко О. Перебуваючи в стані необхідної оборони, Шорох А., захищаючись, завдав удар кулаком в обличчя Гузенку О., чим спричинив йому вказані тяжкі тілесні ушкодження. Однак, продовжуючи діяти, коли Гузенко О. припинив протиправне посягання та не міг чинити опору, тобто коли стану необхідної оборони не було, Шорох А. завдав йому шість ударів ножем, — легкі тілесні ушкодження, що спричинили короткочасний розлад здоров'я та незначну втрату працездатності.

Враховуючи встановлене в суді, державний обвинувач змінив обвинувачення, винісши відповідну постанову, в якій сформулював фактичні обставини справи, як їх було встановлено в ході судового слідства, мотивував відмову від обвинувачення за ч. 1 ст. 121 КК станом необхідної оборони підсудного та залишив обвинувачення в умисному спричиненні легких тілесних ушкоджень — за ч. 2 ст. 125 КК. Тобто, державний обвинувач практично відмовився від публічно-правового обвинувачення підсудного.

Потерпілий відмовився підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі, а в частині обвинувачення за ч. 2 ст. 125 КК примирився з підсудним.

Суд із додержанням процедур, передбачених ст.ст. 277 та 282 КПК, своєю постановою справу стосовно Шороха А. на підставі п. 6 ч. 1 ст. 6 КПК провадження закритв, залишивши цивільні позови без розгляду. Ухвалою колегії суддів Військової судової колегії Верховного Суду України касаційне подання військового прокурора регіону про скасування постанови військового місцевого суду гарнізону з підстав істотного порушення судом кримінально-процесуального закону та неправильного застосування кримінального закону було залишено без задоволення¹.

Отже, при провадженні цієї справи мала місце така комбінація видів предмета доказування: 1) предмет обвинувачення (ст. 64 КПК — ч. 1 ст. 121 КК) та одночасно послідовна трансформація одного виду предмета доказування в інший; 2) предмет публічного обвинувачення (ст. 64 КПК — ч. 1 ст. 121 КК); 3) предмет приватного обвинувачення (ст. 64 КПК — із ч. 1 ст. 121 на ч. 2 ст. 125 КК) та предмет виправдання (зі ст. 64 КПК, ч. 1 ст. 121 КК — на п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК, ст. 36 КК) у поєднанні з нейтральними предметами доказування (відмовою прокурора від підтримання державного обвинувачення та небажанням потерпілого підтримувати обвинувачення (ч. 2 ст. 282 КПК); 4) предмет приватного обвинувачення (ст. 64 КПК — ч. 2 ст. 125 КК) в нейтральний предмет доказування — факт примирення потерпілого з підсудним у справі приватного обвинувачення (п. 6 ч. 1 ст. 6 КПК, ч. 3 ст. 282 КПК).

¹ Архів місцевого військового суду Рівненського гарнізону за 2002 р.

Однак у зв'язку з тим, що остаточне вирішення справи залежало саме від останньої обставини, об'єктивним предметом доказування в цій справі слід визнати нейтральний. Решта предметів доказування, предметів обвинувачення, зокрема, були суб'єктивними, уявними, версіями слідчого про фактичні обставини справи, об'єктивізованими ним у постанові про притягнення Шороха А. як обвинуваченого та обвинувальному висновку, які були розвіяні результатами судової їх перевірки та спростовані шляхом прийняття судом проміжних процесуальних рішень з процесуально-правових же підстав.

14. Розгляд предметів доказування та робота над ними в кримінальній справі в такому плані є надзвичайно корисними з погляду захисту. Вважають, і цілком слушно, що найбільше про справжні обставини справи, причому набагато більше, ширше і точніше, ніж їх встановив орган дізнання, слідчий, прокурор та суд, знає обвинувачений, а отже, і захисник. Спираючись на це знання реального стану речей, розуміючи хибність визначення предмета доказування в справі у вигляді предмета обвинувачення слідчим, захисникові безпосередньо, напяму, чи з використанням законних тактичних засобів, працюючи над з'ясуванням обставин — підстав прийняття проміжних, допоміжних та етапних рішень, легше і простіше спростовувати фактичну (а отже, і юридичну) основу обвинувачення, а тим самим якнайшвидше досягти мети своєї захисної діяльності.

15. Крім розглянутих трьох видів предмета доказування є ще чотири особливих: 1) в справах осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння в неосудному стані; 2) в справах осіб, яких визнано неосудними після вчинення злочину; 3) у справах осіб, які вчинили злочин в стані обмеженої осудності; 4) у справах осіб, яких визнано обмежено осудними після вчинення злочину.

У законі ці види предмета доказування описано таким чином:

Суд у справах про застосування примусових заходів медичного характеру в нарадчій кімнаті вирішує такі питання: "1) чи мало місце суспільно небезпечне діяння, з приводу якого порушена справа; 2) чи вчинено це діяння особою, щодо якої розглядається справа; 3) чи вчинила особа зазначене діяння в стані осудності або обмеженої осудності, чи захворіла вона після вчинення злочину на психічну хворобу, яка виключає за-

стосування покарання; 4) чи слід застосовувати до цієї особи заходи медичного характеру і які саме” (ст. 420 КПК).

Як бачимо, норма процесуального закону, що стосується предметів доказування у справах душевнохворих, не є досконалою. Закон не розмежовує предмет доказування в справах душевнохворих і в справах осіб, які захворіли психічно після вчинення злочину, бо в ст. 420 КПК перераховуються питання, які вирішує суд у справах про застосування примусових заходів медичного характеру і щодо осіб, які вчинили діяння в стані неосудності, обмеженої осудності, і щодо осіб, які захворіли на душевну хворобу після вчинення злочину в одному ряду. Між тим, кожен з цих видів предмета доказування має свою специфіку. Крім того, є істотні розбіжності у цьому питанні в нормах матеріального кримінального та процесуального законів¹.

Специфіка у справах неосудних полягає в тому, що основним елементом предмета доказування є не злочин, а суспільно небезпечне діяння душевнохворого. При провадженні у справах цієї категорії не може бути мови про доказування винуватості, мотивів тощо, але необхідно встановити наявність хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки, які позбавляли особу можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними (ч. 2 ст. 19 КК). Якщо особа вчинила суспільно небезпечне діяння в стані неосудності, суд, якщо визнає за потрібне, постановляє про застосування до неї примусових заходів медичного характеру, із зазначенням яких саме, а якщо визнає непотрібним застосовувати такі заходи, справу закриває (ч. 1, 2 ст. 421 КПК), причому закриває через відсутність у діянні ознак складу злочину, зокрема ознак суб'єкта і суб'єктивної сторони (п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК).

¹ Кримінально-правовий інститут обмеженої осудності з часу запровадження в законах деяких держав (XIX ст.) і дотепер є гостродискусійним як серед психіатрів, так і юристів. До речі, видатні російські психіатри (В. Кандинський, В. Сербський) та юристи (М. Таганцев та ін.) ставилися до нього вкрай негативно. З моменту запровадження цього правового інституту в законах України (2001 р.) у вирішенні його проблем виникло більше питань, ніж є відповідей. (Див. про це, наприклад: *Бараненко. Д. Обмежена осудність за кримінальним законодавством України // Вісник прокуратури. — 2002. — № 5. — С. 43–49*). Оскільки на сьогодні ні психіатрична та психологічна науки, ні їх клініки не напрацювали більш-менш чітких медичних критеріїв обмеженої осудності, це правове нововведення слід визнати, принаймні, передчасним. Отож, розкриття питань, пов'язаних з предметом доказування у справах неосудних, здійснюється тут за принципом — “*dura lex, sed lex*”.

Основним же елементом предмета доказування в справах осіб, які вчинили злочин у стані осудності, але до постановлення вироку захворіли на психічну хворобу, що позбавляє їх можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними (ч. 3 ст. 19 КК), є сукупність обставин, що відповідають ознакам певного складу злочину, передбаченого однією з статей Особливої частини КК.

Те, що особа захворіла психічно після здійснення злочину, не змінює злочинного характеру нею вчиненого. У разі видужання такої особи суд на підставі висновку медичної комісії в порядку ст. 419 КПК постановляє про скасування застосованого заходу медичного характеру та направлення справи для провадження досудового слідства чи судового розгляду, якщо неосудність було встановлено під час судового слідства (ст. 423 КПК). В кінцевому підсумку така особа може підлягати покаранню (ч. 3 ст. 19 КК). Тому предмет доказування у цій категорії справ повністю охоплює обставини, вказані в ст. 64 КПК (предмет обвинувачення). Він має лише один додатковий елемент — наявність на момент провадження у справі душевного захворювання в особі, яке позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними, аналогічний відповідному елементу предмета доказування у справах осіб, які вчинили діяння в неосудному стані.

Отже, основним елементом предмета доказування в цих категоріях справ є якісно відмінні юридичні факти, факти, що мають різне кримінально-правове значення.

Сукупність обставин предмета доказування у справах обмежено осудних, залежно від ступеня наявного у них психічного розладу і часу його настання, можуть мати різне юридичне значення з чотирма видами правових наслідків.

Перший. Особи, які вчинили злочин у стані обмеженої осудності, підлягають кримінальній відповідальності, а визнання особи обмежено осудною лише враховується судом при призначенні покарання або одночасно може бути визнано підставою для застосування поряд з покаранням примусових заходів медичного характеру (ч. 2 ст. 20 КК). Предмет доказування у цих справах є предметом обвинувачення (ст. 64 КПК), з додатковим, таким, що конкретизує особу обвинуваченого, елементом (п. 3 ст. 64 п. 3 ст. 420 КПК).

Другий. Особи, які вчинили злочин у стані обмеженої осудності, підлягають кримінальній відповідальності (ч. 1 ст. 20 КК), але визнання особи обмежено осудною виключає застосу-

вання покарання і є підставою для застосування примусових заходів медичного характеру (ч. 2 ст. 20 КК). Предмет доказування у таких справах також є предметом обвинувачення (ст. 64 КПК), з додатковим, що конкретизує суб'єкта злочину, елементом (п. 2 ст. 64 п. 3 ст. 420 КПК), який, однак, виключає застосування покарання. При його встановленні та невизнанні за потрібне застосування примусових заходів медичного характеру суд закриває справу (ч. 2 ст. 421 КПК).

Третій. Особи, які вчинили злочин в стані осудності та підлягають кримінальній відповідальності (ст. 18 КК), але після вчинення злочину захворіли на психічну хворобу, яка стала підставою для визнання їх обмежено осудними та застосування примусових заходів медичного характеру, після їх видужання підлягають також кримінальному покаранню (ст. 423 КПК). Предмет доказування у таких справах, знову ж таки, є предметом обвинувачення (ст. 64 КПК) з додатковим, таким, що конкретизує особу, елементом (п. 3 ст. 64 п. 3 ст. 320 КПК).

Четвертий. Особи, які вчинили суспільно небезпечне діяння в стані обмеженої осудності, підлягають застосуванню до них примусових заходів медичного характеру (ч. 1 ст. 421 КПК). Предмет доказування у таких справах є аналогічним предмету доказування у справах осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння в стані неосудності (ст. 420 КПК — п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК), і факт вчинення суспільно небезпечного діяння є конкретизацією саме суб'єкта та суб'єктивної сторони цього діяння. Такий різновид предмета доказування не має норми, що його кореспондує, в матеріальному законі, тому на сьогодні є суто процесуальним¹.

Отож, сукупність фактів та обставин предметів доказування у справах душевнохворих є досить складною, в юридичному сенсі різноплановою, з їх встановленням пов'язане настання істотно відмінних правових наслідків. А оскільки участь захисника при провадженні таких справ є обов'язковою (п. 5 ч. 1 ст. 45 КПК), чітке з'ясування усіх цих питань для вибору адекватної позиції захисту, тактики та методики її здійснення завжди потрібне у роботі кожного захисника.

¹ А якщо бути відвертішим, — у цьому випадку має місце, м'яко кажучи, кричуща "неуважність" законодавця, через яку кримінально-процесуальний закон допускає застосування судом до особи примусу з підстав, не передбачених законом матеріальним кримінальним.

§ 4. Доказові факти та їх значення в кримінальній справі

1. Об'єкт кримінально-процесуального пізнання не зводиться до юридичних фактів. Останні як підстави прийняття кінцевих, етапних та допоміжних рішень (*factum probandum*) не даються в кримінальному процесі в "готовому" вигляді. В основному, це факти минулого. Вони не сприймаються слідчим, судом, сторонами процесу безпосередньо. Для їх встановлення доводиться вивчати низку інших фактів, які в справі юридичного значення не мають. У літературі такі факти називають доказовими¹, проміжними², побічними³, допоміжними⁴, доказівними⁵ (*factum probans*). Європейський суд з прав людини застосовує вислів "супутні обставини"⁶.

Слід зазначити, що в літературі та на практиці доказові факти трактують дwoяко. Одні розглядають доказові факти як зміст даних, висновків про факти, що реально існують, якими суб'єкти оперують у процесі доказування, тобто ототожнюють доказові факти з доказами, непрямими доказами зокрема⁷. Інші вважають, що доказові факти — це явища об'єктивної дійсності, а докази — фактичні дані про ці явища, встановлені з указаних у законі джерел і у регламентованому законом порядку⁸.

Обидва погляди мають філософське підґрунтя, оскільки у філософії термін "факт" також має кілька значень: "елемент

¹ Михеєнко М. М. Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні. Вибрані твори. — К., 1999. — С. 91.

² Тертишник В. М. Кримінально-процесуальне право України. — К., 2000. — С. 291.

³ Назаров В. В., Руденко М. М. Кримінальний процес України: Загальна частина: Навч. посіб. — К., 2004. — С. 185.

⁴ Коментарий к Уголовно-процесуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В. В. Мозякова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2002. — С. 180.

⁵ Гмирко В. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристика. Конспект проблемної лекції. — Дніпропетровськ, 2002. — С. 15–18.

⁶ Див., наприклад: справа "М.С. проти Болгарії" "М.С. v. Bulgaria" // Адвокат. — 2004. — № 1. — С. 42.

⁷ Теория доказательств в советском уголовном процессе / Под. ред. Н. В. Жорина. — М., 1973. — С. 140.

⁸ Дорохов В. Я. Понятие доказательств в советском уголовном процессе // Советское государство и право. — 1964. — № 9. — С. 115.

достовірного знання про реально існуючий факт”¹, “справжнє, реально існуюче, невидумане явище, подія, те, що справді мало місце, підстава теоретичного висновку”² і т. ін.

Очевидно, що поняття факту в судовому пізнанні має трактуватись однозначно, щоб не було плутанини, ґрунтуватись на законі та практиці його застосування.

Вважаю, у судовому пізнанні, доказуванні правильніше розглядати поняття факту (обставини)³ як явище об’єктивної дійсності, а доказ — як інформацію про це реальне явище, встановлену в передбаченій кримінально-процесуальним законом формі (порядку), оскільки таке пізнання — діяльність практична, така, що має справу з реальними фактами, тобто з фрагментами об’єктивної дійсності. Суб’єкти кримінального процесу як суб’єкти ретроспективного пізнання в межах кримінальної справи досліджують дві групи явищ об’єктивної дійсності: 1) минулу подію злочину, обмежену просторово-часовими рамками і тому недоступну безпосередньому сприйняттю; 2) матеріальні об’єкти (явища, людину, річ, предмет), які відобразили сліди минулого злочину, зберегли їх на час розслідування і судового розгляду справи та внаслідок цього вивчаються ними безпосередньо.

Доказові факти (як і юридичні) і докази про них містяться у різних площинах. Реальний факт не може бути доказом, оперувати ним у процесі доказування не можна. Докази, як фактичні дані, інформацію, отриману у встановленому законом порядку, можна визнати достовірною чи відкинути її як недостовірну. Факти ж об’єктивної дійсності спростувати не можна. Їх можна лише пізнати чи не пізнати. Якщо ми говоримо, що певний факт у кримінальній справі не мав місця, ми його не спростовуємо, а лише констатуємо, що фактичні дані, докази про наявність такого факту не відповідають дійсності.

Не ставить докази в один ряд з обставинами справи, складовою яких є доказові факти, чинний кримінально-процесуальний закон. Зокрема, у ст. 296 КПК, яка регламентує порядок

¹ Логика научного исследования. — М., 1965. — С. 46.

² Кондаков И. Н. Логический словарь-справочник. — М., 1976. — С. 653.

³ Автор розглядає термін “факт” у тому ж значенні, що і термін “обставина”. Згідно з іншим поглядом ці терміни, як і поняття, ними означені, — різнопланові. (Див., наприклад: Біленчук П. Д. Процесуальні та криміналістичні проблеми дослідження обвинуваченого (проблеми комплексного вивчення особи обвинуваченого в стадії попереднього слідства): Монографія. — К., 1999. — С. 57.

та підстави заявлення клопотання під час судового розгляду справи, сказано: "Головуючий опитує учасників судового розгляду, чи мають вони клопотання про виклик нових свідків і експертів, про витребування і приєднання до справи нових доказів.

Особа, яка заявила такі клопотання, повинна вказати, для встановлення яких обставин вона просить викликати нових свідків, витребувати чи приєднати до справи нові докази. З'ясування обставин, для підтвердження яких викликаються нові свідки, повинно мати місце у відсутності цих свідків."

Встановлення реальних фактів вимагають ст.ст. 20, 22, 23, 64 КПК: "дослідження обставин справи", "виявити як ті обставини справи, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність" (ст. 20 КПК); "причини і умови, які сприяли вчиненню злочину" (ст. 23 КПК); "подію злочину (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину)..." (ст. 64 КПК). Доказами ж, згідно зі ст. 65 КПК, "є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи" (ч. 1 ст. 65 КПК).

Із змісту наведених статей випливає також, що "інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи" і юридично значущі факти та обставини розглядають як явища однопланові, на відміну від фактів та обставин справи і доказів про них.

2. Які ж "інші обставини справи", крім юридично значущих, можуть мати значення для справи, а тому належать до об'єкта кримінально-процесуального пізнання? Що являють собою такі явища об'єктивної дійсності, якими властивостями вони повинні володіти, щоб стати доказовими фактами, яке їх коло?

Як відомо, юридичні факти справи встановлюють за допомогою прямих і непрямих доказів. Якщо, наприклад, у справі про вбивство свідок показує, що він спостерігав, як обвинувачений здійснив із пістолета постріл, від якого настала смерть потерпілого, то змістом показань цього свідка є відшукуваний факт, подія злочину (п. 1 ст. 64 КПК). Факт злочину тут безпосередньо відображено у свідомості свідка. Оскільки факт, викладений свідком, є частиною предмета доказування, завдання щодо його доказування зводиться до встановлення достовірності повідомлюваних особою даних.

Зрозуміло, що просто так, “на віру”, ні слідчий, ні суд не визнають показання свідка достовірними, як і не задовільняться цим єдиним доказом для прийняття рішення по справі. Цілком очевидно, що для того, щоб оцінити достовірність повідомлених свідком даних про факт вбивства, який той бачив, необхідно звернутися до інших доказів.

У справах цієї категорії обов’язково призначають судово-медичну експертизу з приводу встановлення причин смерті потерпілого (ст. 76 КПК). Але слідчому доводиться звернутися до з’ясування й інших фактів. Зокрема, слідчий запитає свідка, у який час він спостерігав момент вбивства, з якого місця, як він потрапив на це місце, як реагував на те, що сталося, що робив до і після цього тощо. Свідок дасть про це показання. Таким чином, змістом його показань стають не тільки обставини предмета доказування, а і якісно інші факти, тобто не лише спостережуваний факт, а й обставини спостереження, психічного стану свідка в момент спостереження і т. ін. Для перевірки та оцінки останніх може бути проведено слідчий експеримент, судово-психіатричну експертизу.

Отже, обставини, що були умовами спостереження свідком вбивства, факт адекватного сприйняття події, які не мають безпосереднього юридичного значення, слідчий вносить в об’єкт свого пізнання.

На якій підставі факти, позбавлені властивості юридичної значущості, стають об’єктом пізнання у кримінальній справі? У нашому випадку це зумовлено тим, що факти мають перебувати в певному зв’язку із фактом вбивства: факт спостереження — це наслідок факту вбивства, факт можливості спостереження — умова факту спостереження. Між фактом злочину і фактом можливості спостереження його свідком чітко простежується об’єктивний зв’язок: причинно-наслідковий між фактом вбивства і фактом спостереження і зв’язок умови з обумовленим між фактом можливості спостереження і фактом спостереження.

Припустимо, що слідчий прибув на місце події і склав протокол огляду. При огляді він зафіксував, що людина мертва, на трупі є рана, характерна для кульової, ознаки окостеніння. Результати особистого спостереження слідчим, лікарем-спеціалістом, понятими цих обставин, зафіксовані в протоколі огляду, стають доказами у справі. Жодна з названих обставин сама по собі також не має юридичного значення. Однак всі вони

підлягали пізнанню, оскільки пов'язані об'єктивно з подією злочину, всі вони — наслідки вбивства.

Я навів приклад генетичного зв'язку (причина — наслідок, умова — обумовлене) між юридично значущими і доказовими фактами. Значення мають також інші форми зв'язків: функціональний, об'ємний, субстаціональний, просторовий, часовий, кореляційний, індивідуалізуючий (об'ємний і субстаціональний) тощо¹. Причому такі зв'язки між доказовими фактами і фактами та обставинами предмета доказування існують не ізольовано, а одночасно, часто вони переходять з одного в інший. Наприклад, у наведеному прикладі між фактом смерті і фактом появи трупного окостеніння існує не тільки причинно-наслідковий, а й одночасно часовий і просторовий зв'язки. Між фактом спостереження і фактом можливості спостереження існує зв'язок умови з обумовленим і одночасно також часова і просторова форма зв'язків. Між фактом спостереження і фактом появи трупного окостеніння — зв'язок у часі. Однак у кожному конкретному випадку домінує та чи інша (ті чи інші) форма зв'язку. Наприклад, між фактом здійснення пострілу і фактом смерті першочергове значення має причинно-наслідковий зв'язок, при алібі — у часі та просторі.

На початкових етапах розслідування між юридично значущими обставинами і доказовими фактами, а також власне між доказовими фактами такий зв'язок лише передбачається. Наприклад, при огляді трупа зв'язок між кульовою раною і вбивством потерпілого лише передбачається. Це одне із можливих пояснень, версія. Можуть бути й інші пояснення — самогубство, нещасний випадок тощо. Тобто, часто при перевірці версій про зв'язки між відшукованими і відомими фактами вони лише передбачаються в свідомості слідчого як можливі. До того ж, відомий факт безліччю „ниток” пов'язаний не тільки з відшукованим, а й з іншими фактами, які не мають юридичного значення у справі. Слідчому все ж доводиться встановлювати

¹ *Эйсман А. А.* О формах связей косвенных доказательств // Вопросы криминалистики. — Вып. 2. — М., 1964. — С. 21–26; *Якубович Н. А.* Роль философских категорий в познании судебных доказательств // Вопросы борьбы с преступностью — Вып. 5. — М., 1967. — С. 100–103; *Курылёв С. В.* Основы теории судебных доказательств в советском правосудии. — Минск, 1969. — С. 61; *Хмыров А. А.* Косвенные доказательства. — М., 1979. — С. 23–58; *Варфоломеева Т. В.* Производные вещественные доказательства. — М., 1980. — С. 5, 11–14; *Гмирко В.* Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристика, класифікація. Конспект проблемної лекції. — Дніпропетровськ, 2002. — С. 15–18;

їх, щоб потім зробити достовірний висновок про належність до справи інших фактів. Встановлення об'єктивних зв'язків між фактами досягається лише на завершальних етапах судочинства, коли у справі досягнуто об'єктивної істини.

У зв'язку з наведеним вважаю, що доказового значення набувають не тільки факти, об'єктивно пов'язані з відшукуваними, а й ті, яким такий зв'язок суб'єктивно (неправдиво чи помилково) приписується, на певному етапі провадження у справі здається ймовірним. Злочин, діяння душевнохворого, інші діяння, що вважалися за злочин у процесі взаємодії з іншими об'єктами, більш або менш адекватно відображаються в останніх у вигляді відбитків, слідів, інформації про властиві їм якості. Причому відображення діяння, інформація про нього "зберігається" певний час, через що об'єкт, що відображає, стає носієм інформації про відображуваний. Завдання суб'єктів доказування полягає в своєчасному виявленні, фіксації, дослідженні і наступній оцінці такої інформації.

Отже, об'єкти, що зберегли в собі інформацію (фактичні дані) про досліджуване діяння, є у гносеологічному (пізнавальному) плані засобами для пізнання діяння, передбачуваного злочинним. Вивчаючи ці об'єкти шляхом "вилучення" зафіксованої в них інформації, ми, тим самим, вивчаємо подію, яка нас цікавить. Інформація є також відображенням наявності чи відсутності об'єктивних зв'язків між відшуковуваними фактами (юридично значущими), які взаємодіють, і фактами, у яких дістали відображення відшукувані (доказові). Тому слід визнати, що найістотнішою, спільною ознакою доказових фактів є ознака інформаційна, тобто здатність відображати відшукувані обставини. Ця ознака — критерій віднесення доказових фактів до об'єкта пізнання у кримінальній справі.

Простежимо це на такому прикладі.

При обшуку у справі про крадіжку посівного зерна у сїача Юрчишина було виявлено і вилучено 400 кг жита. Юрчишин категорично заперечував крадіжку, посилаючись на те, що частину зерна він отримав у рахунок зарплати, а частину — вирощено на городі матері.

Таким чином два було протилежних пояснення: або зерно викрадено, або отримано законним шляхом. Принаймні один із двох передбачуваних зв'язків між цими фактами мав бути суб'єктивним. Якщо ж одна з версій була правдивою, то взаємодія цих фактів мало бути відображено в

них самих і в навколишній обстановці у вигляді певної інформації. І таку інформацію було знайдено.

Слідчий, зокрема, з'ясував: 1) чи збирала врожай жита мати обвинуваченого і чи віддавала частину зерна синові; 2) чи отримував обвинувачений жито в рахунок заробітної плати; 3) які ознаки має жито, зібране з городу матері, вилучене і те, що видавали в рахунок зарплати.

Перші два факти було встановлено достовірно, й інформація, що містилася в них, підтвердила версію Юрчишина. Однак дослідження інших фактів засвідчило, що зв'язок цей суто суб'єктивний. Зокрема, криміналістична експертиза отрутохімікатів зробила висновок, що жито, вилучене в обвинуваченого, і посівне обробляли гранозаном, решту ж зразків — ні. За висновком судово-біологічної експертизи, зразки вилученого жита і жита посівного є однакові за всіма досліджуваними ознаками: 1) за кольором — однакового коричнювато-синього кольору із зеленуватим відтінком; 2) за вирівненістю — приблизно однакового розміру; 3) люмінесценцією; 4) за вагою основної культури; 5) за відходами від основної культури; 6) за кількістю битого зерна; 7) за пошкодженістю шкідниками; 8) за вагою 1 тис. зерен. Жито ж, яке йшло на оплату, та жито з городу матері, крім відмінностей між собою, істотно відрізнялися від двох перших зразків жита¹.

Таким чином, інформація про ознаки жита дала змогу констатувати однорідність одних зразків і неоднорідність інших, встановити причинний зв'язок між фактом крадіжки і фактом виявлення жита в обвинуваченого.

Доказове значення факту наявності жита в обвинуваченого, фактів-властивостей посівного і вилученого зерна є очевидним. Але у справі досліджували й інші факти: факт отримання Юрчишиним зерна у своєї матері, а також отримання його взамін зарплати, факти-властивості цих видів зерна. Оскільки їх досліджували, чи слід подібні факти вважати доказовими у цій справі?

На це запитання слід дати позитивну відповідь. Адже з самого початку згадані факти трактувались обвинуваченим як такі, що вказували на відсутність злочину і невинуватість, а кримінально-процесуальний закон вимагає у будь-якій справі

¹ Архів Шепетівського міськрайсуду Хмельницької області за 1981 р.

досліджувати обставини, що виправдовують обвинуваченого (ч. 1 ст. 22 КПК). Дослідження ж цих фактів засвідчило, що немає їх об'єктивного зв'язку з юридичними, а також іншими доказовими фактами. Таким чином, результат пізнання цих фактів у нашому прикладі дозволив слідчому оцінити показання обвинуваченого і відкинути їх як такі, що не відповідають дійсності.

Отже, доказовими фактами можуть бути і є факти, не пов'язані об'єктивно з відшукуваними, однак вони неодмінно повинні містити інформацію, яка спростовує такий зв'язок.

Слід наголосити, що лише наведені властивості доказових фактів, і тільки вони, є критеріями для визнання непрямих доказів належними до справи.

Факти, що містять “нейтральну” інформацію стосовно юридично значущих чи доказових фактів, тобто ті, що нічого істотного у справі не підтверджують і не спростовують, доказовими не будуть. Вони не належать до справи і вивчаються з огляду на припущення, тобто суб'єктивного зв'язку з предметом доказування. Вивчення таких фактів — це витрати кримінально-процесуального доказування як дослідження, що одне і те саме, збирання доказів, які врешті-решт буде визнано неналежними до справи. Ці витрати особливо виявляються на початкових етапах розслідування, коли в розпорядженні слідчого є мінімум інформації про факти та обставини предмета доказування.

Таким чином, доказові факти — неодмінний елемент об'єкта кримінально-процесуального пізнання у кримінальній справі. Причому в кожній кримінальній справі, оскільки практично не може бути справ, де використовувані докази мали б своїм змістом тільки дані про юридично значущі обставини, обставини предмета доказування і забезпечували б знання про них достовірно.

Доказові факти можна визначити як факти (обставини) об'єктивної дійсності, які перебувають в об'єктивному чи в передбачуваному (помилково чи неправдиво приписуваному) зв'язку з юридично значущими обставинами (обставинами предмета доказування) і досліджувані для з'ясування останніх. Головна та обов'язкова ознака доказових фактів — наявність інформації, що має значення у справі, тобто ознака не юридична, а фактична.

3. Слід категорично відкинути висловлювану іноді думку про те, що виокремлення в об'єкті кримінально-процесуально-

го пізнання поряд з фактами та обставинами предмета доказування доказових фактів є зайвим, оскільки обидві ці групи фактів однаково підлягають достовірному встановленню у кожній справі, а інакше може виникнути враження, ніби факти предмета доказування має бути встановлено достовірно, а доказові факти цього не потребують¹.

Справді, обставини предмета доказування та доказові факти підлягають однаково достовірному встановленню у кожній кримінальній справі. Однак, по-перше, чітке розмежування обставин предмета доказування і доказових фактів дозволяє уникнути прийняття рішення по справі на підставі встановлення лише доказових фактів, чим застерігає від судових помилок, що мають місце на практиці. Наприклад, вироком Ірпінського міськсуду було засуджено особу за вчинення низки злочинів, у тому числі за розкрадання, тоді як у справі з достовірністю було встановлено лише факт придбання матеріалів із порушенням регламентованого порядку оплати. Судова колегія Верховного Суду України вимушена була вжити заходів до виправлення цієї судової помилки, оскільки суд встановив доказовий, а не юридичний факт. Більше того, судова колегія визнала, що факт придбання матеріальних цінностей з порушенням встановленого порядку сам по собі не свідчить про наявність умислу на розкрадання².

Подібні помилки можуть мати місце і з тієї причини, що один і той самий факт в одній справі може мати юридичне значення, в іншій — доказове. Наприклад, погроза вбивством — факт, що доказується за обвинуваченням у вчиненні злочину, передбаченого ст. 129 КК, але він може бути доказовим у справах про вбивства (ст. 115 КК).

По-друге, із внесенням до предмета доказування доказових фактів він втрачає визначеність, що, своєю чергою, позбавляє практику критеріїв для встановлення меж доказування обставин кримінальної справи.

По-третє, розмежування предмета доказування і доказових фактів є єдиною можливою основою поділу доказів на прямі та

¹ Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькин П. С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. — Воронеж, 1978. — С. 82; Дубинський А. Про предмет доказування в радянському кримінальному процесі // Радянське право. — 1983. — № 1. С. — 58.

² Практика судів України в кримінальних справах. — К., 1993. — С. 69.

непрямі, що надзвичайно важливо і в доказуванні як дослідженні, і в доказуванні як обґрунтуванні тези.

4. Прямим доказом у доказуванні як дослідженні є фактичні дані (інформація), отримані із передбачених кримінально-процесуальним законом джерел, змістом яких є обставини предмета доказування. Наприклад, показання свідка про подію злочину — про час, місце, спосіб дій обвинуваченого, обстановку, у якій він діяв, про потерпілого чи інший об'єкт посягання, наслідки дій — є безпосереднім змістом обставин предмета доказування у вигляді предмета обвинувачення, передбачених п.п. 1, 4 ст. 64 КПК. Показання обвинуваченого про те, що він убив потерпілого через помсту (ревнощі, користь тощо), є безпосереднім змістом таких елементів предмета доказування, як умисел обвинуваченого у вчиненні злочину і мотиви злочину (п. 2 ст. 64 КПК). Чи, навпаки, показання обвинуваченого, свідків про те, що на момент вбивства потерпілого він перебував у іншому місці (алібі), є безпосереднім змістом обставин, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК, тобто змістом предмета виправдання через непричетність обвинуваченого до вбивства. Тут простежується зворотній безпосередній зв'язок — від відбитка, сліду, інформації, до першоджерела останньої, що одне і те саме — від доказу, до події, явища, які цей доказ “створили”.

Отже, ця інформація, ці фактичні дані є завжди одного рівня з юридичними властивостями досліджуваної події чи явища, вони адекватні, повністю збігаються, і між першоджерелом інформації та об'єктом, предметом, документом, що відтворюють це джерело, (джерелом доказів — ч. 2 ст. 65 КПК) немає жодних проміжних ланок. Тож перевірка та оцінка суб'єктами доказування прямих доказів зводиться, головним чином, до з'ясування надійності джерела доказів, додержання процесуальної форми їх отримання та встановлення їх достовірності чи недостовірності. Неважко при роботі з прямими доказами вирішувати і питання про їх повноту та достатність для того, щоб констатувати встановлення у справі об'єктивної істини, оскільки зміст кожного окремого прямого доказу є складовою частиною ознак предмета доказування, а іноді — повністю охоплює всі обставини, зокрема “головний факт” предмета доказування.

5. Непрямими доказами в доказуванні як дослідженні є фактичні дані (інформація), отримані з передбачених кримінально-процесуальним законом джерел, змістом яких є доказові

факти. Наприклад, показання свідка про те, з якого місця він спостерігав вбивство, є змістом доказового факту про це місце у справі, предметом доказування у якій є предмет обвинувачення (ст. 64 КПК). Проїзний квиток для проїзду на потязі, показання свідків, що обвинувачений їхав у цьому потязі до певної залізничної станції, становитимуть зміст цих доказових фактів у справі, предметом доказування у якій є алібі обвинуваченого — відсутність у діянні складу злочину (п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК). Зв'язок цих доказових фактів із предметом доказування неоднозначний, він опосередковується через інші доказові факти, їх систему. Тому доказування за допомогою непрямих доказів — процес тривалий і складний. На відміну від доказування прямими доказами, тут воно ніби двоступеневе: на першому етапі досягається достовірне знання про власне доказові факти, на другому — на основі добутих знань, причому тільки розумовим логічним шляхом, робляться висновки про обставини досліджуваної події. А оскільки зміст жодного непрямого доказу не відповідає ознакам обставин предмета доказування, то основним, і водночас найважчим у їх перевірці та оцінці, є встановлення зв'язку непрямих доказів із предметом доказування (об'єктивного чи суб'єктивного), від чого, в кінцевому підсумку, залежить визнання доказу належним чи неналежним до справи. Нарешті, надто відповідальним при оперуванні непрямими доказами є вирішення питання про їх достатність для висновку про встановлення обставин предмета доказування у всіх його юридично значущих рисах, особливо у справах, де прямих доказів про досліджувану подію взагалі немає.

6. Розмежування предмета доказування та доказових фактів, а відтак, поділ доказів на прямі та непрямі, є надто істотне при логічному доказуванні у кримінальній справі.

Логічне доказування є обов'язковою складовою доказування як дослідження фактичних обставин кримінальної справи. Разом із тим, при провадженні кримінальної справи завжди має місце логічне доказування, так би мовити, в “чистому” вигляді — доказування як обґрунтування тези шляхом демонстрації аргументів, зокрема, при заявленні, обговоренні різного роду заяв та клопотань учасників процесу, при прийнятті за ними процесуальних рішень тощо. Особливі види логічного доказування, що є у кожній кримінальній справі, — це полеміка сторін у судових дебатах та обґрунтування слідчим, судом у кінцевих процесуальних актах висновків щодо фактич-

них обставин справи, тобто обставин предмета доказування — у постановках про відмову в порушенні кримінальної справи, про її закриття, у вироках, постановках та ухвалах судів усіх рівнів та інстанцій¹.

Щодо логічного оперування прямими та непрямими доказами (та й логічного доказування як складової доказування-дослідження) необхідно зазначити таке. Доказування у кримінальній справі не є оперуванням знаками, символами. Це практична робота з інформацією (відомостями, фактичними даними), тобто робота змістова. Тому використання законів та правил формальної (символічної) логіки тут замало. Коректне юридичне доказування (мислення) тут можливе лише у поєднанні формальної логіки та логіки змістової (діалектичної)². Більше того — це доказування-пізнання, рух від одного виду інформації (знання) до іншого, тобто гносеологічне, філософське. Отже, у кримінально-процесуальному доказуванні неможливо обійтися і без так званої “філософської логіки”. І це цілком закономірно, адже “родовід логічної науки тісно пов’язаний з філософськими роздумами про правила полеміки, процедури переконань, докази вини чи невинуватості підсудного”³. І “в цьому відношенні логіка ближче до риторики і юриспруденції, ніж до теорії пізнання”⁴.

7. У зв’язку з викладеним, досить важливим є визначення кола доказових фактів, що підлягають виявленню. Як уже було зазначено, досліджувана подія й інші відшуковувані обставини справи перебувають у взаємодії з безліччю подій, явищ, обставин. Однак судовому пізнанню підлягає не вся ця множинність об’єктів. Доводиться штучно “відокремлювати” деякі її елементи і досліджувати тільки ті з них, які мають істотне значення у справі. Причому слідчий і суд повинні організувати провадження у справі таким чином, щоб обставини, які мають значення для справи, з’ясувалися за найменших витрат часу і зусиль.

¹ Про види (форми) доказової діяльності захисника детальніше йтиметься у наступному розділі праці.

² *Кнапп В., Герлох А.* Логика в правовом сознании: Пер. с чешск. / Общ. ред., вступ. ст. Венгерова. А. Б. — М., 1987. — С. 96–85, 172–296; *Філософія права / За заг. ред. Костицького М. В., Чміля. Б. Ф.* — К., 2000. — С. 320–323.

³ *Жоль К. К.* Методы научного познания и логики (для юристов): Учеб. пособие. — К., 2001. — С. 139.

⁴ *Жоль К. К.* Зазнач. праця. — С. 147.

У процесуальній літературі запропоновано кілька критеріїв відбору. Авторіві імпонують ті, що їх запропонував О. М. Ларін, а саме: 1) корисність факту, тобто можливість використання його для встановлення істотних обставин справи; 2) цінність факту, що визначається обсягом інформації, яку він несе; 3) близькість факту до досліджуваної події¹.

Безперечно, заздалегідь визначити коло доказових фактів, що підлягають з'ясуванню, неможливо. В різних справах воно інше і залежить суто від фактичної специфіки справи. Все ж, у будь-якому разі воно мусить забезпечувати достовірне встановлення відшукуваних обставин.

8. Питання, пов'язані з проблемами доказових фактів, досі розглядалися з позицій виконання прокурором, слідчим і особою, яка провадить дізнання, завдань з усебічного, повного та об'єктивного дослідження обставин справи (ст. 22 КПК), з'ясування у ній істини (ст. 31 Конституції), не випадково. Знання захисником мети доказової діяльності протилежної процесуальної сторони, її предмета та обсягу, характеру та способів роботи з доказовим матеріалом, є важливим у декількох аспектах.

Оскільки при розслідуванні та судовому розгляді справи слідчий і прокурор в плані доказування фактів та обставин досліджуваної події ідуть, так би мовити, попереду захисника, захисник спочатку певною мірою, а з етапу ознайомлення з матеріалами закінченої розслідуванням кримінальної справи та складання обвинувального висновку в повному обсязі бачить перед собою фактичний, в тому числі доказовий об'єкт, який йому належить спростувати, його сильні й слабкі сторони, а тому уже на одній цій підставі в змозі піддавати його об'єктивній критиці (критиці з погляду положень кримінально-процесуального закону) на предмет належності та допустимості зібраних у справі доказів, їх достовірності та достатності для прийняття обґрунтованого рішення.

Однак "гола" критика стороною захисту обвинувальної доказової бази з цих позицій і лише у такий спосіб на практиці якщо і трапляється, то надзвичайно рідко. Захисник є активним суб'єктом доказування у кримінальній справі упродовж її провадження, з досить широкими доказовими повноваження-

¹ Ларин А. М. Проблема расследования в советском уголовном процессе: Дис... докт. юрид. наук. — М., 1970. — С. 378.

ми: подавати докази, клопотати перед слідчим і судом про ви-требування і приєднання до справи нових доказів; про виклик нових свідків і експертів; ставити в судовому засіданні запи-тання підсудним, потерпілому, свідкам, експертові, спеціаліс-тові, позивачеві та відповідачеві, брати участь у дослідженні інших доказів тощо (ст.ст. 48, 261, 296 КПК). Вся ця доказова діяльність захисника здійснюється інколи одночасно, щонайме-нше, в двох напрямках: 1) на повне чи часткове спростування доброякісності обвинувальних доказів; 2) на формування ін-шої, протилежної обвинувальній, системи доказів. І в першо-му, і в другому випадках для формування виправдувальних доказів чи їх системи необхідно встановити нові фактичні обс-тавини справи, факти, і не в останню чергу так звані “негатив-ні” доказові факти, тобто ті, які спростовують достовірність існування фактів та обставин, на яких ґрунтується обвинува-чення чи які свідчать про суб’єктивний зв’язок останніх з обс-тавинами предмета доказування та між собою.

Зрозуміло, що перш ніж братися за з’ясування “негатив-них” доказових фактів, захисник мусить усвідомити їх можли-вий зміст та правові наслідки для підзахисного за результата-ми їх встановлення, а отже, розумітися на їх природі у кри-мінальній справі.

Іноді можна зустрітися з протилежним, з прикрими випад-ками, коли одне лише запитання захисника обвинуваченому, потерпілому, свідкові чи експертові про новий доказовий факт і відповідь на нього виявляється саме тим, якого і бракувало в ланцюгу доказових фактів сторони обвинувачення для обґрун-тованого визнання підсудного винним у вчиненні злочину. Пригадую випадок, коли на завершальній стадії судового слід-ства, на етапі доповнень до судового слідства, в справі про розбійний напад групою осіб при ситуації, коли одного з під-судних не впізнала потерпіла, він та інші обвинувачені в ході всього провадження справи його участь у вчиненні злочину заперечували, інших обвинувальних доказів також бракувало, Адвокат, який здійснював захист саме цього підсудного, запи-тав потерпілу: “Чи зверталися підсудні до невідомої Вами особи і якщо зверталися, то як?” Відповідь потерпілої вияви-лася “бомбою” для захисту. Вона відповіла, що до цієї особи зверталися за “кличкою” та вказала за якою саме, і факт належ-ності цієї “клички” підзахисному адвоката в подальшому було підтверджено.

Вміння захисника працювати з доказовими фактами важливе і в іншому плані, а саме, при використанні ним права “збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі, в тому числі запитувати і одержувати документи чи їх копії від громадян та юридичних осіб, знайомитися на підприємствах, в установах, організаціях, об’єднаннях громадян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян” (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК), тобто в так званому допроцесуальному збиранні доказової інформації та її носіїв (джерел).

Щоб результати такої допроцесуальної роботи захисника було визнано доказами справи, крім ознаки допустимості вони також мусять володіти властивістю мати значення у справі, тобто бути належними. Тому методологічний підхід захисника до збирання непрямих фактичних даних про обставини справи позапроцесуальним шляхом має бути аналогічним тому, яким здійснює збирання непрямих доказів слідчий та інші державні органи, в провадженні яких перебуває справа.

При цьому слід зважати й на те, що особа та органи, які здійснюють провадження у справі, самі “формують” докази, в тому числі непрямі, тобто самі збирають доказову інформацію і виявляють її джерела, і самі цю інформацію процесуально фіксують (закріплюють). Захисникові ж доводиться ще доказувати їм, що зібрані ним фактичні дані отримано законним шляхом (допустимі) та мають істотне значення у справі (належні). А оскільки зв’язки доказових фактів з обставинами предмета доказування та між собою рідко бувають однозначними і їх з’ясування повсюдно вимагає глибоких пізнань у тій чи іншій сфері діяльності людини, від захисника як при збиранні такої інформації, так і при доведенні її належності до справи, вимагається достатній рівень таких пізнань. Принаймні знання в галузі криміналістики, судової медицини, психіатрії, психології, бухгалтерії тощо є для захисника обов’язковими. В інших же випадках слід звернутися до відповідної літератури та фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань.

Нарешті, всебічне знання проблеми доказових фактів у кримінальній справі необхідне захисникові в плані можливості ефективного оперування непрямыми доказами в процесі логічного доказування, в першу чергу при спростуванні тези обвинувачення та обґрунтуванні власної тези захисту.

§ 5. Межі доказування

1. Із предметом доказування та доказовими фактами тісно пов'язане поняття меж доказування, у яких здійснюється дослідження фактичних обставин справи. Ці поняття близькі одне до одного, але не збігаються, не є тотожними (подібно до того, як у геометрії є суміжними, але не збігаються поняття замкнутої ламаної лінії і багатокутника — ділянки площини, обмеженої цією лінією).

Слід зазначити, що поняття меж доказування в кримінально-процесуальній науці, теорії доказування зокрема, є одним із найзаплутаніших. Ось приклади його визначення у вітчизняних підручниках з кримінального процесу: “такий обсяг доказового матеріалу (доказів і їх джерел), який забезпечує надійне, достовірне встановлення всіх обставин, які входять в предмет доказування...”¹; “...це необхідна і достатня сукупність доказів, яка, будучи зібраною у справі, забезпечує її правильне вирішення”²; “це такий ступінь достатності та достовірності системи доказів, який дозволяє зробити однозначний і неспростовний висновок як по кожному з елементів предмета доказування, так і по справі в цілому”³.

Здебільшого так само визначають поняття меж доказування і в сучасній російській літературі з кримінального процесу⁴.

Наведені та подібні думки щодо визначення меж доказування із залученням поняття доказів не можуть бути прийнятними, оскільки ці поняття різнопорядкові. Різні вимоги до предмета доказування та меж доказування висуває і закон. Немає сенсу визначати межі доказування через докази і для практики, оскільки слідчому та суду, з одного боку, однаково, за допомогою яких слідчих дій (огляду, експертизи, допиту, причому допиту однієї особи чи десяти осіб) встановлено обста-

¹ Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України. — С. 135.

² Кримінальний процес України / За ред. Ю. М. Грошевого, В. М. Хонтенця. — С. 139.

³ Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України.— К., 2000. — С. 275.

⁴ Уголовный процесс: Учебник для студ. Юрид. вузов и факультетов / Под ред. Гуценко. К. Ф. — Изд. 4-е, перераб. и доп. — М., 2000. — С. 149; Безлепкин Б. Т. Уголовный процесс России. — М., 2003. — С. 121; Рыжиков А. П. Уголовный процесс: Учебник для вузов. — 2-е изд., изм. и доп.— М., 2003. — С. 214.

вини справи, а з іншого, обставини справи взагалі може бути встановлено за допомогою різних систем доказів. Скоріше, таким чином, йдеться про обсяг доказів. Тому, не зупиняючись на детальному аналізі різних поглядів, при розкритті теми автор виходить із власного бачення меж доказування у кримінальній справі.

Якщо доказування — це дослідження обставин справи, то його межі є границею, яка окреслює сукупність цих обставин. Іншими словами, межі доказування обмежують, окреслюють предмет доказування і сукупність доказових фактів. Причому слід розрізняти межі доказування обставин предмета доказування (у вузькому розумінні) та межі доказування доказових фактів (у широкому розумінні). Межі щодо предмета доказування — це грань, яка відокремлює предмет від інших обставин, у тому числі і від доказових фактів. “Якщо предмет доказування розглядати як кордон дослідження обставин справи по горизонталі, то межі доказування, які визначають глибину їх дослідження, можна умовно визначити як кордон по вертикалі”¹.

2. Практичне значення меж щодо предмета доказування є важливим принаймні в таких аспектах.

Як ішлося вище, структура і зміст предмета доказування визначається системою норм кримінального, а у багатьох випадках — і цивільного матеріального та процесуального права і в його регламентації ці норми взаємодіють. Наприклад, якщо для прикладу взяти предмет обвинувачення, то неважко констатувати, що основою його структури та змісту є склад злочину (“подія злочину” (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину); винність обвинуваченого у вчиненні злочину і мотиви злочину...) — п.п. 1, 2 ст. 64 КПК). Однак при цьому слід мати на увазі таке.

Зіставлення складу злочину і предмета обвинувачення свідчить, що поняття предмета доказування ширше від поняття складу злочину за змістом. Воно багатше уже в тій його частині, яка охоплюється поняттям події злочину. Поняття події злочину, як зазначено в законі, охоплює “час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину” і в тих випадках, коли вони не є обов’язковими ознаками складу.

¹ Карнеева Л. М. Привлечение к уголовной ответственности по советскому праву: Автореф. дисс... докт. юрид. наук. — М., 1970. — С. 31.

Зміст цього поняття, що впливає з припису самого закону, є відкритий. І це не випадково. Подія злочину, крім ознак складу злочину, часу, місця, способу дії, може характеризуватись й іншими кримінально-правовими ознаками, які впливають на застосування норм Загальної частини КК (характер зв'язку співучасників, перевищення меж необхідної оборони, готування до злочину, замах на злочин тощо). Події злочину можуть бути притаманні й такі юридичні ознаки, що мають значення для давності, для вирішення цивільного позову в кримінальній справі тощо.

Кримінально-правові обставини предмета обвинувачення (ст. 64 КПК) можна умовно поділити на дві основні групи: 1) ті, що відповідають обставинам складу злочину; 2) ті, що визначають ступінь і характер відповідальності винного. Виокремлення обставин першої групи зумовлено тим, що тільки за їх наявності діяння може бути визнано злочином. Будучи встановленими, ці обставини складають основний зміст обвинувачення, що формулюється в справі, а потім обвинувального висновку. Сукупність таких фактів справді є "головним фактом", оскільки без їх встановлення як підстави кримінальної відповідальності немає потреби встановлювати інші обставини предмета обвинувачення.

Щодо ознак обставин "головного факту" предмета обвинувачення необхідно акцентувати увагу на двох таких моментах.

Перший. Ознаки злочину, які відповідають ознакам складу, є необхідними елементами будь-якого конкретного предмета обвинувачення. За їх відсутності предмет доказування не стосуватиметься питань обвинувачення. Обов'язковими кримінально-правовими елементами предмета обвинувачення є також ознаки, які є підставами застосування норм Загальної частини КК, наприклад, час, місце вчинення злочину, осудність суб'єкта. Інші ж ознаки діяння мають кримінально-правове значення лише для певних видів злочинів, наприклад, службове становище особи при одержанні хабара (ст. 368 КК). В цьому розумінні на відміну від обов'язкових, універсальних кримінально-правових ознак, вони є факультативними, оскільки підлягають доказуванню не у всіх, а лише у деяких категоріях кримінальних справ.

І необхідні, і факультативні кримінально-правові ознаки предмета доказування, стосуються, безперечно, події злочину. Але так само очевидно, що в події злочину вони також є обов'язковими і факультативними кримінально-правовими елементами (чого процесуальний закон нині не відображає).

Другий момент. Незалежно від того, обов'язковими чи факультативними представлено розглянуті вище елементи в понятті події злочину, вони відображають матеріально-правові ознаки злочину. Однак низка елементів, що стосуються події злочину, підлягають встановленню незалежно від їх кримінально-правової значущості. Наприклад, спосіб дій хулігана, не визначений як ознака злочину, передбаченого ст. 296 КК, не завжди є обставиною, що обтяжує покарання, але його невстановлення у цій категорії справ розглядають як істотне порушення правила про повноту розслідування чи судового розгляду справи, що зумовлює скасування вироку з поверненням справи на додаткове розслідування чи новий судовий розгляд (ст. 374 КПК).

Саме так вчинила судова палата з кримінальних справ апеляційного суду Хмельницької області у справі з обвинувачення Мірошникова С. та Олійникова Ю. за ч. 3 ст. 296 КК України, мотивуючи своє рішення таким чином: "Із змісту ст. 223 ч. 2 КПК України вбачається, що в описовій частині обвинувального висновку зазначаються: обставини справи, як їх встановлено на досудовому слідстві: місце, час, способи, мотиви і наслідки злочину, вчиненого кожним з обвинувачених; він має відповідати висновкам постанови про притягнення особи як обвинуваченого.

З тексту обвинувального висновку випливає, що як в описовій, так і в резолютивній частині фабула обвинувачення викладена неконкретно.

Зокрема, не вказується спосіб скоєння злочину, тобто, в чому саме виразилося грубе порушення громадського порядку, проявленої зневаги до суспільства, особлива зухвалість дій Мірошникова С. та Олійникова Ю., вони конкретно не розмежовані та не описані, не зазначено, в яких місцях ці дії вчинено і які власне...

Зазначені порушення, допущені органом слідства, перешкодили суду повно і всебічно розглянути справу...

Суд же, в свою чергу, фактично продублював текст описової частини обвинувального висновку, ухвалив незаконний вирок"¹.

¹ Архів Ізяславського райсуду Хмельницької області за 2003 р. Справа №7/3466.

Аналогічно, не маючи кримінально-правового значення, входить у предмет доказування спосіб вчинення злочину при вбивстві без кваліфікуючих обставин (ч. 1 ст. 115 КК), спосіб експлуатації дітей (ст. 150 КК) тощо. І річ тут у тім, що зміст поняття “подія злочину” не лише матеріально-правовий. Саме тому, що і структура, і зміст обставин предмета доказування, у нашому випадку предмета обвинувачення зокрема, регламентовано як нормами матеріального, так і процесуального права, встановлювані обставини кримінальної справи мають кримінально-правову і одночасно кримінально-процесуальну природу. Однак процесуально-правова природа (процесуально-правова значущість) обставин справи ширше (“по горизонталі”) і глибше (“по вертикалі”) за кримінально-правову. Низка обставин, що підлягає доказуванню відповідно до правил про предмет обвинувачення, можуть мати виключно процесуальне, а не матеріально-правове значення (як, наприклад, спосіб хуліганства у вищенаведеному прикладі). Тому поняття події злочину в його конкретному застосуванні за своїм змістом є значно ширшим ніж кримінально-правове поняття складу злочину ще і тому, що відображає не тільки інші матеріально-правові ознаки злочину, а й суто процесуально-правові.

Усі решта ознак, які має злочин як подія об’єктивної дійсності, перебувають за межами предмета обвинувачення. Вони не впливають на застосування норм права. Не важливі в правовому розумінні, наприклад, колір волосся вбивці чи зріст потерпілого у справі про вбивство. Такі ознаки не охоплюються поняттям “подія злочину” (п. 1 ст. 64 КПК). В окремих випадках вони можуть виступати доказовими фактами.

При дослідженні конкретного діяння поняття події злочину співвідноситься, безперечно, не тільки із загальним поняттям складу злочину, а й зі складом злочину, за ознаками якого справу порушено. Однак і в цьому випадку, в процесі застосування права, поняття події злочину набагато багатше і разом з тим конкретніше характеризує досліджуване діяння. Тут має місце ніби взаємоконкретизація. Зокрема, оскільки склади окремих видів злочинів — абстракції більш низького рівня, ніж відповідні їм елементи складу предмета обвинувачення, вони дають змогу конкретизувати кримінально-правовий зміст цих елементів. Саме елементи певного складу злочину містять вказівки про безпосередній об’єкт посягання, його окремі риси, про конкретні форми об’єктивної сторони злочину (дія чи бездіяльність), певний спосіб дії, специфічні ознаки суб’єкта, пев-

ні форми вини, конкретні мотиви, мету тощо. Зіставлення події злочину зі складом конкретного злочину допомагає констатувати той чи інший вид злочину. З погляду кримінального права така конкретизація є граничною. Разом з тим, вона є достатньою, оскільки дає змогу застосовувати кримінально-правову норму, правильно кваліфікувати злочин.

Однак така конкретизація є недостатньою з погляду процесуального права. Наприклад, якщо виходити тільки з ознак складу злочину, вказаного в ч. 1 ст. 185 КК, достатньо встановити наявність у діянні ознак: 1) таємного; 2) заволодіння; 3) осудною, досягненню віку кримінальної відповідальності, особою; 4) чужим майном; 5) з корисною метою. Однак для засудження особи цього буде недостатньо. Процесуальні приписи про предмет обвинувачення передбачають, що досліджувану подію злочину слід з'ясувати, конкретизувати і деталізувати більш глибоко, в тому числі і за її кримінально-правовими ознаками. У справі про крадіжку, наприклад, необхідно з'ясувати точний час і місце крадіжки, індивідуальні ознаки винного, потерпілого тощо, тобто характерні та неповторні ознаки крадіжки, що відрізняють її від будь-яких інших діянь, досягти про цю подію істинного знання.

Конкретизація і деталізація діяння за всіма елементами предмета обвинувачення до такої межі — пряма вимога процесуального закону, зумовлена потребами практики.

3. Описання події злочину є формулою обвинувачення, з якою пов'язані найважливіші процесуальні відносини і дії.

Якщо є достатньо доказів, які вказують на вчинення злочину певною особою, слідчий виносить мотивовану постанову про притягнення цієї особи як обвинуваченого (ст. 131 КПК), в якій, як зазначено в ч. 1 ст. 132 КПК, зобов'язаний відобразити “злочин, у вчиненні якого обвинувачується дана особа, час, місце та інші обставини вчинення злочину, наскільки вони відомі слідчому, і стаття кримінального закону, якою передбачений цей злочин”. Якщо обвинуваченому інкриміновано кілька злочинів, які підпадають під дію різних статей кримінального закону, “в постанові про притягнення як обвинуваченого повинно бути вказано, які саме дії ставляться обвинуваченому в вину за кожною з цих статей” (ч. 2 ст. 132 КПК). Формулювання обвинувачення зазначається в описовій частині обвинувального висновку, зокрема, “обставини справи, як їх встановлено на досудовому слідстві, місце, час, способи, мотиви і на-

слідки злочину, вчиненого кожним з обвинувачених...”, “коротко викладається суть пред’явленого обвинувачення” також у резолютивній частині обвинувального висновку (ст. 223 КПК).

На етапі роботи з обвинувальним висновком прокурор або його заступник вправі змінити початкове обвинувачення, за умови, якщо така зміна “не зв’язана з істотною зміною обвинувачення за фактичними обставинами” (ч. 2 ст. 231 КПК). Якщо ж цієї вимоги дотриматися неможливо, справу повертають слідчому для додаткового розслідування і пред’явлення нового обвинувачення (ч. 1 ст. 231 КПК).

Формулою обвинувачення зв’язаний і суд. Зокрема, при попередньому розгляді справи суддя, крім інших питань, з’ясовує, чи складено обвинувальний висновок відповідно до вимог КПК (п. 3 ч. 2 ст. 237 КПК), чи не було допущено під час провадження досудового слідства таких порушень вимог КПК, без усунення яких справу не може бути призначено до судового розгляду (п. 3 ч. 1 ст. 237 КПК). При встановленні таких порушень суддя своєю постановою, відповідно, повертає справу на додаткове розслідування (ст. 246 КПК) чи прокурору (ст. 249¹ КПК).

Межі судового розгляду, своєю чергою, також обмежено пред’явленим підсудному обвинуваченням (ч. 1 ст. 275 КПК).

Під час судового розгляду до закінчення судового слідства прокурор вправі змінити пред’явлене особі обвинувачення, про що виносить постанову, в якій формулює нове обвинувачення та викладає мотиви прийнятого рішення. Для забезпечення можливості підсудному, його захисникові та законному представникові підготуватися до захисту проти нового обвинувачення, копії постанови вручають сторонам і справу розглядом відкладають не менше ніж на три доби (ст. 277 КПК).

Певна річ, “мотивувальна частина обвинувального вироку повинна містити формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним, із зазначенням місця, часу, способу та наслідків злочину, форми вини і мотивів злочину” (ч. 1 ст. 334 КПК), яка не може істотно відрізнятися за фактичними обставинами від формули обвинувачення, проти якої обвинувачений захищався в суді.

Конкретизація події злочину в формулюванні обвинувачення (а вона неможлива без з’ясування самої події в достатніх межах) необхідна принаймні з двох причин: по-перше, вона забезпечує перевіріть обвинувачення, а тому, по-друге, є ва-

жливою для реального забезпечення права обвинуваченого на захист.

На підтвердження цих положень наведу два приклади з практики.

К. обвинувачували за ч. 1 ст. 160 та ч. 2 ст. 168 КК 1960 р. (ст. 246 та ч. 2 ст. 368 КК 2001 р.). Як було зазначено в обвинуваченні, працюючи лісником, будучи службовою особою, в період з середини до кінця січня 1985 року він тричі займався незаконною рубкою лісу в кварталі № 2 обходу № 1 Землянського лісництва і тричі отримував від громадян Г., Д. і К. хабарі за незаконний відпуск цієї сировини.

З погляду матеріального права, кваліфікації, встановлення меж події, конкретизація її ознак у формулі обвинувачення була достатньою. Але в цьому конкретному випадку ступінь, з'ясування меж місця, часу та й інших обставин вчинення злочину, деталізація їх у формулі обвинувачення не забезпечували ні перевірності обвинувачення, ні реальної можливості реалізації підсудним права на захист.

К. вину заперечував, посилаючись на обмову, а також те, що порубки лісу в його обході у вказаний період не було, вилучена у громадян деревина взагалі не з кварталу № 2, і що майже всі дні з середини до кінця січня його ні за місцем проживання, ні за місцем роботи не було.

За клопотанням захисника облсуд повернув справу для додаткового розслідування через однобічне і поверхове дослідження її обставин, зокрема місця, часу вчинення злочину, а також ознак незаконної порубки. В ухвалі вказувалось на необхідність встановити при дослідванні точне місце порубки, за можливості — пеньки та їх залишки, деталізувати час порубки, дослідити і порівняти вилучену деревину і деревину з місця порубки, а також повніше з'ясувати інші обставини справи. Судова колегія в кримінальних справах Верховного Суду України відхилила протест прокурора області про скасування ухвали облсуду, визнавши її обґрунтованою. Додаткове розслідування обставин справи виявилось безрезультатним, і її було закрито на підставі п. 2 ст. 213 КПК¹.

¹ Архів прокуратури Баранівського району Житомирської області за 1986 р.

Наведений приклад більше ілюструє необхідність достатнього ступеня конкретизації кримінально-правових ознак події злочину, наступний — такої ознаки, яка в цій справі кримінально іррелевантна.

Д. і Л. звинувачувались за ч. 3 ст. 220¹ КК 1960 р. (ч. 2 ст. 270 КК 2001 р.) в порушенні правил пожежної безпеки, що спричинило майнову шкоду в особливо великому розмірі, а саме, порушення п.п. 1.13 і 1.16 “Правил пожежної безпеки при проведенні зварювальних та інших вогневих робіт...”. Під час зварювання водопровідних труб у квартирі над промтоварним магазином вони допустили потрапляння іскор і розпечених часток металу в магазин. Пожежа, яка виникла знищила матеріальні цінності, що були у магазині.

Обвинувачені винуватість заперечували, посилаючись на те, що в день пожежі зварювальних робіт у квартирі над магазином не проводили. У судовому засіданні їх доводи було підтверджено, у тому числі в результаті огляду місця події. Справу було повернуто для провадження додаткового розслідування і, зокрема, для з'ясування питань, чим займались підсудні в день пожежі та яка справжня причина пожежі.

У процесі розслідування обвинуваченим було пред'явлено нове обвинувачення, суть якого зводилась до того, що вони допустили виникнення пожежі при проведенні з вогнем робіт за тих самих обставин, але уже у вигляді газової різки металу. В суді не підтвердилось проведення підсудними і цього виду робіт. Суд знову повернув справу для додаткового розслідування. В кінцевому результаті її було закрито через недоведеність участі обвинувачених у вчиненні злочину¹.

Цілком очевидно, що без з'ясування на досудовому слідстві, а отже, без конкретизації у формулі обвинувачення обставин події, зокрема дій обвинувачених, виду робіт, що їх вони проводили, перевірка судом обвинувачення була б безпредметною в частині найяскравішої розпізнавальної ознаки події — способу вчинення злочину. Значно ускладненим був би і захист від обвинувачення. В цьому зв'язку не випадковим є припис ст. 43 КПК, яка визначає права обвинуваченого, де в

¹ Архів УМВС України в Житомирській області за 1986 р.

першу чергу названо право “знати, в чому його обвинувачують”.

Вимога конкретизації однаковою мірою стосується й обставин, що характеризують особу обвинуваченого, пом’якшують та обтяжують покарання (ч. 3 ст. 64 КПК, ст.ст. 65, 66, 67 КК).

Отже, у регламентації встановлення істини у справі між нормами матеріального і процесуального права існує нерозривний зв’язок. При розслідуванні конкретного злочину суть цього зв’язку полягає, зокрема, в тому, що обставини справи досліджують крізь призму правил процесуального закону про предмет доказування і, одночасно, норм (норми) кримінального права, що підлягає застосуванню. Слідчий, прокурор, судді постійно в думках зіставляють факти і норми права. Ознаки складу злочину і відповідні їм елементи предмета обвинувачення вони бачать як єдине ціле. У той же час як єдине ціле існують ознаки злочину — елементи предмета обвинувачення.

Такий зв’язок, однак, встановлюється при постановленні обвинувального вироку. В процесі ж з’ясування обставин справи необхідно завжди пам’ятати, що кримінально-правова оцінка фактів (кваліфікація) і кримінально-процесуальне доказування — це різні види процесуальної діяльності. Щоб остаточно і правильно кваліфікувати досліджуване діяння, тобто застосувати кримінальні закони, необхідно спочатку всебічно, повно й об’єктивно у достатніх межах встановити подію, отримати про неї істинне (достовірне) знання.¹ До завершення процесу доказування може мати місце лише кримінально-правова кваліфікація версії про досліджувану подію. Саме тому, на мою думку, ст. 324 КПК вимагає від суду при постановленні вироку спочатку вирішити питання, чи мало місце діяння, у вчиненні якого обвинувачують підсудного (п. 1), а вже потім — чи має це діяння склад злочину і якою саме статтею кримінального закону його передбачено (п. 2).

¹ На цьому правильно акцентують увагу вчені – спеціалісти з питань кваліфікації злочинів (Див.: *Навроцький В. О.* Теоретичні поняття кримінально-правової кваліфікації. — К., 1999. — С. 78; *Кудрявцев В. Н.* Общая теория квалификации преступлений. 2-е изд., перераб. и дополн. — М., 2001. — С. 197–208; *Коржанський М. Й.* Кваліфікація злочинів. Навч. Посіб. — К., 2002. — С. 16–19; *Гаухман Л. Д.* Квалификация преступлений: закон, теория, практика. — М., 2003. — С. 13–19.

Застосування норм про предмет доказування незалежно від того, за ознаками якої статті Особливої частини КК ведеться дослідження, покликане слугувати надійною юридичною гарантією того, що предмет доказування відповідатиме дійсності, в справі буде встановлено об'єктивну істину, до кримінальної відповідальності буде притягнуто дійсно винних осіб, виправдано невинних чи провадження у справі буде обґрунтовано закрито. В цьому і полягає основне процесуально-правове значення норм закону про предмет доказування.

Якщо в ході дослідження фактів, з приводу яких порушено справу, підтвердиться версія обвинувачення, тобто якщо предмет доказування в кінцевому підсумку стане предметом обвинувачення, низка його обставин матиме “подвійну” чи навіть “потрійну” юридичну природу — матеріально-правову (кримінальну і цивільну) та процесуальну, деякі ж — тільки процесуальну. Отже, межі дослідження обставин предмета доказування у кожній окремій кримінальній справі залежать від наведеної її юридичної специфіки.

4. Визначення меж доказування в широкому розумінні, тобто як меж, що окреслюють поряд з предметом доказування доказові факти, є набагато складнішим, оскільки відбір доказових фактів зумовлено не юридичними їх властивостями, а інформаційними. Тому головна проблема меж доказування як у теорії, так і на практиці, — це саме проблема доказових фактів. Як уже було зазначено, значення доказових фактів у кримінальній справі полягає у тому, що з огляду на свої зв'язки з предметом доказування вони є основою встановлення обставин предмета доказування за допомогою систем непрямих доказів, які за своєю сутністю є їх відображенням. Отож, питання меж встановлення доказових фактів зводиться до визначення достатнього їх обсягу, сукупності у справі, щоб дійти істинного висновку про предмет доказування.

Пояснюючи суть проблеми меж доказування, О. М. Ларін вдався до такого вдалого, на мій погляд, порівняння: “Археолог, маючи намір вилучити для музею наскальний малюнок первісної людини, повинен визначити, який шар каменю під малюнком необхідно зняти, щоб доставити зображення цілим і збереженим. У слідчого завдання ускладнюється тим, що предмет доказування, який він з'ясовує, не лежить безпосередньо на поверхні, а поглинений у масі взаємопов'язаних динамічних, гнучких, змінюваних явищ. Але в основному питання

аналогічне: яким за своєю структурою, за своєю щільністю мусить бути пласт доказових фактів, достатній для з'ясування предмета доказування”¹.

Питання структури сукупності доказових фактів розглядають як питання систем непрямих доказів: системи непрямих доказів, у яких з одного проміжного факту виводиться другий, з другого — третій і т. д.; системи незалежних фактів, які свідчать про одну і ту саму обставину предмета доказування; системи накопичення непрямих доказів тощо, що більше стосується процесу доказування. З погляду меж доказування важливим є обсяг вимог, які висунуто до необхідної і достатньої сукупності системи непрямих доказів у кримінальній справі в цілому. По-перше, система непрямих доказів має бути повною. Це означає, що непрямих доказів повинно бути достатньо для того, щоб можна було дійти істинного висновку щодо всіх і кожного з елементів предмета доказування. По-друге, така система непрямих доказів має забезпечувати однозначність висновків про обставини предмета доказування, тобто допускати лише один висновок і виключати всі інші. По-третє, ця система непрямих доказів має бути надійною. До поняття надійності автор зараховує елементи достатнього надлишку (резерву) доказової інформації, в тому числі встановлення тих чи інших обставин справи кількома незалежними системами непрямих доказів, та умови належності і допустимості їх до справи. А це вже питання оцінки доказів, яке вирішується у кожній окремій справі залежно від специфіки її доказового матеріалу.

Побудова антитези обвинувачення, її обґрунтування незалежною системою контраргументів, доведення неналежності та недопустимості доказів вини обвинуваченого, тобто спростування того, що предмет обвинувачення доказано в достатніх межах і достовірно — суть захисної діяльності у кримінальній справі на всіх етапах та стадіях її провадження. Тому питання меж доказування завжди має бути в полі зору захисника.

5. Обставини предмета доказування і доказові факти як явища об'єктивної дійсності стосуються минулого. Вони не змінюються від того, чи досліджує їх слідчий, на якому етапі розслідування, суд першої чи апеляційної інстанції тощо. Мо-

¹ Ларин А. М. Проблема расследования в советском уголовном процессе: Дис... докт. юрид. наук. — М. 1970. — С. 386.

жуть і, як правило, змінюються лише межі їх дослідження та пов'язані з оцінкою доказів уявлення про достатність цих меж.

Питання меж доказування на різних етапах та стадіях провадження у справі щодо предмета доказування та доказових фактів вимагає диференційованого підходу. Річ у тім, що ст. 64 КПК визначає структуру і зміст предмета обвинувачення як загального для досудового слідства та судового розгляду кримінальної справи. Але практично тотожність має місце далеко не завжди, а лише у випадках, якщо розслідування та судовий розгляд проведено однаково доброякісно і якщо пред'явлене особі обвинувачення повністю підтверджується судовим слідством.

Разом із тим, закон передбачає і розбіжності між слідством та судом щодо предмета доказування. Суд, зокрема, може дійти висновку, що: 1) обвинувачення в якійсь частині чи повністю не підтвердилося; 2) дійсний предмет доказування відмінний від пред'явленого обвинувачення і дає підстави для його пом'якшення тощо. В першому випадку суд виправдовує підсудного за відповідною частиною пред'явленого обвинувачення чи виправдовує повністю. В другому випадку обвинувальний вирок постановлюється за зміненим обвинуваченням. Обидва ці випадки означають, що предмет доказування слідчим було визначено неправильно.

Інша річ — межі доказування доказових фактів. На досудовому слідстві вони, як правило, значно ширші, порівняно із судом. У процесі розслідування слідчий часто досліджує ті чи інші версії і з'ясовує, що пов'язані з цими версіями факти не стосуються справи. І суд такі факти уже не включає в межі доказування.

Межі доказування в суді можуть скорочуватися і з урахуванням встановлених слідчим доказових фактів, які стосуються справи, але містять явно надлишкову інформацію. Не випадково закон дозволяє судді при попередньому розгляді справи вирішувати питання про список осіб, які підлягають виклику в судове засідання (п. 5 ч. 1 ст. 253 КПК), а за наявності підстав вважати, що в стадії судового розгляду відповідно до ст. 299 КПК досліджуватимуть лише деякі докази або вони не досліджуватимуть взагалі, суддя вправі викликати в судове засідання лише тих осіб чи витребувати лише ті докази, про допит чи дослідження яких надійшли клопотання від учасників судового розгляду (ч. 2 ст. 253 КПК).

Однак межі доказування доказових фактів у суді іноді і розширюють. Це може мати місце через прогалини в доказовому матеріалі досудового слідства, і суд з власної ініціативи вправі заповнити ці прогалини за рахунок залучень додаткових доказів. Навіть якщо таких прогалин, немає перевірка судом фактів, на яких ґрунтується обвинувачення, неможлива без з'ясування нових доказових фактів. Взагалі важко уявити собі судовий розгляд справи, у якому сторона обвинувачення і сторона захисту, та й суд, ні на крок не відхилитися б від обвинувального висновку, не подавали нових доказів, не заявляли клопотань про витребування таких судом, про дослідження нових версій, сторони захисту зокрема, в дослідженні яких їй відмовив слідчий тощо.

Отже, межі дослідження доказових фактів при судовому розгляді кримінальної справи неодмінно в одних випадках ширші, а в інших — вузьчі, ніж межі їх дослідження слідчим, і все це об'єктивно залежить, як уже було зазначено, від фактичних особливостей справи.

6. Важливою проблемою як з погляду захисту, так і з погляду правосуддя в цілому, є питання доказаності меж доказування. Пов'язана вона із питаннями належності та допустимості доказів, покладених в основу предмета обвинувачення.

Про питання належності доказів зазначено вище. Йшлося й про те, що обставини предмета доказування можуть бути встановлені лише доказами, належними до справи. Таке саме доказове значення в кримінальному процесі має властивість допустимості доказів.

Допустимість доказів у практичній діяльності при вирішенні питання доведеності обставин предмета доказування в достатніх межах слід розглядати в двох аспектах: 1) щодо змісту фактичних даних (інформації) про обставини справи та 2) щодо дотримання вимог процесуального закону щодо збирання (отримання) і закріплення доказів.

У першому випадку допустимість доказів залежить від їх належності та означає, по-перше, що допустимо доводити лише те, що стосується справи, що має значення для встановлення обставин предмета доказування та (чи) доказових фактів. Іншими словами, допустимими доказами в цьому плані є ті, які є належними до справи. Докази, які містять "нейтральну" інформацію про обставини справи, жодного інтересу для слідчого та суду не становлять, а тому клопотання учасників про-

цесу про їх збирання (отримання) та дослідження при розслідуванні чи судовому розгляді справи може бути відхилено (ч. 2 ст. 129, ч. 3 ст. 296 КПК) і відхилено обґрунтовано. У законі щодо стадії судового розгляду не випадково сказано, що особа, яка заявила клопотання про виклик нових свідків і експертів, про витребування і приєднання до справи нових доказів, “повинна вказати, для встановлення яких обставин справи вона просить” це (ч. 2 ст. 296 КПК). Очевидно, що наведене правило за аналогією закону є чинним і в усіх інших стадіях кримінального процесу.

Звичайно, при заявленні учасником процесу клопотання про залучення до справи нових доказів та при його вирішенні слідчим чи судом наявність об’єктивного зв’язку між інформацією, яку містить те чи інше джерело, та обставиною, на підтвердження якої заявлено клопотання, можна лише передбачати. Остаточне з’ясування такого зв’язку можливе лише в процесі оцінки доказу з системою інших доказів. Тому вище зазначений вислів “клопотання може бути відхилено” вжито для випадків очевидної відсутності такого зв’язку. Це означає, що якщо обставини, про встановлення яких заявлено клопотання, мають значення для справи, слідчий (суд) зобов’язаний такі клопотання задовольнити. Це пряма вимога закону (ч. 1 ст. 129, ч. 3 ст. 253 КПК).

Останнє правило при роботі над питаннями про належність та допустимість доказів має особливе значення для сторони захисту як одна із найістотніших правових гарантій забезпечення можливості ефективного здійснення захисної діяльності, оскільки орган, який здійснює провадження у справі, на відміну від учасників процесу, в тому числі захисника, сам збирає та закріплює докази і стороннього дозволу на їх приєднання до справи не потребує.

По-друге, допустимість доказів у розглядуваному визначенні означає, що їх зміст має реальне походження. Не можуть бути належними, наприклад, показання учасників процесу чи висновок експерта про чудеса, телепатію, електросенсорне та інші надприродні явища, повідомлення, які ґрунтуються на містици, спиритизмі, марновірстві, забобонах і шарлатанстві¹.

¹ Ларин А. М., Мельникова Э. Б., Савицкий В. М. Уголовный процесс России. — М., 1997. — С. 104.

7. Основу допустимості¹ доказів у другому аспекті, тобто як їх властивість, що виявляється в результаті дотримання всіх норм кримінального процесуального закону при провадженні досудового розслідування і судового розгляду кримінальної справи, становить конституційний припис про те, що “обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом” (ч. 2 ст. 62 Конституції України).

КПК України не дає визначення допустимості доказів², так само як і поняття належності доказів. У ст. 65 КПК у загальній формі сказано: “Доказами у кримінальній справі є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку органи дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Ці дані встановлюються: показаннями свідка, показаннями потерпілого, показаннями підозрюваного, показаннями обвинуваченого, висновком експерта, речовими доказами, протоколами слідчих і судових дій, протоколами з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, та іншими документами”.

В інших нормах КПК визначає уповноважених суб'єктів кримінального процесу щодо збирання (подання) та фіксації доказів, їх види, умови та процедуру здійснення судово-слідчих дій при роботі з доказами тощо (ст.ст. 22, 43–44, 66–83 та ін. КПК).

¹ Допустимий — який можна допустити, дозволити; можливий, дозволений. Див.: Новий тлумачний словник української мови. Т. 1. — К., 2003. — С. 591.

² У новому КПК Російської федерації, наприклад, питанню недопустимості доказів присвячена окрема стаття, зокрема ст. 75: “1. Докази, отримані з порушенням вимог даного Кодексу є недопустимими. Недопустимі докази не мають юридичної сили і не можуть бути покладені в основу обвинувачення, а також використовуватися для доказування події та обставин, передбачених статтею 73 цього Кодексу (обставин предмета доказування. —*Авт.*) 2. До недопустимих доказів належать: 1) показання підозрюваного, обвинуваченого, дані в ході досудового провадження по кримінальній справі у відсутність захисника, включаючи випадки відмови від захисника, і не підтверджені підозрюваним, обвинуваченим у суді; 2) показання потерпілого, свідка, оснований на догадках, припущеннях, чутках, а також показання свідка, який не може вказати джерело своєї інформованості; 3) інші докази, отримані з порушенням вимог цього Кодексу”.

Існує кілька концептуальних підходів у вирішенні проблеми допустимості доказів. Одні процесуалісти, досліджуючи систему норм, що стосуються інституту допустимості доказів та практику їх застосування, вдаються до спроб дати вичерпний перелік підстав, через які докази слід визнавати недопустимими та вилучати з процесу доказування¹, інші — до формулювання критеріїв (умов) їх допустимості².

Дати вичерпний перелік підстав визнання доказів допустимими (недопустимими) навряд чи можливо, хоча б з тієї причини, що закон у певних випадках при визначенні джерел того чи іншого виду доказу, наприклад, речових доказів, діяльності з їх збирання тощо, вдається, відповідно, до відкритого переліку предметів, які можуть бути речовими доказами (ст. 78 КПК), приблизного переліку незаконних заходів домагання показань обвинуваченого та осіб, які беруть участь у справі (ч. 3 ст. 22 КПК), тобто допускає застосування аналогії процесуального закону. В. Г. Гончаренко, наприклад, аналізуючи припис ч. 3 ст. 22 КПК: “Забороняється домагатися показань обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у справі, шляхом насильства, погроз та інших незаконних заходів” слушно зауважує, що вказані заборони не вирішують справу, “бо, по-перше, перелік незаконних заходів вимагає поширювального тлумачення; по-друге, твердження про незаконність того чи іншого заходу повинно випливати з конкретної норми КК, оскільки лише там міститься абсолютно вичерпний перелік караних вчинків (деліктів), передбачених Особливою частиною; по-третє, поняття “інші незаконні заходи” є оціночним..., то виникає потреба у застосуванні аналогії закону, яка в кримінальному праві категорично не допускається”³.

Враховуючи те, що в законі не наведено вичерпного переліку незаконних засобів (та це зробити і неможливо), внаслідок чого “інші” заходи впливу можна тлумачити у широкому діапазоні уявлень про межі їх допустимості, згаданий ав-

¹ Сизоненко А. С. Надання правової допомоги та неприпустимість доказів // Доповіді учасників міжнародної конференції: “Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві”. — К., 2002. — С. 106–107.

² Гончаренко В. Деякі зауваження у зв’язку з прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України // Вісник Академії правових наук України. — № 2 (33) – 3 (34). — С. 702–703.

³ Гончаренко В. Знач. праця — С. 702.

тор доводить необхідність встановлення в законі загального критерію визначення тих чи інших прийомів впливу на допитуваного чи інших учасників процесу допустимими і вважає за необхідне введення в КПК спеціальної норми, яка встановила б межі допустимості такого фізичного і психологічного впливу, сформульованих критеріїв допустимості одержаних доказів таким чином: “Забороняється застосовувати до осіб, які беруть участь у справі, заходи впливу, що позбавляють особу альтернативного і вільного вибору варіантів поведінки, вчинків, висловлювань. Одержані у такий спосіб докази є юридично неспроможними”¹.

8. Безперечно, корисними, особливо в методичному плані, при аналізі тих чи інших процесуальних ситуацій чи кримінально-процесуальних категорій справ у цілому є спроби дати вичерпний перелік підстав визнання доказів недопустимими. Однак з погляду процесуальної науки допустимість доказів доцільніше розглядати як чітко формалізоване поняття та вдаватися до визначення загальних критеріїв (умов) такої їх структуризації з наступним розкриттям змісту кожного з елементів структури, спираючись на чинне законодавство. До речі, слід сказати, саме такий підхід і домінує в наукових дослідженнях розглядуваної проблеми, більше того, майже досягнуто єдності в оцінках допустимості доказів представниками кримінальної та цивільної процесуальних наук. Розбіжності є хіба що у самому переліку підстав недопустимості, та й то через ступінь їх узагальнення тим чи іншим автором. Отже, допустимість доказів дослідники цього процесуального інституту визначають як сукупність вимог, що їх висунуто законом до процесу формування доказів, які полягають у тому, що належна до справи інформація повинна бути одержана: а) уповноваженою на те особою або органом; б) зі встановленого законом джерела; в) із дотриманням правил проведення процесуальної дії, в ході якої отримано доказ; г) із дотриманням усіх вимог закону про фіксацію та результати слідчої дії².

Отож, доказ є недопустимим, якщо:

¹ Гончаренко В. Зазнач. праця. — С. 703.

² Сибільова Н. В. Допустимість доказів у радянському кримінальному процесі. — К., 1991. — С. 139; Китнис М. Н. Допустимість доказательств в уголовном судопроизводстве. — М., 1995. — С. 25; Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуальные формы. — М., 2001. — С. 5–54; Треушников М. К. Судебные доказательства. — М., 2004. — С. 124.

І. Доказ отриманий неналежними суб'єктом внаслідок порушення закону про підслідність, підсудність кримінальної справи (ст.ст. 112, 33–40 КПК)¹. Найчастіше вказані порушення полягають у проведенні дізнавачем слідчих дій без доручення слідчого (ст. 118 КПК), у проведенні слідчих дій слідчим, який не приймав справу до свого провадження чи не був включеним у групу слідчих при провадженні слідства в справі декількома слідчими (ст.ст. 113–119 КПК), у проведенні слідчої дії особою, яка підлягала відводу (ст.ст. 54, 55, 58, 60, 62 КПК).

ІІ. Фактичні дані у справі отримано без проведення слідчої дії чи з джерел, не указаних в ч. 2 ст. 65 КПК. Щодо цих критеріїв (умов) допустимості доказів слід мати на увазі таке.

По-перше. Із матеріалів, які отримано до порушення кримінальної справи, доказове значення мають лише протоколи тих слідчих дій, здійснення яких закон дозволяє до порушення кримінальної справи. На сьогодні це огляд місця події (ч. 2 ст. 190 КПК), арешт на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку з метою запобігти злочину (ч. 3 ст. 187 КПК).

По-друге. Документи, речі, додатки до них (фото-, кіноматеріали тощо), надані разом із заявою, скаргою, повідомленням про порушення кримінальної справи, для того, щоб набути доказового значення, повинні “пройти процесуальний шлях” отримання їх особою, яка здійснює провадження у справі. Це означає, що після порушення кримінальної справи має бути встановлено особу, яка надала такі матеріали. Її слід допитати у відповідному процесуальному статусі про обставини, в т.ч. місця і часу виявлення нею предметів та документів, оскільки зв'язок об'єкта з навколишньою обстановкою сам по собі має доказову цінність. Предмети і документи має бути уважно оглянуто, докладно описано в протоколі огляду і залежно від їх процесуальних ознак постановою долучено до справи, відповідно, як речові докази (ст. 81 КПК) чи документи (ст. 83 КПК).

По-третє. Зазначене стосується також предметів та документів, наданих підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем і їх представниками, а також будь-якими громадянами, підприємствами, устано-

¹ Див. постанову Пленуму Верховного Суду України у справі Т. та ін. // Вісник Верховного Суду України. — 2001. — № 5 (27). — С. 14–15.

вами, організаціями в порядку ч. 2 ст. 66 КПК. Не є винятком у цьому плані відомості, предмети та документи, отримані в ході оперативно-розшукових заходів. Річ у тім, що хоча закон нині визначив протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, одним із джерел доказів (ч. 2 ст. 65), процесуальної форми їх збирання немає. Тому *de jure* саме джерело таких фактичних даних перебуває за межами кримінального процесу¹. Отже, співробітника відповідного оперативно-розшукового підрозділу для процесуальної “легалізації” відповідних відомостей, предметів, документів має бути допитано як свідка, предмети, документи долучено до справи та перевірено за загальними для доказів правилами.

Свої особливості має лише подання доказів у порядку ч. 2 ст. 66 КПК захисником та обвинувачем. Їх походження ці учасники процесу зазвичай пояснюють при поданні цих доказів суду, обґрунтовуючи необхідність долучення до справи.

Взагалі подання доказів захисником та й іншими учасниками процесу не зливається з такою формою їх участі в доказуванні, як заявлення клопотань. Більше того, право подання доказів, і особливо його реалізація, маючи універсальний характер (тобто, є чинною на усіх стадіях та етапах кримінального процесу), в законі жодним чином не описано. На практиці докази або ніяк не документуються, або оформляються виїмкою, “вилученням”, “добровільною видачею”, оглядом тощо. Тому заслуговує на увагу пропозиція відомого російського процесуаліста С. А. Шейфера про необхідність встановлення у законі процесуальної форми надання учасниками процесу доказів та уніфікацію її процедури².

III. Доказ отримано з порушенням встановлених щодо певного виду доказів обмежень чи заборон.

Ця підстава визнання доказів недопустимими має декілька підвидів та різновидів.

Перший підвид ґрунтується на конституційному приписі про те, що “особа не несе кримінальної відповідальності за

¹ Шумило М. Є. Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів у кримінальних справах // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: Матеріали науково-практичної конференції, 18—19 квітня 2002 року. — К.—Х., 2002. — С. 190.

² Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. — Тольятти, 1997. — С. 47.

відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом" (ч. 1 ст. 63 Конституції України). Конкретизуючи та розвиваючи цей конституційний припис, КПК встановлює, що: а) обвинувачений, підозрюваний, підсудний мають право давати показання або відмовитися давати показання і відповідати на запитання (ст.ст. 43, 43⁻¹, 73, 74, 263 КПК); б) потерпілий вправі давати показання (ст.ст. 49, 267 КПК); в) відмовитися давати показання як свідки мають право: члени сім'ї, близькі родичі, усиновителі, усиновлені підозрюваного, обвинуваченого, підсудного; особа, яка своїми показаннями викривала б себе, членів сім'ї, близьких родичів, усиновленого, усиновителя у вчиненні злочину (ч. 2 ст. 69 КПК).

Другий підвид становлять інші різновиди імунітету свідка. Зокрема, не можуть бути допитані як свідки: 1) адвокати та інші фахівці в галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, нотаріуси, лікарі, психологи, священослужителі — з приводу того, що їм довірено або стало відомо при здійсненні професійної діяльності, якщо вони не звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, що довірила їм ці відомості; 2) захисник підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, представник потерпілого, позивача, відповідача — про обставини, які стали їм відомі при наданні юридичної допомоги підзахисним або довірительом; 3) особи, які згідно з висновком судово-психіатричної чи судово-медичної експертизи через свої фізичні або психічні вади не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення, і давати показання про них; 4) свідок, який відповідно до ст. 52⁻³ КПК дає показання під псевдонімом, — щодо дійсних даних про його особу; 5) особа, яка має відомості про дійсні дані про свідка, які відповідно до ст. 52⁻³ КПК дає показання під псевдонімом, — щодо цих даних (ч. 1 ст. 69 КПК).

Дізнавач, слідчий, прокурор і суд перед допитом усіх зазначених вище осіб зобов'язані роз'яснити їм право відмовитись давати показання, про що зазначається в протоколі допиту (ч. 4 ст. 69 КПК), а щодо обвинуваченого — в постанові про пред'явлення обвинувачення (ч. 2 ст. 142 КПК).

До третього підвиду належать так звані спеціальні різновиди імунітету свідка, передбачені в КПК та інших законах і визначених Україною міжнародних договорах. Наприклад, не мо-

жуть без їх згоди бути допитані як свідки особи, які мають право дипломатичної недоторканності, а також працівники дипломатичних представництв — без згоди дипломатичного представника (ч. 3 ст. 69 КПК); заборонено допитувати як свідків помічника адвоката, посадових осіб і технічних представників адвокатських об'єднань щодо відомостей, які становлять адвокатську таємницю (ст. 10 Закону про адвокатуру); не лише допит, а й сама можливість виклику на допит особи на предмет державної таємниці може мати місце лише в порядку і за умов, зазначених у Законі про державну таємницю (ст. 34 Закону).

IV. Доказ отримано із порушенням привілегії проти само обвинувачення. Автор відносить сюди випадки, коли особу допитують як свідка про обставини причетності її до злочину, тобто фактично підозрюють у вчиненні злочину, а процесуально положення цієї особи як підозрюваного чи обвинуваченого ще не оформлено.

V. Повідомлені свідком і потерпілим дані, джерело яких невідоме (ч. 3 ст. 68, ч. 2 ст. 72 КПК). Це правило недопустимості показань свідка і потерпілого ґрунтується на тому, що усі (будь-які) докази повинні бути доступні для їх перевірки і подальшої оцінки на достовірність. Тому закон і приписує, наприклад, якщо показання свідка базуються на повідомленнях інших осіб, то цих осіб слід також допитати.

Показання свідка (потерпілого) не можуть ґрунтуватися на чутках, припущеннях. Однак свідок (потерпілий) можуть приховувати або не мати права розкривати джерело своєї обізнаності. Найчастіше це буває при допитах як свідків співробітників оперативних підрозділів правоохоронних органів, якщо джерело їх поінформованості належить до сфери негласної оперативної діяльності. Такі показання в жодному разі не можуть визнаватися офіційними доказами, оскільки учасники процесу в такій ситуації позбавляються можливості допиту осіб “джерел” даних, про які повідомляє свідок. Це порушує рівність сторін процесу, особливо сторони захисту, право на змагальність судового розгляду, а в кінцевому підсумку — справедливість судового розгляду, принцип, закріплений у ст. 6 Європейської Конвенції про захист прав і основних свобод людини (1950 р.), де, зокрема, зазначено, що кожна людина, обвинувачена у вчиненні кримінального злочину, має, щонайменше право “...допитувати свідків, що свідчать проти неї,

або вимагати їхнього допиту, а також вимагати виклику і допиту свідків з її сторони на тих самих умовах, що і свідків, які свідчать проти неї” (п. “d” ч. 3 ст. 6 Конвенції 1950 р.)¹.

VI. Докази отримано з порушенням права обвинуваченого на захист, у тому числі з ненаданням чи недопущенням своєчасно захисника (п. 3 ч. 2 ст. 370 КПК, п. “с” ч. 3 ст. 6 Конвенції); докази отримано з порушенням права обвинуваченого користуватися рідною мовою чи мовою, якою він володіє, і допомогою перекладача (п. 4 ч. 2 ст. 270 КПК, п. “е” ч. 3 ст. 6 Конвенції 1950 р.); показання обвинуваченого неповнолітнього, який не досяг шістнадцяти років, або якщо неповнолітнього визнано розумово відсталим, отримано без присутності педагога або лікаря, батьків чи інших законних представників неповнолітнього у випадках, коли захисник заявляв клопотання про їх присутність (ч. 2 ст. 438 КПК, п. “b” (III) ст. 40 Конвенції про права дитини 1989 р., док. ООН A/RES/44/25)².

Щодо першої із наведених підстав Пленум Верховного Суду України, наприклад, у постанові від 24 жовтня 2003 р. № 8 “Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві” звертає увагу судів на те, що забезпечення підозрюваному, обвинуваченому, підсудному, засудженому і виправданому права на захист є однією із засад судочинства, важливою гарантією об’єктивного розгляду справи та запобігання притягнення до кримінальної відповідальності невинуватих осіб, а згідно з п. 3 ч. 2 ст. 370 КПК істотне порушення чинного законодавства, яке регламентує право на захист у передбачених законом випадках, тягне скасування судових рішень. Зокрема, “вони підлягають обов’язковому скасуванню тоді, коли таке порушення позбавило чи обмежило підозрюваного, обвинуваченого, підсудного або їх захисників у здійсненні цього права і перешкодило чи могло перешкодити суду всебічно, повно та об’єктивно розглянути справу і постановити законне й обґрунтоване рішення” (ч. 3 п. 2 постанови). І далі, “судам необхідно перевіряти додержання органами досудового слідства вимог ст. 48 КПК виходячи з того, що захисник, допущений до участі у справі, має право бути присут-

¹ Вісник Верховного Суду України (додаток до журналу). — 1997. — № 3. — С. 4.

² Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю. К. Качуренко. — 2-е вид. — К., 1992. — С. 140.

нім не тільки на допитах підозрюваного чи обвинуваченого, а й при виконанні інших слідчих дій, що проводяться за участю підозрюваного чи обвинуваченого або за його клопотанням чи клопотанням захисника. Особа, яка провадить дізнання, слідчий зобов'язані своєчасно повідомляти захисника про час і місце таких слідчих дій. У разі неявки захисника слідча дія може бути проведена лише за умови, що його участь у ній не є обов'язковою. При виконанні інших слідчих дій захисник може бути присутнім з дозволу особи, яка провадить дізнання, слідчого.

Порушення вимог закону щодо участі захисника при проведенні слідчих дій може бути підставою для визнання недопустимими тих докозів, що були зібрані під час виконання таких дій” (п. 11 постанови)¹.

Не лише показання обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у справі, отримані шляхом насильства, погроз та інших незаконних заходів, про що йшлося вище, а й, вважаю, одержані у такий спосіб інші докази, повинні визнаватися недопустимими.

Діапазон “інших незаконних засобів” отримання доказів справді доволі широкий, і дати їх вичерпний перелік неможливо. Наведу лише найхарактерніші та найпоширеніші. Перший — це “робота”, і, як правило, не слідчих і прокурорів, а оперативних працівників чи їх “людей” з підозрюваними, обвинуваченими, свідками тощо, причому не під час проведення слідчих дій, а до них (наприклад, пред'явлення особи чи предметів перед проведенням слідчим слідчої дії, пред'явлення для впізнання — ст.ст. 174—175 КПК) чи після (наприклад, “бесіди” — домагання змінити показання, відмовитися від захисника тощо). Загалом проблема безпосередніх зустрічей оперативних працівників із підозрюваними, обвинуваченими та підсудними, особливо в умовах їх ізоляції, була і залишається досить актуальною². Її в процесуальному законі не врегульовано, а мало б бути, як це зроблено, наприклад, у КПК Російської Федерації (ч. 2 ст. 95 КПК РФ).

Другий — це домагання “потрібних” показань шляхом різного роду обіцянок, виконання яких може бути сприятливим

¹ Постанова Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. — К., 2004. — С. 241, 244.

² Див.: Назаров А. Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда. — СПб, 2003. — С. 323.

для особи — обрання більш м'якого запобіжного заходу, вилучення із обвинувачення якихось його епізодів, надання побачення з тими чи іншими людьми тощо.

Третій — це проведення першого допиту підозрюваного чи обвинуваченого без участі захисника будь-якою ціною (“захисник нічого не вирішує”, “навіщо марно витратити гроші”, “захисника немає, а названий Вами захисник не поспішає Вас захищати” (хоча захисник уже години, добу чекає біля СІЗО, щоб “пробитися” до підозрюваного) тощо)¹.

Четвертий — нескінченні довготривалі допити обвинуваченого з приводу того ж обвинувачення у випадках, коли він на першому допиті відмовився давати показання чи не визнав своєї вини, поєднані із застосуванням різного роду позбавлень (сну, води, медичної допомоги) чи з поміщенням у небезпечні для здоров'я та життя умови утримання тощо².

П'ятий — застосування провокації як один із “сучасних способів” розкриття та розслідування злочинів, таких, наприклад, як “шкляна злочинність” (при привласненні залишених без догляду речей), “ломка наркомана” (при реалізації “своїй” особі наркотичних засобів), “мічені гроші” чи “тест на хабар” (при одержанні від “своєї” людини хабара).

Суть таких провокацій полягає в тому, що якщо людина, яка нічого не підозрює, “кльоне на наживку”, тут же в момент “крадіжки”, “збуту наркотичних засобів”, “одержання хабара” з'являються міліціонери, поняті, постраждалий (“своя людина”), часто-густо фото-, відео-, телезйомка тощо. Порушують кримінальну справу, здійснюють невідкладні слідчі дії — допит “потерпілої”, “підозрюваного”, “огляд місця події та предметів”, долучають їх до справи як речові докази, затримують підозрюваного тощо³.

¹ Див., наприклад: *Фріс П. Л., Малєєв А. Ю.* Питання реформування кримінально-процесуального законодавства України та забезпечення рівності учасників кримінального процесу // *Адвокат.* — 2002. — № 1. — С. 14; О соблюденні гарантій прав адвоката-захитника (Обобщение комиссии по защите прав и законных интересов граждан, осуществлённое САУ) // *Адвокат.* — 2002. — № 6. — С. 45–48; *Бойко П. А.* Заходи впливу на адвоката по-обухівськи // *Адвокат.* — 2004. — № 3. — С. 31.

² Див., наприклад: Ставлення до затриманих викликає стурбованість // *Юридичний вісник України.* — 28 грудня 2002 р. — 3 січня 2003. — № 52. — С. 9.

³ Див. про це докладніше: *Назаров А. Д.* Влияние следственных ошибок на ошибки суда. — С. 54–60.

Такі й подібні провокаційні методи, здійснювані здебільшого з метою “показати” (у показниках, у звітності) видимість ефективності своєї роботи або/та через кар’єристські спонукання, в правовій державі, безперечно, є антигуманними та аморальними. Про це яскраво свідчить приклад проведеного О. Д. Назаровим небезпечного соціального експерименту провокації “шкляної злочинності”.

У парку на видноті він залишив портмоне з грішми і з боку став спостерігати, що буде далі. Усі 17 людей, які проходили повз нього, з першого разу брали собі або портмоне з грішми, або грошові купюри окремо. Як потім з’ясувалося при інтерв’ю, це були добропорядні люди (студенти, пенсіонери, інтелігенти тощо). Жоден з них, з їх же щирих зізнань, не мав наміру здати знахідку в міліцію чи в бюро знахідок — усіх привабила можливість легкої наживи. І якщо уявити, що це була б “міліцейська операція”, скільки зразу “галочок” у звіті виставили стражі порядку навпроти граф — “виявлені і розкриті злочини”¹?

Однак такі способи збирання доказів у кримінальній справі за своєю суттю є “іншими незаконними заходами” в контексті ч. 3 ст. 22 КПК, а отже, отримані за їх результатами докази має бути визнано недопустимими та виключено з процесу доказування. Не можна провокувати людей на вчинення злочинів, використовуючи їх слабкості (в наших випадках, на жаль, менталітетні). Гадаю, це можна розцінювати як посягання на гідність людини. В Австрії, ФРН, наприклад, активні провокаційні дії державних співробітників щодо схилення особи до вчинення злочину визнаються кримінально караними.

VII. Докази отримано з порушенням інших процесуальних правил їх збирання, перевірки та фіксації у відповідних процесуальних документах з причини ненавмисно допущеної слідчої чи судової помилки через недостатність знань, досвіду, службову недбалість чи свідоме нехтування деякими вимогами закону, вважаючи їх неістотними.

Спектр порушень (недотримання) закону цього виду причин (умов) дефективності доказів доволі широкий та різнобарвний і дати їх вичерпний перелік також неможливо. Як свідчить практика, найчастіше це: 1) отримання фактичних даних

¹ Назаров А. Д. Знач. праця. — С. 55–56.

із джерел, не вказаних в ч. 2 ст. 65 КПК; 2) отримання доказів без проведення слідчої дії або в результаті слідчої дії, не передбаченої КПК; 3) отримання доказу в результаті слідчої дії без санкції прокурора (ч. 3 ст. 177, ч. 3 ст. 178 КПК) або без рішення суду (судді) (ч. 4 ст. 177, ч. 4 ст. 178, ч. 3 ст. 184, ч. 4 ст. 187, ч. 4 ст. 190, ч. 1 ст. 205 КПК); 4) отримання доказу з порушенням порядку та/чи умов проведення слідчої дії (без поняття, якщо їх участь є обов'язковою — ст. 181 КПК; без допиту особи, яка впізнає, про зовнішній вигляд і прикмети перед пред'явленням їй особи для впізнання — ст. 174 КПК); 5) отримання доказу, якщо відповідне провадження у справі не здійснювалося (під час зупинення досудового слідства — ст. 206–209 КПК; під час знаходження справи у прокурора з причини повернення її прокуророві зі стадії попереднього розгляду справи суддею в порядку ст. 249¹ КПК); 6) порушення правил документального фіксування перебігу та результатів слідчих дій зі збирання доказів (ст. 85 КПК), умов та порядку приєднання доказів до справи (ст. 79 КПК).

9. Доказ сфальсифіковано (у справі є протокол допиту свідка (ст. 170 КПК), насправді ж свідка не допитували).

10. Нарешті, якщо доказ отримано в порядку міжнародної правової допомоги, він відповідає вимогам КПК України, але був зібраний та процесуально сформований із порушенням норм КПК тієї держави, де виконувалося доручення¹.

11. Надзвичайно важливе значення для практики має питання характеру порушення закону для визнання доказів недопустимими, особливо з огляду на конституційні приписи законності (п. 1 ч. 3 ст. 129 Конституції України) та неможливості ґрунтування обвинувачення на доказах, одержаних незаконним шляхом (ч. 3 ст. 62 Основного Закону). Іншими словами — чи будь-яке порушення процесуальної форми при формуванні доказів є підставою визнання їх недопустимими, чи лише істотне, таке, що впливає на правильність вирішення справи.

¹ Пашковський М. І. Особливості доказування у кримінальних справах, пов'язаних з наданням міжнародної правової допомоги: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — С. 14–15; Сизоненко А. С. Використання доказів, отриманих на території інших країн в кримінальному процесі України. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — С.10–11.

Не вдаючись до аналізу висловлених у літературі з цього приводу думок, зазначу, що у вітчизняній науці¹ та практиці², у практиці Європейського суду з прав людини³ немає формального підходу у вирішенні цього питання. Суди, як висловився С. В. Гончаренко, “не фіксуються на колекціонуванні фактів дрібних порушень, а вивчають найголовніше для правильного вирішення справи питання: чи вплинули ці порушення на результати”⁴.

І справді, сфальсифіковані, отримані з непередбачених законом джерел, з порушенням конституційних й інших прав та свобод людини і громадянина докази безперечно слід визнавати недопустимими. Однак, якщо порушення процесуальної форми можливо в процесі подальшого провадження справи нівельювати чи процесуальну форму доказу “заповнити” без шкоди для прав, свобод і законних інтересів учасників процесу, яких вони стосувалися, та інтересів правосуддя в цілому, такі докази допустимо використовувати у кримінальній справі. Наприклад, у протоколі огляду немає підпису одного з понять або на одній із сторінок допиту обвинуваченого — його підпису. За умови, що суд допитає цих осіб, відповідно, про обставини огляду, допиту та причини відсутності підписів і їх показання нейтралізують порушення процесуальної форми цих документів, припустимо, своєю правовою необізнаністю та недбалістю слідчого, і протокол огляду, і протокол допиту обвинуваченого із досудового слідства може бути і неодмінно буде визнано допустимими. Тому захисникам не слід перебільшувати вагу подібних порушень і будувати захист виключно на них. Тут перспективи немає.

Однак слід мати на увазі, що оцінка доказу на допустимість — справа факту.

¹ Кримінальний процес України / За ред. Ю. М. Грошового, В. М. Хотенця. — Харків, 2000. — С. 134–135; Гончаренко С. В. Професійні права адвоката: європейські стандарти // Адвокат. — 2002. — № 6. — С. 19–20.

² Див.: Постанови Пленуму Верховного Суду України: “Про практику застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві” (п. 11); “Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ” (п. 12) // Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. — С. 244, 286.

³ Гончаренко С. В. Зазнач. праця. — С. 19.

⁴ Там само. — С. 19.

Пригадую справу, у якій вироком Дніпропетровського обласного суду директора одного з ринків Кривого Рогу Мироновича Б. за одержання хабарів було визнано винним і засуджено до тривалого строку позбавлення волі, як згодом з'ясувалося, у кількох випадках одержання хабара — на підставі недопустимих доказів. Причому недопустимість доказів захисник виявив лише при ознайомленні з матеріалами справи на стадії виконання вироку. Захисник звернув увагу на те, що протоколи допитів трьох “потерпілих”, які слідчий здійснював і оформляв за місцем їх проживання (Дніпропетровськ, Кривий Ріг, Дніпродзержинськ), та протокол обшуку квартири обвинуваченого позначено одним і тим самим днем, більше того, виходило, що ці слідчі дії проводилися слідчим у той самий час. Оскільки обвинувачення за цими епізодами ґрунтувалося в основному на наведених доказах із досудового слідства, предметом захисту було обрано саме недопустимість доказів, і тільки її, їх фальсифікацію зокрема. Поставлену мету — вилучення з вироку частини обвинувачення та значне скорочення строку покарання — було досягнуто повністю, щоправда, докази було визнано недопустимими з усіма наслідками, які з цього випливали, не за однієї спроби і не оперативно, лише Верховним Судом СРСР¹.

Наведемо інший приклад.

Лашук А., начальник охорони одного з підприємств, обвинувачувався у вчиненні низки злочинів, у тому числі у зберіганні без відповідного дозволу бойових припасів. В основу цього обвинувачення було покладено факт виявлення у його службовому кабінеті під час проведення обшуку 2 пачок спортивно-мисливських патронів калібру 5,6 мм по 50 шт. в кожній пачці. Як було зазначено в протоколі обшуку, — патрони було знайдено “в шухляді стола”.

Обвинувачений же вину у вчиненні цього злочину не визнавав і впевнено стверджував, що патрони йому “підкинули”.

При ознайомленні з матеріалами закінченої розслідуванням справи з'ясувалося, що обшук за дорученням слідчого здійснював оперативний працівник органу дізнання (міліції).

¹ Архів апеляційного суду Дніпропетровської області за 1983 р.

З матеріалів справи, протоколу обшуку зокрема, не вбачалося жодних порушень закону щодо його проведення та процесуальної фіксації результатів. Тобто, на даний момент провадження справи ставити питання про недопустимість виявлених та приєднаних до справи патронів як речових доказів потреби не було. Обміркувавши з підзахисним ситуацію, захисник вирішив перевірити законність обшуку та його результатів “на міцність” у ході судового слідства шляхом допиту понятих як свідків для конкретизації обставин та перебігу цієї слідчої дії.

Суд відповідне клопотання захисника задовільнив, і з показань понятих-свідків, абсолютно аналогічних за змістом, було з’ясовано таке. Майор міліції, запросивши їх як понятих для присутності при проведенні обшуку, та представника підприємства, “своїм ключем відкрив службовий кабінет підсудного і запропонував їм шукати патрони у шафах, а сам став шукати у ящиках стола. Ми патронів не знаходили, але незабаром почули, що він, міліціонер, знайшов патрони. Ми підійшли до столу і дійсно побачили, що у ящику стола лежало дві пачки, повністю наповнені малокаліберними патронами, про що й розписались у протоколі”.

Звісно, тут же було зроблено заяву про фальсифікацію (видимість) проведення обшуку, оскільки для його проведення не було законних підстав — достатніх підстав “важати”, що патрони містились у службовому кабінеті обвинуваченого, у ящику стола і в якому саме (ч. 1 ст. 177 КПК). Оперативний працівник міліції мав вільний неконтрольований доступ до кабінету, і зовсім не виключено, що “предмети злочину” — патрони — залишив на зберігання у службовому столі Лашука А. саме він. Крім того, захисник заявив клопотання про визнання протоколу обшуку та вилучених патронів як речових доказів недопустимими з тієї причини, що було істотно порушено умови та порядок проведення обшуку: особи, які повинні були бути присутніми при проведенні обшуку приміщення, при всіх діях слідчого фактично функцій понятих не виконували, а виконували функції того, хто обшукував, слідчі дії. Те, що вони підтвердили підписами у протоколі “знайдення” працівником міліції патронів, не відповідає дійсності. Самого “знайдення” патронів вони не бачили.

|| *Суд клопотання задовільнив, а після того підсудного за цим обвинуваченням виправдав¹.*

Отже, як бачимо, для оцінки доказів на достовірність потрібні їх ретельне дослідження та перевірка. Загальним тут є саме це правило.

12. У зв'язку з наведеним надто актуальною, особливо з огляду на посилення змагального характеру кримінального судочинства, є проблема суб'єктів та процедур визнання доказів допустимими (недопустимими), що одне й те саме, оптимальної формалізації визначених меж доказування обставин кримінальної справи. Закон у цьому сенсі, як бачимо, не є досконалим.

Річ у тім, що згідно з чинним КПК вирішення питання про допустимість доказів належить до виключної компетенції органу, у провадженні якого перебуває справа, — органу дізнання, слідчого, прокурора та суду (судді) (ст.ст. 129, 221, 273, 296, 317 КПК та ін.) Їх рішення з цього питання фактично є остаточними. Зокрема, хоча в законі й записано щодо стадії досудового слідства, що скаргу на дії та постанови органів дізнання, слідчого та прокурора розглядає суд першої інстанції при попередньому розгляді справи або при розгляді її по суті (ст.ст. 110, 234, 236 КПК), у суді ці правила не діють. По-перше, процедури розгляду судом скарг на рішення, прийняті на досудовому слідстві, для цих стадій процесу в законі спеціально не виписано. При попередньому розгляді справи суддя розглядає питання про допустимість (та належність) доказів в іншому плані, а саме в порядку постановки цього питання учасниками судового розгляду в забезпечення змагального характеру судового розгляду та визначення його меж (ч.ч. 2, 3 ст. 253 КПК). Та й запізно на цій стадії розглядати спірні питання щодо доказів, оскільки їх уже покладено в основу обвинувачення та обвинувального висновку. По-друге, при попередньому розгляді справи суддя не вправі досліджувати докази. А без цього, за загальним правилом, окрім випадків очевидності, неможливо визначитися у питанні їх допустимості. По-третє, хоча закон не забороняє учасникам процесу заявляти клопотання про недопустимість доказів у ході судового слідства (ст.ст. 261, 263, 264, 267, 268 КПК), оскарження рішень суду першої інстанції з цих питань в апеляційному (та касаційному)

¹ Архів Полонського райсуду Хмельницької області за 1997 р.

порядку закон не передбачає, а практика виходить з того, що суд обґрунтовує свою думку щодо допустимості доказів лише при постановленні вироку, керуючись ч. 1 ст. 334 КПК¹.

Очевидно, що питання про допустимість (недопустимість) доказів слід вирішувати на тій стадії процесу, на якій їх збирають (подають) та досліджують. Фактично у кримінальному процесі існує проблема обвинувального, а не виправдувального характеру, тому заслуговують на увагу пропозиції вчених-процесуалістів про запровадження окремої гілки судової системи, слідчих суддів, які на досудовому слідстві розглядали б скарги на рішення слідчих, у тому числі з питань допустимості (недопустимості) доказів (Ю. Грошевий, М. Шумило)², у суді ж це питання за клопотанням сторін розглядав би суд³ за результатами судового слідства, що не позбавляло б суди права ще і ще раз повертатись до дослідження та оцінки доказів на допустимість при постановленні судових рішень по суті справи і перегляді їх судами вищого рівня.

13. У практиці судочинства, особливо в суді присяжних, а отже, у теорії, важливим є питання так званої “асиметрії” при вирішенні питання про допустимість доказів. Суть його полягає в тому, чи має сторона захисту право посилатися, а суд брати до уваги докази, які можна було б визнати недопустимими через порушення закону при їх збиранні, але які за змістом є важливими для захисту (виправдувальними). Наприклад, чи повинен суд визнавати допустимим впізнання, при виконанні якого мало місце порушення процедури впізнання, але у протоколі записано категоричну відповідь потерпілого про те, що серед пред’явлених йому осіб немає людини, яка напала на нього⁴.

У класичному змагальному кримінальному процесі Об’єднаного Королівства Великобританії і Північної Ірландії це пи-

¹ Мірошніченко Т. М. Принципи діяльності суду в судових стадіях процесу // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи. — С. 238.

² Див., наприклад: Грошевий Ю. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2 (33) – № 3 (34). — С. 696–697.

³ Мірошніченко Т. М. Зазнач. праця. — С.239.

⁴ Кипнис Н. М. Оценка асимметрии правил о допустимости доказательств // Доказывание в уголовном процессе. Традиции и современность. — М., 2001. — С. 173–196; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Отв. ред. П. А. Лупинская. — М., 2004. — С. 236.

тання вирішується виходячи з принципу презумпції невинуватості та критерію доказування, вираженого правилом, що обвинувач повинен доказати вину обвинуваченого до такого ступеня, щоб не залишилось “розумних сумнівів”¹. Гадаю, що це розумне правило, яке може бути сприйнято кримінально-процесуальним правом та судовою практикою України, тим більше з огляду на те, що критерій “розумності” у вирішенні багатьох питань у кримінальних справах застосовується Європейським судом з прав людини².

¹ Уокер. Р. Английская судебная система. — М., 1980. — С. 568–572.

² Див., наприклад: Рішення у справі “Меріт проти України” (“Merit v. Ukraine”) // Адвокат. — 2004. — № 5. — С. 23, 24; Рішення у справі “Смірнови проти Росії” // Адвокат. — 2003. — № 5. — С. 31; Рішення у справі “Янков проти Болгарії” // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 6 (46). — С. 41.

ПРЕДМЕТ ЗАХИСТУ У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ТА ЙОГО ДОКАЗУВАННЯ

§ 1. Предмет захисту

1. Обставини предмета доказування в тій чи іншій формі на час провадження у кримінальній справі, принаймні в частині головного факту, належать минулому, і їх об'єктивний зміст та структура вже не залежать від слідчого, прокурора, обвинуваченого, захисника, суду. Ці обставини вони можуть з'ясувати лише шляхом кримінально-процесуального пізнання, доказування. На шляху від порушення кримінальної справи до її вирішення остаточно і по суті існують різні версії предмета доказування. Одна з них відбита у формулюванні обвинувачення про фактичні обставини справи. Відповідні цьому формулюванню обставини ми назвали предметом обвинувачення. Їх передбачено ст. 64 КПК. Формулюванню обвинувачення протистоїть позиція захисту, яка виражається в показаннях обвинуваченого з приводу пред'явленого йому обвинувачення, у клопотаннях сторони захисту стосовно вирішення кримінальної справи по суті (закриття справи), у захисних промовах у дебатах, апеляціях тощо. Якщо говорити в найзагальнішій формі, то фактичні обставини кримінальної справи, які відповідають цій версії як необхідні підстави для вирішення справи по суті, і є предметом захисту в кримінальній справі¹.

Які ж обставини входять у предмет захисту? Яка їх структура і правовий зміст? Очевидно, відповіді на ці питання можна отримати лише у результаті аналізу правових норм, що регламентують цілі та завдання захисту в кримінальному судочинстві взагалі, цілі та завдання доказування фактичних обставин справи зокрема, норм про права та обов'язки захисника, правові засоби захисту і дослідження інших пов'язаних із ними питань.

2. Кінцевим завданням (цілями) діяльності захисника у кримінальній справі, як впливає з приписів ч. 1 ст. 44 КПК, а захисника-адвоката — і з положень ст. 59 Конституції України,

¹ Див. також: *Елькінд П. С.* Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе // Вопросы защиты по уголовным делам: Сборник статей. — Л., 1967. — С. 38; *Стецовский Ю. И., Ларин А. М.* Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. — С. 266–272; *Кучерена А. Г.* Адвокатура: Учебник. — М., 2004. — С. 299.

ст. 1 та ч. 1 ст. 7 Закону про адвокатуру, є захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого.

Для забезпечення виконання цих завдань результатами доказової діяльності захисника закон зобов'язує його використувати передбачені в КК та інших законодавчих актах засоби захисту з метою з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого¹ (ч. 1 ст. 48 КПК)². Про таку ж спрямованість доказової діяльності захисника йдеться й у нормі, яка регламентує його участь у судовому розгляді кримінальної справи, а саме: що захисник сприяє підсудному в здійсненні його прав і в захисті його законних інтересів; серед комплексу прав він має право порушувати перед судом клопотання про витребування і приєднання до справи нових доказів, що виправдовують підсудного або пом'якшують його відповідальність; у судових дебатах серед інших питань захисник також висловлює свою думку про наявність обставин, які виправдовують підсудного чи пом'якшують його відповідальність (ст. 266 КПК).

Тому не точним є твердження О. Д. Бойкова, що «мета діяльності захисника полягає у з'ясуванні обставин, які виправдовують обвинуваченого або пом'якшують його відповідальність»³. Це мета основної, але лише однієї зі складових захисної діяльності, — доказування. Причому мета етапна, досягнення якої є необхідною умовою реалізації кінцевої мети захисної діяльності — захисту прав та законних інтересів підзахисного.

Водночас в жодному разі не можна погодитись із Я. П. Зейканом про те, що «у кримінальному судочинстві лінія захисту адвоката не визначена наперед. Захисник тільки забезпечує ін-

¹ Надалі, якщо контекст викладення не вимагатиме іншого, буде вживатися родове поняття, позначене терміном «обвинувачений».

² Частина 1 ст. 48 КПК одним із завдань захисника називає також надання підзахисним необхідної юридичної допомоги. Але, оскільки ця робота захисника полягає, головним чином, у консультуванні підзахисних з правових питань, допомозі у складанні правових документів тощо, автор вказаного обов'язку тут не наводить і в праці не розглядатиме.

³ Бойков А. Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. — М., 1978. — С. 72.

тереси правосуддя і сприяє функції захисту”¹. Навпаки, як свідчить аналіз наведених правових приписів, захист, як особлива процесуальна функція, складова частина процесуальної діяльності обвинуваченого та захисника, законодавчо запрограмована, і запрограмована саме на те, щоб спростувати чи ослабити обвинувачення (підозру).

З наведеного логічно випливає таке. Перше. Захисник своєю доказовою діяльністю зобов’язаний сприяти обвинуваченому в здійсненні його прав і в захисті його законних інтересів. Завдання щодо встановлення справжніх обставин, істини у справі, перед ним не ставиться². У цьому плані його робота з доказами справи та обставинами предмета доказування є суто односторонньою. Друге. Захист є похідним від обвинувачення, а отже, предмет захисту є похідним від предмета обвинувачення. Тож, захисник на усіх етапах та стадіях провадження у справі має перед собою предмет захисту у доказуванні як дослідженні та його межі та предмет захисту як предмет спростування у формі логічного розумового доказування. Третє. Пред-

¹ Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі. — С. 38.

² Не заглиблюючись у проблему “адвокат і істина”, зазначу лише таке.

За радянських часів погляд про підпорядкування діяльності захисника завданню встановлення істини у справі був досить поширеним (Див.: Цыпкин А. Л. Право на защиту в советском уголовном процессе. — Саратов, 1959. — С. 75; Левин А. М., Огнев П. А., Россельс В. Л. Защитник в советском суде: Пособие для адвокатов. — М., 1960. — С. 13; Шафир Г. М. Роль защитника в установлении материальной истины в советском уголовном судопроизводстве // Об эффективности судебной защиты. Материалы наук. практ. конф. — Л., 1966. — С. 24; Перлов И. Д. Защита и правосудие // Роль и задачи советской адвокатуры / Под ред. А. Я. Сухарева. — М., 1972. — С. 144).

Сьогодні домінує протилежна точка зору, яку виразно висловив свого часу Л. Є. Владимиров, звертаючись до адвокатів: “Ти не суддя підзахисному; ти — його захисник, тобто людина, яка робить все можливе на суді для виправдання його чи полегшення його стану”; “необхідно пам’ятати, що в судовій боротьбі шукають не істину, а успіх” (Владимиров Л. Е. *Advocatus miles*: Пособие для уголовной защиты. — СПб., 1911. — С. 2, 25), а в теперішній час відомий російський вчений та адвокат Г. М. Резник: “Слово істина почти неприлично для адвоката” (Живулина Т. Л., Львова Е. Ю., Резник Г. М. и др. Защита по уголовному делу: Пособие для адвокатов/ Под ред. Е. Ю. Львовой. — М., 2002. — С. 157).

Проте низка авторів все ж пов’язує діяльність захисника у кримінальній справі зі встановленням у ній істини (Див.: Адвокат в уголовном деле: Учеб. пособие для вузов (Под ред. проф. В. К. Сергеева. — М., 2004. — С. 135).

Як на мене, захисник має стосунок до встановлення істини у справі постільки і з тієї причини, що істина народжується в суперечці.

метом захисту при доказуванні як дослідженні закон називає обставини: 1) які виправдовують обвинуваченого; 2) які пом'якшують його відповідальність; 3) які виключають кримінальну відповідальність. У логічній доказовій діяльності захисника її предметом є сформульоване обвинувачення як предмет спростування. А в підсумку можна констатувати — скільки і яких видів є предметів доказування, пов'язаних з обвинуваченням¹, стільки ж і таких самих видів є предметів захисту в кримінальному судочинстві як предметів спростування.

Між тим, такий взаємозв'язок між предметом захисту є далеко не однозначний. Це лише загальне правило, яке характеризує основу залежності предмета захисту від предмета обвинувачення. У кожному конкретному випадку така залежність може мати багатозначний, опосередкований характер. Тому зовсім не випадково О. М. Ларін писав, що “предмет захисту — поняття більш широке і водночас більш гнучке, ніж головний факт у негативній формі, в розумінні відсутності обставин, інкримінованих обвинуваченому”².

3. У багатьох випадках предмет захисту безпосередньо та в повному обсязі виражено через формулювання обвинувачення, взяте зі знаком мінус. Наприклад, обвинуваченню у вбивстві захист відповідає доказуванням відсутності вини обвинуваченого у вбивстві чи фактом алібі. Тут предмет захисту є предметом повної реабілітації, предметом виправдання. А оскільки підставами реабілітації, тобто обставинами, які спростовують підозру чи обвинувачення, є підстави виправдання підсудного і закон називає такими відсутність події злочину, відсутність в діянні складу злочину та недоведеність участі обвинуваченого у вчиненні злочину (п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 6; ст. 213 КПК), предмет захисту в повному обсязі, за деякими чи навіть за одним елементом відповідає головному факту чи окремим його елементам (ст. 64 КПК) в негативній формі. Сказане повністю стосується і останньої з названих обставин, оскільки недоведеність участі обвинуваченого у вчиненні злочину (я б додав — та недоведеність його вини у вчиненні злочину) — також реальний соціальний факт, з яким закон пов'язує конкретні правові наслідки, зокрема реабілітацію особи.

¹ Види предмета доказування, пов'язаного з обвинуваченням, детально розглянуто в § 3 гл. 1.

² *Стецовский Ю. И., Ларин А. М.* Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. — М., 1988. — С. 267.

При цьому, працюючи з предметом захисту як з головним фактом у негативній формі (предметом реабілітації), захисник мусить мати на увазі й таке. Предмет захисту завжди протистоїть обвинуваченню, якщо підсудний заперечує свою вину. У таких випадках колізія захисту, тобто стан, коли обвинувачений заперечує свою вину чи причетність до злочину, а захисник прямо чи непрямо не спростовує інкриміноване йому обвинувачення є неприпустимою. Невідповідність предмета захисту позиції обвинуваченого (підзахисного) можлива лише тоді, коли підсудний з тих чи інших (тільки йому відомих) причин не оспорує обвинувачення, а з погляду захисника доказів на підтвердження обвинувачення бракує або обвинувачення взагалі суперечить добутих по справі доказам¹.

4. Предметом захисту можуть виступати також обставини, які самі по собі не входять до складу елементів головного факту в негативній формі, але наявність яких виключає один або декілька елементів складу інкримінованого обвинуваченому злочину, що свідчить про відсутність кримінальної протиправності його дій, і встановлення такого предмета доказування захисником (та й не тільки захисником) спростовує обвинувачення в цілому. Це має місце головним чином у справах про необхідну оборону, уявну оборону, крайню необхідність, фізичний або психічний примус, виконання наказу або розпорядження (ст.ст. 36, 37, 39, 40, 41 КК), але не тільки.

Вироком Маріїнського суду Донецької області А. В. було засуджено за ч. 3 ст. 101 КК 1960 р. Суд визнав його винним у тому, що він, заставши на своєму городі Х., який викопував картоплю, під час сварки, що виникла з цього приводу, почав бити останнього, завдаючи удари ногами й руками в різні частини тіла, заподіявши Х. тяжкі тілесні ушкодження, які спричинили смерть.

Предметом захисту в цій справі, сформульованим у показаннях обвинуваченого, було обрано не спростування інкримінованих А. В. дій, а доведення протиправних дій Х., факт нападу Х. на А. В. та співвідношення їх дій.

¹ Молло М., наприклад, з цього приводу сформулював таке правило: "Ne-
mo anditur perire voles" — не слід слухати людини, яка хоче себе згубити.
(Молло М. Правила адвокатської професії во Франції (1842 г.): Пер. с
франц. Издание Н. П. Шубинского. — М., 1894. — С. 38).

А. В. послідовно стверджував, що, заставши Х. на своєму городі, коли той викопував картоплю, зробив йому зауваження. У відповідь Х. накинувся на нього із саперною лопаткою. Захищаючись, А. В. завдав удару Х. ногою в груди, після якого той залишився стояти, а він упав на спину. Х. знову напав на нього, намагаючись ударити лопаткою. Тоді А. В., лежачи на спині, завдав нападнику ногами удар в груди, від якого той упав на землю, а він, підвівшись, ще двічі ударив ногами Х. по тулубу. Лопатку, яка випала з рук Х., викинув у соняшники.

Показання А. В. було підтверджено доказами справи: даними огляду місця події про те, що на його городі було виявлено сліди боротьби, викопані куці картоплі, саперну лопатку, яка належала Х.; висновком судово-медичної експертизи, згідно з яким тілесні ушкодження, що спричинили смерть Х., могли утворитись за обставин, на які вказував А. В.; показаннями свідків. Оцінивши ці докази, колегія судів палати з кримінальних справ Верховного Суду України визнала, що фактично у справі встановлено протиправність дій Х. щодо заволодіння майном А. В., що Х., будучи викритим, вчинив на А. В. напад із застосуванням саперної лопатки. Отже, А. В. захищав себе і своє майно від нападу озброєного Х. у межах, передбачених законом. А тому колегія судові рішення щодо А. В. скасувала, провадження у справі закрила на підставі п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК — за відсутністю складу злочину¹.

5. Все ж частіше діаметральні розбіжності між обвинуваченням та захистом стосовно предмета доказування бувають за одним з елементів складу злочину: об'єктом, об'єктивною стороною, суб'єктом, суб'єктивною стороною чи їх складовими елементами. У таких випадках захисникові немає потреби "воювати" з обвинуваченням "по всьому фронту". Предметом захисту слід обирати саме цю "слабку" сторону інкримінованого особі злочину та досягати бажаного результату якнайскоріше, за найменших витрат правових засобів та сил. Для ілюстрації наведу такий, простий до банальності, приклад із практики.

17 квітня 2003 р. за скаргою потерпілого Н. С. суддя Шепетівського міськсуду Хмельницької області порушив

¹ Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 2 (30). — С. 16–17.

кримінальну справу проти Н. О. та Г. Д. за ч. 1 ст. 125 КК. Їм інкримінувалося, що 12 березня 2002 р. близько 9-ї години в приміщенні Шепетівського центру зайнятості вони умисно побили Н. С., заподіявши йому легкі тілесні ушкодження. Потерпілий також заявив цивільний позов у цій кримінальній справі про стягнення з підсудних по 4000 грн. моральної шкоди з кожного.

На першому ж етапі судового слідства, після оголошення потерпілим скарги, шляхом уточнення у нього часу вчинення злочину, з'ясувалося, що він у скарзі (а отже, суддя у постанові про порушення кримінальної справи) вказав не той рік вчинення злочину, який мав на увазі. Між тим, час вчинення злочину є елементом його об'єктивної сторони і увійшов у формулу обвинувачення. Зрозумівши, що обвинувачення через це не обґрунтовано в цілому, потерпілий відмовився від його підтримання і суд на цій підставі справу закрит, практично без проведення судового слідства.¹

Розглянуті різновиди предмета захисту стосуються першого виду обставин, доказування яких поставлене в обов'язок захиснику, — обставин, які “спростовують підозру чи обвинувачення” (ч. 1 ст. 48 КПК) та “виправдовують підсудного” (ст. 266 КПК).

6. Наступний вид обставин як предмет захисту — ті, які “пом'якшують кримінальну відповідальність підсудного” (ч. 1 ст. 48, ст. 266 КПК), на мій погляд, мають двояку правову природу, а тому їх можна поділити на два підвиди. До першого слід віднести обставини предмета доказування як елементи складу злочину, щодо яких є розбіжності між обвинуваченням і захистом. До другого — обставини, які згідно з кримінальним законом враховуються судом як такі, що пом'якшують покарання (ст.ст. 65, 66 КК).

Предмет захисту першого підвиду у вигляді обставин, що пом'якшують кримінальну відповідальність, може стосуватися одного з усіх чотирьох елементів складу злочину або кількох з них одночасно. І розбіжності між обвинуваченням та захистом тут зводяться головним чином до різниці між версіями щодо кваліфікуючих ознак складу злочину, в тому числі ознак об'єкта злочину, характеру суспільних відносин, предмета, суб'єкта (загальний, спеціальний), об'єктивної сторони (дії, безді-

¹ Архів місцевого Шепетівського міськсуду Хмельницької області за 2003 р.

яльності, способу, наслідків), суб'єктивної сторони (форм та видів вини, мети, мотивів), стадії вчинення злочину (закінчений, незакінчений), співучасті (виду співучасті, групою осіб, організованою групою) тощо.

Наведу приклад, коли предметом захисту захисник обрав мотив вчинення злочину (і в той же час не допустив колізії захисту).

Вироком Коломийського міського суду Івано-Франківської області від 12 травня 1999 р. П. було засуджено за ст. 94 КК 1960 р. на дев'ять років позбавлення волі та постановлено стягнути з нього на користь К. 20 тис. грн. на відшкодування моральної шкоди. Суд визнав установленим, що П. убив К. за таких обставин. 28 березня 1998 р. П. перебував у будинку свого брата П. М., коли до того прийшов К. Почувши, що на вулиці під вікном відбувається сварка між П. М. і К., та побачивши через вікно, що останній шарпає брата за одяг, П. з метою вбити його взяв належну брату рушницю, зарядив її патроном, підійшов до входних дверей і з близької відстані зробив прицільний постріл у К., позбавивши його життя.

Ухвалою судової колегії в кримінальних справах Івано-Франківського обласного суду від 16 червня 1999 р. вирок було залишено без змін.

Захисник (він автору не відомий), посиллячись на те, що П. убив потерпілого, перебуваючи у стані необхідної оборони, подав клопотання в порядку виключного провадження про скасування судових рішень щодо засудженого та закриття справи на підставі ст. 15 КК 1960 р. За поданням, підписаним п'ятьма суддями Верховного Суду України, клопотання було винесено на судовий розгляд.

Матеріали справи свідчили про таке. П. пояснював, що він убив К., перебуваючи у стані необхідної оборони. За його показаннями, він побачив через вікно, що К. застосовує до брата насильство — шарпає та б'є його. Побачивши в руці К. блискучий предмет, він із зарядженою рушницею вибіг на веранду, крикнув до К. "Стій!", а коли той кинувся на нього, — вистрелив.

Єдиний очевидець події — свідок П. М. — підтверджував, що між ним та К. склалися неприязні стосунки у зв'язку з тим, що останній неодноразово незаконно вимагав у нього гроші. В той день К. знову приїхав до нього, на по-

двір ї почав вимагати гроші, образжати його і бити. В цей час П. вибіг із будинку з рушницею, К. кинувся на П. і той вистрелив.

Показання П. та П. М. про те, що К. вчинив щодо останнього протиправні дії та застосував до нього насильство, підтверджувалися також висновком судово-медичної експертизи, згідно з яким П. М. було заподіяно легкі тілесні ушкодження.

Верховний Суд України на спільному засіданні судової палати з кримінальних справ і військової колегії, розглянувши клопотання захисника, визнав його докази про те, що П. вчинив вбивство К., захищаючи брата і себе від протиправного посягання, обґрунтованими. Разом з тим, Верховний Суд України, визнавши, що П., захищаючи себе і брата від посягання з боку К., застосував таку зброю і завдав потерпілому такої шкоди, які явно не відповідали небезпечності посягання, тобто перевищив межі необхідної оборони. Виходячи з наведеного, Верховний Суд клопотання захисника задовольнив частково, судові рішення щодо П. змінив — перекваліфікував його дії зі ст. 94 КК 1960 р. на ст. 118 КК 2001 р. та призначив йому за цим законом покарання у вигляді позбавлення волі строком на два роки. За відбуттям покарання П. з-під варту було звільнено¹.

7. Окремим різновидом, що примикає до розглядуваного виду предмета захисту, слід визнати обставини, які згідно з кримінальним законом враховуються як такі, що обтяжують покарання (ст. 67 КК) зі знаком мінус. Підстав для цього кілька.

По-перше, хоча перелік обставин, які обтяжують покарання, є вичерпним, суд, згідно з ч. 2 ст. 67 КК, має право, залежно від характеру вчиненого злочину, не визнати будь-яку із вказаних у ч. 1 цієї статті обставин, за винятком зазначених у пунктах 2 (вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою — ч.ч. 2, 3 ст. 28 КК), 6 (вчинення злочину щодо неповнолітнього, особи похилого віку або особи, що перебуває у безпорадному стані), 7 (вчинення злочину щодо жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності), 9 (вчинення злочину з використанням малолітнього або особи, що страждає психічним захворюванням чи недоумством), 10 (вчинення

¹ Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 3 (31). — С. 17–18.

злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій), 12 (вчинення злочину загальнонебезпечним способом), такою, що обтяжує покарання, навівши мотиви свого рішення у вироку. А це уже значний правовий простір для розбіжностей з обвинуваченням.

По-друге, хоча в КК прямо зазначено, що якщо будь-яка з обставин, що обтяжує покарання, передбачена в статті Особливої частини КК як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його обтяжує, обвинувальні висновки досі часто-густо подвійно “обтяжені” такими обставинами й нерідко суди за “інерцією” враховують ці обставини при призначенні покарання.

По-третє, закон забороняє суду при призначенні покарання визнавати такими, що його обтяжують, обставини, не зазначені в ч. 1 ст. 67 КК. Між тим, не так вже й рідко це має місце, причому не прямо, а при обґрунтуванні у вироку ступеня тяжкості злочину.

Київсько-Святошинський суд Київської області, засудивши К. за ч. 1 ст. 271 КК України на два роки обмеження волі (максимальне покарання, передбачене ч. 1 ст. 271 КК), рішення мотивував тим, що засуджений не визнав свою вину, у вчиненому не розкаявся, негативно характеризується за місцем роботи. Тобто суд фактично визнав ці обставини такими, що обтяжують покарання, і при призначенні покарання К. врахував їх.

Колегія суддів судової палати Верховного Суду України підставно, через порушення вимог кримінального закону, вирок суду змінила, міру покарання пом'ящила до двох років виправних робіт за місцем роботи з відрахуванням у дохід держави 20% заробітку, вказавши в ухвалі, що відповідно до вимог п. 3 ч. 1 ст. 65 КК при призначенні покарання враховуються ступінь тяжкості вчиненого злочину, особа винного та обставини, які обтяжують і пом'ящують покарання, а відповідно до чинного законодавства (ст. 67 КК) наведені у вироку обставини не можуть розглядатися як такі, що обтяжують покарання.¹

Нарешті, обставини, що обтяжують покарання, є одним із елементів предмета доказування у вигляді предмета обвинува-

¹ Вісник Верховного Суду України. — 2003. — № 5 (39). — С. 18—19.

чення (п. 3 ст. 64 КПК). Тому слідчий їх має доводити так саме достовірно, як і елементи головного факту (подія злочину, винуватість обвинуваченого тощо), а якщо їх доведено — то має бути відображено в обвинувальному висновку. В цьому плані робота захисника з обставинами, що обтяжують покарання, може бути двоякого роду: і як предмет прямого спростування, і як предмет спростування достатності їх доказової основи.

8. Якщо ж винуватість обвинуваченого в результаті всебічного, повного та об'єктивного дослідження обставин справи достовірно встановлено та визнано ним самим, предмет захисту вимушено обмежується обставинами, що пом'якшують кримінальну відповідальність у вигляді пом'якшення покарання. І хоча сукупність таких обставин також передбачено в законі як елемент предмета доказування слідчого (п. 3 ст. 64 КПК), захисник мусить сприймати цю роботу як роботу саме сторони захисту, причому за неї він повинен братися з моменту прийняття на себе захисту, не чекаючи стадії судового розгляду, і ось чому.

Юридичне значення обставин, які пом'якшують покарання (як і обставин, що його обтяжують), є багатоплановим. Такі, наприклад, безпосередньо передбачені в кримінальному законі обставини, що пом'якшують покарання, як вчинення злочину під впливом погрози, примусу, під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними або аморальними діями потерпілого, вчинення злочину з перевищенням меж необхідної оборони, виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної організованої групи чи злочинної організації, поєднане з вчиненням злочину у випадках, передбачених КК (п.п. 6, 7, 8, 9 ч. 1 ст. 66 КК), а також інші, не зазначені в ст. 66 КК, одночасно можуть мати значення ознаки більш м'якого злочину чи ознаки вчинення протиправного діяння, в тому числі кримінально-протиправного, потерпілим, іншою особою тощо. Отже, своєчасне з'ясування їх лише як таких, що пом'якшують покарання, в процесі подальшого провадження у справі, може призвести, і нерідко призводить до пом'якшення самого обвинувачення, а то й до реабілітації. А такі обставини, що пом'якшують покарання, як щире каяття, добровільне відшкодування збитку або усунення заподіяної шкоди (п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 66 КК) в подальшому провадженні у справі часто-густо набувають значення однієї з

підстав звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45 КК — п. 1 ч. 1 ст. 7¹ КПК), у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК — п. 2 ч. 1 ст. 7¹ КПК), у зв'язку з передачею особи на поруки (ст. 47 КК — п. 4 ст. 7¹ КПК).

Названі та інші обставини, що пом'якшують покарання, в тому числі ті, що характеризують особу неповнолітнього, враховуються судом при вирішенні питання про звільнення його від кримінальної відповідальності (ст. 97 КК — п. 3 ч. 1 ст. 7¹ КПК) чи від покарання (ст. 105 КК) із застосуванням до нього примусових заходів виховного характеру.

Предметом захисту як підставами звільнення особи від кримінальної відповідальності можуть бути також обставини зміни обстановки, внаслідок яких вчинене особою діяння втрачає суспільну небезпечність або ця особа перестає бути суспільно небезпечною (ст. 48 КК — ч. 1 ст. 7 КПК).

Обставини, що пом'якшують покарання, і в першу чергу ті, що стосуються особи винного, є предметом захисту як підставами звільнення винного від покарання. Наприклад, особу, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути за вироком суду звільнено від покарання, якщо буде визнано, що з урахуванням бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці її на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечною (ч. 4 ст. 74 КК — ч. 5 ст. 7 КПК). Особу, яка після вчинення злочину або постановлення вироку захворіла на тяжку хворобу (крім психічної), що перешкоджає відбуванню покарання, може бути звільнено від покарання або від подальшого його відбування. При вирішенні цього питання суд враховує тяжкість вчиненого злочину, характер захворювання, особу засудженого та інші обставини справи (ч. 2 ст. 84 КК). Військовослужбовці, засуджені до службового обмеження, арешту або тримання в дисциплінарному батальоні, в разі визнання їх непридатними до військової служби за станом здоров'я також звільняються від покарання (ч. 4 ст. 84 КК). Від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру може бути звільнено неповнолітнього, який вчинив злочин невеликої або середньої тяжкості, якщо буде визнано, що внаслідок щирого розкаяння та подальшої бездоганної поведінки він на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання (ст. 105 КК).

Особа винного та інші обставини, і передусім ті, що пом'якшують покарання, є, за всіх інших умов, одними з підстав звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст.ст. 75, 104 КК). Такі самі правові наслідки за цих самих умов передбачено законом у справах вагітних жінок та жінок, які мають дітей віком до семи років (ст. 79 КК).

Нарешті, за наявності декількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, з урахуванням особи винного, суд може за особливо тяжкий, тяжкий злочин або злочин середньої тяжкості призначити основне покарання, нижче від найнижчої межі, встановленої в санкції статті Особливої частини КК, або перейти до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції статті за цей злочин (ч. 1 ст. 69 КК)¹.

Оскільки при призначенні покарання суд може визнати такими, що його пом'якшують, й інші обставини, не зазначені в ч. 1 ст. 66 КК, обов'язок адвоката (ч. 1 ст. 48 КПК) у кожній кримінальній справі відшукати такі обставини і довести їх наявність перед судом.

9. Закон також не розкриває змісту та структури третьої сукупності обставин предмету захисту — які виключають кримінальну відповідальність обвинуваченого (ч. 1 ст. 48 КПК).

Очевидно, що ці обставини не належать до жодного з попередньо наведених видів предмета захисту, і водночас є підставами вирішення кримінальної справи по суті.

Вважаю, що в розглядуваному випадку до обставин, які виключають кримінальну відповідальність, належать: 1) обставини, оснований на правилі, сформульованому у ч. 3 ст. 2 КК; 2) обставини, оснований на правилах диспозитивності кримінального судочинства (п.п. 6, 7 ч. 1 ст. 6, ч. 3 ст. 264, ч. 3 ст. 282 КПК); 3) закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності при невстановленні особи винного (ст.ст. 49, 106 КК).

¹ Слід мати на увазі, що рішенням Конституційного Суду України № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р. (справа про призначення судом більш м'якого покарання) визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним) положення ч. 1 ст. 69 Кримінального кодексу України в частині, яка унеможливує призначення особам, які вчинили злочин невеликої тяжкості, більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Отже, розглядуваний предмет захисту тепер поширено на усі групи злочинів.

Остання обставина, оскільки ще немає особи, притягненої до кримінальної відповідальності, стосунку до захисту не має, тому зупинятися тут на ній не варто. Що ж до перших двох підвидів обставин, які виключають кримінальну відповідальність, то з позицій захисту їх слід розглядати таким чином.

Ч. 3 ст. 2 КК зазначено: “Ніхто не може бути притягнений до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу”, що відповідає конституційному принципу юридичної відповідальності, сформульованому в ч. 1 ст. 61 Конституції України — “Ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення”.

Цим правилам, на мій погляд, повністю кореспондує положення п. 9 ч. 1 ст. 6 КПК про те, що кримінальну справу не може бути порушено, а порушена справа підлягає закриттю: “щодо особи, про яку є вирок по тому ж обвинуваченню, що набрав законної сили, або ухвала чи постанова суду про закриття справи з цієї ж підстави”. Між тим, ідентичність правових наслідків дозволяє віднести до цього підвиду винятково процесуальні підстави відмови в порушенні кримінальної справи та її закриття, а саме ті, що зазначені в п.п. 10 і 11 ч. 1 ст. 6 КПК, — “щодо особи, про яку є нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття справи по тому ж обвинуваченню (п. 10)”, “якщо про відмову в порушенні справи по тому ж факту є нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора” (п. 11).

На перший погляд здається, що наведені обставини для закриття справи не підлягають доказуванню з огляду на їх очевидність. Але це не завжди так. Практиці відомі випадки, коли одну і ту саму особу притягували до кримінальної відповідальності не лише в різний час, а й за різними справами, причому під різними прізвищами. В таких випадках доказування підстав для закриття справи може бути завданням надто складним. Але і в, здавалося б, простих випадках слідчі та суди не тільки у встановленні цих обставин, а й у розумінні, трактуванні їх іноді припускаються помилок, що призводить як до марної трати часу й сил, так і до зайвого клопоту учасникам процесу здійсненням провадження у справі, якої не повинно було б бути. Наведу такий приклад.

|| 11 вересня 2002 р. суддя Шепетівського міського суду Хмельницької області за скаргою громадянки Б. порушив

кримінальну справу стосовно С. за ч. 2 ст. 125 КК і призначив її до судового розгляду.

Підсудна скористалася своїм правом на допомогу захисника-адвоката. При підготовці до судового розгляду адвокат з'ясувала, що за тим самим фактом є нескасована постанова органу дізнання від 6 березня 2002 р. про відмову в порушенні кримінальної справи стосовно С. на підставі п. 1 ч. 1 ст. 6 КПК — за відсутністю події злочину. Заявлене в судовому засіданні та підтверджене документально клопотання захисника про закриття кримінальної справи на підставі п. 11 ч. 1 ст. 6 КПК постановою суду від 29 листопада 2002 р. було задоволено.

Потерпіла оскаржила постанову суду в апеляційному порядку як незаконну й необґрунтовану, таку, що ущемляє її права.

Судова палата у кримінальних справах апеляційного суду Хмельницької області ухвалою від 14 березня 2003 р. скаргу потерпілої задовольнила, постанову місцевого суду про закриття справи скасувала і справу направила на новий судовий розгляд, мотивувавши своє рішення буквально так: "На думку судової палати, суд 1 інстанції на порушення вимог закону, замість всебічного, об'єктивного та повного дослідження обставин справи як на підтримку доводів скарги, так і на протизвагу — прийняв поспішне рішення про закриття справи на підставі п. 11 ст. 6 КПК України, закривши кримінальну справу у зв'язку із наявністю нескасованої постанови органу дізнання про відмову у порушенні справи через відсутність події злочину.

При винесенні постанови про закриття справи судом не взято до уваги той факт, що скарги приватного обвинувачення (ст. 27 КПК України) вирішуються безпосередньо судом.

Між тим суд даних вимог закону не врахував.

На думку судової палати, суд мав вирішити питання, чи є обґрунтованою постанова про відмову в порушенні кримінальної справи органом дізнання, а вже після відповідної процедури перевірки її законності вирішити справу по суті.

Очевидно, що в результаті закриття справи на підставі ст. 6 п. 11 КПК України, скарга Б. (в порядку ст. 27 КПК України) не отримала судового вирішення.

За вказаних обставин постановва суду не може залишатись в силі і підлягає скасуванню” (справа адвоката Н. Шевченко)¹.

До обставин, які оснований на правилах диспозитивності кримінального судочинства як предмета захисту, також належать: 1) примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим у справах, які порушуються не інакше, як за скаргою потерпілого, крім випадків, передбачених ч.ч. 2, 4, 5 ст. 27 КПК (п. 6 ч. 1 ст. 6 КПК); 2) відсутність скарги потерпілого, якщо справу може бути порушено не інакше як за скаргою потерпілого, крім випадків, коли прокуророві надано право порушувати справу і при відсутності скарги потерпілого за ч. 3 ст. 27 КПК (п. 7 ч. 1 ст. 6 КПК); 3) відмова прокурора від обвинувачення (ч. 3 ст. 264 КПК); 4) неявка потерпілого в судові засідання без поважних причин у справах, передбачених ч. 1 ст. 27 КПК (ч. 3 ст. 282 КПК).

Усі наведені обставини передбачено в законі як безумовні підстави закриття провадження у справі, а отже, як такі, що виключають кримінальну відповідальність. Це суто процесуальні підстави. При з'ясуванні самого факту, відповідно, відсутності скарги потерпілого, примирення потерпілого з підсудним чи неявки потерпілого в судові засідання у справах приватного обвинувачення, факту відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді у справах публічного обвинувачення, за умови, що потерпілий не вимагає продовження провадження у справі (ч. 2 ст. 267 КПК), суд зобов'язаний закрити провадження у справі, ніяким чином не зачіпаючи питань винуватості чи невинуватості підсудного, доведеності чи недоведеності обвинувачення. Тому захисникові не тільки немає сенсу, а й не потрібно висловлювати свою думку з приводу цих питань при обговоренні таких підстав закриття справи.

До слова, відмова прокурора (потерпілого) від обвинувачення — єдиний випадок у кримінальному судочинстві, коли позиції, погляди обвинувача і захисника про предмет доказування збігаються. Збігаються, щоправда, вимушено, оскільки сьогодні закон при відмові прокурора (потерпілого) від обвинувачення дозволяє суду вирішувати справи лише у такий спосіб, без урахування думки, волі підсудного. Гадаю, що з

¹ Архів Шепетівського міськсуду Хмельницької області за 2003 р., справа № 1-60; Див. також: Вісник Верховного суду України. — 1998. — № 4. — С. 23.

огляду на принципи диспозитивності, рівноправності сторін підсудному слід було б надати право вимагати продовження судового розгляду справи з метою реабілітації. В нинішній же ситуації права сторони обвинувачення в цьому плані переважають над правами сторони захисту і підсудний позбавлений можливості вільно розпоряджатися своїми матеріальними та процесуальними правами. Адже вирішення справи на підставі відмови прокурора від обвинувачення і виправдання підсудного вироком суду від імені України — далеко не одне і те саме.

10. Особливості має предмет захисту у справах неосудних, обмежено осудних і осіб, які захворіли на душевну хворобу після вчинення злочину. Його, відповідно, поділяють на три підвиди.

У справах осіб, які здійснили суспільно небезпечне діяння в стані неосудності, предмет доказування істотно відрізняється від предмета обвинувачення (ст. 64 КПК). Тут суб'єктом суспільно небезпечного діяння є особа, яка не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки (ч. 2 ст. 19 КК). Суб'єктивну ж сторону становлять не вина у формі умислу чи необережності, а патологічні уявлення та реакції, зумовлені наведеними розладами психіки. Предметом захисту у таких справах за загальним правилом є: 1) факт непричетності особи до суспільно небезпечного діяння; 2) відсутність потреби у застосуванні примусових заходів медичного характеру. В обох випадках при підтвердженні версії захисту суд своїм рішенням закриває справу (ч.ч. 2, 4 ст. 421 КПК).

При здійсненні захисту у цих категоріях справ слід враховувати і таке. Справу може бути закінчено розслідуванням складенням обвинувального висновку, і лише при судовому розгляді може бути з'ясовано, що підсудний під час вчинення суспільно небезпечних дій перебував у стані неосудності. Іншими словами, бувають випадки, коли версія слідчого щодо предмета доказування у вигляді предмета обвинувачення (ст. 64 КПК) виявляється хибною. У таких справах, за наявності для цього підстав, предметом захисту є стан неосудності особи під час вчинення нею суспільно небезпечного діяння. Ось приклад з власної практики.

Слідчим прокуратури м. Нетішина Хмельницької області лікарю-терапевту К. інкримінувалося те, що 31 березня 1999 р. у власній квартирі в м. Нетішині після сварки з чо-

ловіком, коли той спав, з метою вбивства вона завдала йому велику кількість смертельних ударів сокирою в ділянку голови та інші частини тіла, тобто злочин, передбачений ст. 94 КК 1960 р.

При першому ж побаченні з підсудною сам-на-сам було помічено, що підзахисна страждає на депресію, має суїцидальні думки та наміри, скаржиться на головні болі, погану пам'ять. Відомості про себе подає непослідовно, схильна до надмірної деталізації, не може виокремити головно-го, часто втрачає суть розмови, різко виснажується тощо, тобто виявляє симптоми хворобливого стану психіки. Під час бесіди було з'ясовано і те, що після закінчення у 1977 р. Читинського медінституту дорогою на випускний бал К. потрапила в ДТП, перенесла черепно-мозкову травму, певний час була без свідомості та тривалий період лікувалася у шпиталі Забайкальського військового округу (в найближчій від місця ДТП лікувальній установі). В Україну переїхала у зв'язку з важким кліматом Забайкалля.

Предметом захисту, за погодженням з обвинуваченою, було обрано її неосудність. Проведена за клопотанням захисника в облпсихлікарні стаціонарна комплексна психолого-психіатрична експертиза дійшла висновку, що К. хоча і страждає від наслідків перенесеної важкої черепно-мозкової травми з надмірно вираженим психоорганічним синдромом (посткомоційним синдромом по МХК 10), проте відхилення в сферах психічної діяльності не настільки вагомі, щоб її можна було вважати неосудною. Розслідування справи закінчилося складанням обвинувального висновку.

Проте предмет захисту при подальшому провадженні справи змінено не було. Із висновку експертизи вбачалося, що її проводили головним чином шляхом спостереження за К. та на підставі поданих слідчим матеріалів кримінальної справи. За основу висновку експерти взяли також дані характеристики на К. по роботі, а саме, що вона виявила себе грамотним, таким, що знає свою роботу, терапевтом, всі доручення виконувала своєчасно та якісно, постійно підвищувала професійний рівень тощо.

Військові архіви, на щастя збереглися, і Читинський військовий шпиталь надав адвокатові на його запит усі медичні документи щодо К. (в копіях). Крім того, при опитуванні колег К. по роботі, керівників СМЕЧ-4 м. Нетішина, де во-

на працювала і які були авторами поданої слідчому характеристики, з'ясувалося, що остання, м'яко кажучи, далеко не відповідає дійсності. Насправді, за тривалий час роботи К. жодного разу не підвищувала своєї кваліфікаційної категорії з терапії, все забувала, а тому записувала, навіть усі виклики до хворих, весь час боялася, що її звільнять з роботи тощо. Більше того, було з'ясовано, що останніми роками К. неодноразово стаціонарно лікувалася з приводу наслідків перенесеної черепно-мозкової травми, змішаної дисциркуляторної енцефальнотії 2-ї стадії з кривобічною пірамідною недостатністю, центральною вестибулярною дисфункцією, церебрастенічним синдромом. Лікував її чоловік — лікар-психіатр, якого вона позбавила життя.

На підставі наявних та додатково наданих матеріалів призначена судом за клопотанням захисника комплексна стаціонарна судова психолого-психіатрична експертиза, здійснена експертами Львівської обласної державної клінічної психіатричної лікарні, дала категоричний висновок: К. слід вважати неосудною. Вона потребує примусового лікування в психіатричній лікарні зі звичайним наглядом. Суд з таким висновком погодився¹.

Слід, однак, зазначити, що при виборі такого предмета захисту не на другому плані є морально-етичний бік справи. Вважаю, що у таких ситуаціях обов'язковою є певна узгодженість позицій захисника та підзахисного, а у справах неповнолітнього — і врахування думки законного представника останнього.

Предмет захисту у справах осіб, які захворіли на психічну хворобу після вчинення злочину, є складовим, комбінованим. Предмет доказування у таких справах становить поєднання обставин предмета обвинувачення при провадженні в загальному порядку (ст. 64 КПК) і специфічних обставин, що характеризують цю особу як психічно хвору (ст. 420 КПК). Особа, яка вчинила злочин у стані осудності, але до поставлення вироку захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними, не підлягає покаранню. До неї за рішенням суду може бути застосовано примусові заходи медичного характеру, а після оду-

¹ Архів Нетішинського міського суду Хмельницької області за 1999 р.

жання така особа може підлягати покаранню (ч. 3 ст. 20, ч. 1 ст. 421, ст. 423 КПК). Отже, предмет захисту у таких справах може відповідати предмету обвинувачення в негативній формі (ст. 64 КПК), або предмету захисту у справах неосудних в частині відсутності потреби у застосуванні примусових заходів медичного характеру. Оскільки вказані особи не підлягають кримінальному покаранню досить умовно, і в разі видужання суд може на підставі висновку медичної комісії скасувати застосований захід медичного характеру та направити справу, відповідно, для провадження досудового слідства чи судового розгляду (ст. 423 КПК), предмет захисту за такого подальшого провадження справи стосуватиметься обставин, що впливають на пом'якшення виду та розміру кримінального покарання або звільнення від такого.

11. Інститут обмеженої осудності є новим у кримінальному праві. Мало ще і судової практики його застосування.

У статті 20 КК зазначено: “1. Підлягає кримінальній відповідальності особа, визнана судом обмежено осудною, тобто така, яка під час вчинення злочину, через наявний у неї психічний розлад, не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними.

2. Визнання особи обмежено осудною враховується судом при призначенні покарання і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру”. Стан обмеженої осудності передбачено нині у процесуальному законі і як один з елементів предмета доказування у справах про застосування примусових заходів медичного характеру (п. 3 ст. 420 КПК).

Одні вчені (Н. С. Матишевський, В. Я. Тацій, М. Й. Коржанський) вважають, що обмежено осудні особи підлягають кримінальній відповідальності та визнання особи такою може бути (але не обов'язково є) підставою для застосування до неї одного з примусових заходів медичного характеру, який слід призначати одночасно з призначенням покарання¹. Інші (Хавронюк М. І.) — що визнання особи обмежено осудною врахо-

¹ Коржанський М. Й. Науковий коментар Кримінального кодексу України. — К., 2001. — С. 44; Кримінальне право України: Загальна частина / За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — К.-Х., 2001. — С. 139; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Відповід. редактор С. С. Яценко. — К., 2002. — С. 38.

ується судом при призначенні покарання, а саме як обставина, що пом'якшує покарання¹. Ще інші розглядають обмежену осудність як обставину, котра може бути визнана такою, що пом'якшує покарання, а якщо обмежено осудна особа становить значну суспільну небезпеку, до неї судом можуть застосовуватися примусові заходи медичного характеру, але тільки у вигляді амбулаторної психіатричної допомоги у примусовому порядку².

Між тим, системний аналіз відповідних норм матеріального та процесуального законів, їх тлумачення дають підстави для обстоювання такої позиції.

“Г” у реченні ч. 2 ст. 20 КК “Визнання особи обмежено осудною враховується судом при призначенні покарання і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру” не слід категорично розглядати як словосполучник. Згідно з п. 2 ст. 93 КК, у поєднанні з приписами ст.ст. 420, 421, 422, 423 КПК, до особи, яка вчинила злочин у стані обмеженої осудності, може бути застосовано один із передбачених в матеріальному законі заходів медичного характеру. Справи щодо таких осіб провадяться за правилами норм процесуального закону про застосування примусових заходів медичного характеру. Розглядаючи такі справи по суті, суд у нарадчій кімнаті вирішує: 1) чи мало місце суспільно небезпечне діяння, з приводу якого порушено справу; 2) чи вчинено це діяння особою, щодо якої розглядається справа; 3) чи вчинила особа зазначене діяння в стані обмеженої осудності; 4) чи слід застосувати до цієї особи заходи медичного характеру і якщо слід, то які саме (ст. 420 КПК). Якщо буде встановлено, що певна особа вчинила суспільно небезпечне діяння в стані обмеженої осудності, суд, коли визнає за потрібне, виносить ухвалу, а суддя — постанову про застосування до цієї особи примусових заходів медичного характеру, із зазначенням яких саме (ч. 1 ст. 421 КПК). Якщо суд визнає непотрібним застосувати примусові заходи медичного характеру, справу належить закрити, про що виноситься ухвала (постанова) (ч. 2

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — К., 2001 — С. 73.

² Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: Загальна частина / За ред. Гончаренка В. Г., Потебенька М. О. — К., 2001 — С. 178.

ст. 421 КПК). Скасування або зміна примусових заходів медичного характеру може мати місце, якщо особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння в стані обмеженої осудності, видужала або якщо в результаті змін у стані її здоров'я відпала потреба в раніше застосованих заходах медичного характеру (ч. 2 ст. 422 КПК). Якщо особа, щодо якої було застосовано примусові заходи медичного характеру внаслідок її психічного захворювання після вчинення злочину, видужає, то суд на підставі висновку медичної комісії в порядку ст. 419 КПК виносить ухвалу, а суддя — постанову про скасування застосованого заходу медичного характеру та направлення справи для провадження досудового слідства чи судового розгляду, якщо обмежену осудність було встановлено під час судового слідства. Час перебування в медичній установі, якщо цю особу засуджено до позбавлення волі або виправних робіт, зараховується в строк відбування покарання (ч. 1 ст. 423 КПК).

Отже, в дійсності у цій формі провадження існує дві категорії справ обмежено осудних: 1) стосовно осіб, які вчинили злочин у стані обмеженої осудності, і 2) щодо осіб, які захворіли психічно після вчинення злочину до постановлення вироку і у зв'язку з психічною хворобою визнані обмежено осудними.

У першій категорії справ, своєю чергою, на мій погляд, обмежену осудність, залежно від ступеня психічної хвороби, за висновком судово-психіатричної експертизи та її рекомендацій, може бути визнано судом, в одному випадку, як підставу, яка виключає застосування покарання, в іншому — лише як підставу, яка пом'якшує покарання. У першому випадку суд, якщо визнає за потрібне, вирішує питання про застосування до цієї особи примусових заходів медичного характеру, із зазначенням яких саме (ч. 1 ст. 421 КПК). У другому — лише враховує стан обмеженої осудності як обставину, що пом'якшує покарання, та застосовує або не застосовує до цієї особи примусові заходи медичного характеру. Тобто, у першому випадку суд застосовує ч. 2 ст. 20 КК в розумінні, що “визнання особи обмежено осудною може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру”, де “і” виконує роль розподільника правових наслідків обмеженої осудності, у другому, — як сполучника усіх передбачених у цій нормі наслідків¹. Все залежить від

характеру, важкості захворювання, ступеня обмеженої осудності. Від цих критеріїв залежатиме і предмет доказування, а отже, і предмет захисту.

Сказане в жодному разі не суперечить припису ч. 1 ст. 20 КК про те, що особа, визнана судом обмежено осудною, підлягає кримінальній відповідальності, оскільки у першому випадку питання про кримінальну відповідальність не стоїть і ставитися не може. В цій ситуації особа не визнається такою, що перестає бути суб'єктом злочину. Однак медичний (біологічний) та юридичний (психологічний) критерії розладу її психічного та біологічного здоров'я настільки глибокі, що обмежена осудність тут межує з неосудністю¹. Тут здатність особи повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) настільки зменшено, а можливість керувати ними настільки ослаблено, що не дозволяє інкримінувати їй злочин. Тому правові наслідки тут аналогічні тим, що настають при вчиненні суспільно небезпечного діяння неосудною особою. Отже, основним елементом предмета захисту в таких справах є ступінь вираженості біологічного та психологічного компонентів у формулі неосудності.

У справах другої категорії, а саме у справах осіб, які захворіли на психічну хворобу і визнані обмежено осудними після вчинення злочину, предмет захисту комбінований, такий, як і у справах осіб, які після вчинення злочину захворіли на психічну хворобу і визнані неосудними, але з тією різницею, що він в частині формули обмеженої осудності зводиться до ступеня вираженості її компонентів.

¹ Як юристи, так і спеціалісти в галузі психіатрії та психології беззаперечно визнають, що формула осудності (неосудності) є лише логічною конструкцією і конструкцією досить умовною. Один із класиків російської судової психіатрії, проф. В. Х. Кандінський, співавтор (разом з проф. М. С. Таганцевим) вперше визначеної в законі формули неосудності, до речі, противник обмеженої осудності, писав: "Природа і дійсність різких стрибків не знають, немає різких меж між психічним здоров'ям і психічною хворобою, оскільки немає їх в дійсності. Але штучно, шляхом логічної побудови, ми можемо встановити різку межу між здоров'ям і душевною хворобою..." (Кандінський В. Х. К вопросу о вменяемости. — М., 1890. — С. 29).

§ 2. Захист і доказування

1. З'ясування та обстоювання захисником предмета захисту потребує активної, цілеспрямованої та ґрунтованої на кримінально-процесуальному законі захисної діяльності, доказування зокрема¹.

Правова регламентація суспільних відносин, які формують процесуальна діяльність і доказування як її складову частину, полягає у тому, що законодавець встановлює коло учасників (суб'єктів) цих відносин, юридичні факти, з огляду на які виникають їх права та обов'язки, зміст прав, обов'язків, заборон, наслідки невиконання чи незадовільного виконання обов'язків і порушення заборон (санкції).

Для виконання захисником завдання із захисту прав та законних інтересів обвинуваченого (підзахисного) важливе значення мають установлені законом правила його діяльності в цьому напрямку, передусім правила з питань доказування.

Закон не дає цілісного визначення поняття кримінально-процесуального доказування, лише визначає його суб'єктів, їх права та обов'язки із доказування, засоби та елементи процесу доказування. Із цих визначень випливає, що термін та поняття доказування законодавець використовує принаймні в двох значеннях. По-перше, під доказуванням у широкому його значенні розуміють здійснювану у передбаченому законом порядку діяльність органу дзнання, слідчого, прокурора, суду, з участю інших учасників процесу щодо встановлення справжніх обставин справи шляхом збирання та процесуального закріплення (фіксації, документування), перевірки, оцінки доказів та обґрунтування рішень, що приймаються у справі². В другому, більш вузькому значенні, доказування — це логічне процесуальне обґрунтування доказами певної тези, твердження, висновків, рішення у справі³.

¹ "Advocatus miles" (адвокат є воїн права), — говорили середньовічні юристи. Цілісно цей аспект діяльності адвоката-захисника і саме в такому плані висвітлено в праці відомого російського процесуаліста Л. Є. Владимірова (див.: Владиміров Л. Е. *Advocatus miles*. Пособие для уголовной защиты. — С.Пб., 1911).

² Кримінальний процес України / За ред. Ю. М. Грошевого, В. М. Хотенця. — К., 2000. — С. 139; *Тертишник В. М.* Кримінально-процесуальне право України. — К., 2003. — С. 334.

³ *Савицкий В. М.* Государственное обвинение в суде. — М., 1971. — С. 167; *Михеско М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П.* Кримінальний процес України. — К., 1999. — С. 116.

2. Доказування як дослідження — це різновид практичної людської діяльності щодо пізнання об'єктивної дійсності, яка в гносеологічному плані охоплює сутність почуттєвого та розумового (раціонального) процесів. Від інших видів пізнання дійсності воно відрізняється тим, що спрямовано на визначення в законі об'єкт (предмет доказування і доказові факти), має перед собою чітко окреслені в законі завдання (встановлення об'єктивної істини про фактичні обставини справи), здійснюється визначеним колом суб'єктів та в установленій законом процесуальній формі, регламентовано процесуальними строками. У структурі доказування як дослідження органічно поєднані пізнавальні (виявлення джерел доказової інформації та її отримання шляхом проведених судово-слідчих дій) процеси, засвідчувально-комунікативні (процесуально-документальне закріплення отриманих фактичних даних з метою їх збереження та передачі адресатам), оціночно-обґрунтовуючі (оцінки доказів та оперування ними як у процесі перевірки самих доказів, так і при обґрунтуванні висновків про фактичні обставини справи).

Оціночна, логічно-процесуальна діяльність пронизує весь процес доказування як дослідження¹. Слідчий під час пошуку джерел доказів та доказової інформації діє цілеспрямовано, а саме на виявлення доказів, які належать до розслідуваної ним справи, а не збирає все, що трапляється. При перевірці доказів він також оцінює їх шляхом порівняння, виявлення нових доказів про ту саму обставину справи, встановлюючи їх достовірність. Але на перших етапах розслідування справи переважає саме розшуково-засвідчувальна сторона його доказової діяльності. Якщо ж слідчий вирішить, що обставини справи з'ясовані ним повно, всебічно, з достовірністю, він приймає рішення про закінчення досудового слідства та розпочинає складання обвинувального висновку, де оцінює зібрані ним докази та обґрунтовує ними тезу поставленого у вину особі обвинувачення.

Те саме має місце при судовому розгляді кримінальної справи як новому дослідженні її обставин, з тією відмінністю, що суд значною мірою досліджує похідні, зафіксовані слідчим у матеріалах справи докази. Однак обґрунтування у вирокі судом обставин справи, які він визнав доведеними, також є суто

¹ Свого часу ще В. Д. Спасович зауважував, що “питання про судові докази не юридичне. Воно належить до сфери логіки і антропології, воно корінням своїм спирається на ґрунт філософії” (Спасович. В. О теорії судечно-уголовныхъ доказательствъ въ связи съ судоустройствомъ и судопроизводствомъ. — С.Петербургъ, 1861. — С. 9).

розумово-логічною діяльністю. Тому, хоча виокремлення в процесі доказування спочатку пошуку доказів, а потім дослідження, оцінки та оперування ними є досить умовним, але все ж таки, має значний практичний сенс.

У розглядуваному, широкому розумінні, суб'єктами обов'язку доказування справжніх обставин справи на досудовому слідстві є особа, яка провадить дізнання, слідчий і прокурор, оскільки саме вони згідно із законом "зобов'язані вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи" (ч. 1 ст. 22 КПК).

Поряд із доказуванням як обґрунтуванням тези у формі заключного етапу доказування як дослідження (за схемою — сам відшукав, закріпив, дослідив, оцінив і прийняв рішення), у кримінальному процесі доказування як обґрунтування тези є окремим видом доказової діяльності. Він полягає в обґрунтуванні учасниками процесу доказами як логічними аргументами, адресованої органу, що здійснює провадження у справі, певної тези. Цей вид доказування здійснюється з використанням усіх положень та законів формальної та діалектичної логіки про доведення та спростування¹.

3. Логічне доказування пронизує, безперечно, доказову діяльність як дослідження усіх інших учасників процесу, в тому числі захисника, і воно також має місце, так би мовити, в чистому вигляді. Причому за суб'єктним складом, за формою та змістом різняться залежно від стадії і навіть етапу кримінального судочинства.

На досудовому слідстві логічне доказування дістає свій вияв в усних та письмових клопотаннях учасників процесу, в тому числі про вирішення кримінальної справи по суті (про закриття справи), заявах, скаргах на дії та рішення слідчого прокурору та до суду, в апеляціях на рішення судді у справах судового контролю за досудовим слідством (про обрання арешту як запобіжного заходу та продовження строків тримання під вартою) (ст.ст. 1652, 1653 КПК), направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу (ст. 205 КПК) та скаргах про звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям, застосуванням до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру, з передачею особи на поруки та із закінчен-

¹ Тому для опанування мистецтвом логічного доказування доцільно звертатися не лише до праць з теорії доказів, а і до літератури з логіки. Добре, що в Україні уже є підручники з логіки, спеціально присвячені юристам: *Жеребкін В. Є. Логіка. — К., 2001; Хоменко І. В. Логіка для юристів. — К., 2001.*

ням строків давності (ст. 12 КПК) тощо. Тезою, що доказується, тут є прохання особи, адресоване слідчому, прокуророві, судді (суду), а аргументами — доводи, що наводяться в мотивувальній частині скарги, заяві, клопотанні, апеляції.

Суб'єктами такого виду доказування на досудовому слідстві є особа, яка подала заяву про порушення кримінальної справи, підозрюваний, обвинувачений, захисник, законний представник обвинуваченого, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники.

У суді доказування цього виду поряд із доказуванням як дослідженням має інший суб'єктивний склад, інший зміст та форму. Тут також має місце доказування кількох тез, але головними, центральними, як правило, є дві. Перша — у вигляді формулювання інкримінованого особі обвинувачення (формула предмета обвинувачення). Друга теза — у вигляді показань обвинуваченого, його клопотань та клопотань захисника (формула предмета захисту). Отже, суб'єктами доказування в цьому розумінні є сторони справи: сторона обвинувачення — прокурор, потерпілий, цивільний позивач та їх представники, та сторона захисту — підсудний, його захисник та законний представник, цивільний відповідач та його представник.

У разі зміни прокурором обвинувачення в суді та використання потерпілим та його представником їх права підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі (ст. 277 КПК), тез обвинувачення, адресованих суду, буде дві, тез же захисту може бути і більше, у разі, якщо підсудних декілька і вони та їх захисники та законні представники обрали різні позиції захисту, різні їх предмети. Але важливіше тут інше, а саме те, що суд у процесі судового слідства в жодному разі не є суб'єктом такого доказування, оскільки версії сторін, які вони доводять, адресовані саме йому. Місія суду в цьому плані полягає у тому, щоб, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створити необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків, для здійснення наданих їм прав та здійснити функцію розгляду справи (ч.ч. 6, 7 ст. 16⁻¹ КПК). Сторони ж справи у суді мають рівні права на участь у доказуванні як дослідженні та рівноправні в доведенні перед судом обстоюваних ними позицій (ст. 261 КПК). Тут їх доказова діяльність у вигляді обґрунтування тези найбільш яскраво та концентровано виявляється у судових дебатах (ст. 318 КПК).

4. Наскільки важливе доказування в плані захисту взагалі — говорити не доводиться. У зв'язку з вищенаведеним пос-

тає одне гостре питання, від вирішення якого залежить, чи є реальним у нашому кримінальному судочинстві основне право обвинуваченого — право на захист, та чи повною мірою відповідає дійсності проголошений в Конституції України принцип забезпечення йому цього права (п. 6 ч. 3 ст. 129). Це питання обов'язку доказування.

Річ у тім, що тривалий час у науці кримінального процесу щодо діяльності захисника, в тому числі з огляду на те, що закон зобов'язував органи дізнання, слідчого, прокурора та суд виявити у кожній справі поряд з обставинами, що викривають, і обставини, що виправдовують обвинуваченого, а поряд з тими, що обтяжують, і ті, що пом'якшують його відповідальність, тобто що ці органи, поряд з функцією обвинувачення, здійснювали і функцію так званого посадового захисту¹, домінував погляд (який, до слова, влаштовував і дотепер влаштовує багатьох захисників), що на захисника, як і на обвинуваченого, не покладено обов'язку доказування невинуватості чи меншої винуватості підзахисного, “з обов'язку обвинувача по доказуванню вини обвинуваченого для захисника впливає право побудувати захист на критиці обвинувачення”².

Такий погляд на права та обов'язки захисника, згідно з яким він не тільки не зобов'язаний здійснювати активний захист шляхом доказування як дослідження, а й доказування як спростування тези обвинувачення є його правом, був не на користь ані правосуддю, ані тим більше захисту ні тоді, ні тепер. Обмеження своєї діяльності красномовством (а то й краснобайством) у суді адвокат може собі дозволити можливо хіба що в суді присяжних, але не перед професійним судом. Хоча і в суді присяжних³ пасивна доказова позиція захисника навряд чи відповідає його призначенню. Річ у тім, що надія на те, що орган дізнання, слідчий, прокурор порушивши кримінальну

¹ *Фаткуллин Ф. Н., Зинатуллин З. З., Аврах Я. С.* Обвинения и защита по уголовным делам. — Казань, 1976. — С. 113.

² *Стецовский Ю. И.* Адвокат в уголовном судопроизводстве. — М., 1972. — С. 106.

³ Цікаву та небезпідставну думку про учасників процесу в доказуванні, в т.ч. захисника і в суді присяжних, його фактичного обов'язку доказування, пов'язаного не стільки з приписами закону, скільки з “фактичним становищем в процесі сторін”, “щоб суд прийняв ту чи іншу обставину як доказану”, висловив свого часу І. Я. Фойницький (див.: *Фойницький И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. — СПб., 1996. — С. 207). А в правилах адвокатської професії в Росії було записано і таке: “Присяжний повірений не повинен упускати з виду, що він відправляє одну із суттєвих функцій правосуддя” (Правила адвокатской профессии в России / Сост. А. Н. Марков. — М., 1913. — С. 6).

справу та здійснюючи на досудовому слідстві кримінальне переслідування особи, тобто маючи тверду обвинувальну позицію, робитимуть все, щоб з'ясувати обставини, які виправдовують та пом'якшують відповідальність обвинуваченого, є досить ілюзорною. Тому пасивність захисника на досудовому слідстві рівнозначна відсутності на ньому професійного захисту. Те саме має місце і в суді за теперішнього змагального його характеру, де суд дистанційований від активної участі у встановленні справжніх обставин справи, істини у ній, а підтримання державного обвинувачення, тобто його доведення перед судом стороні обвинувачення, прокурору, зокрема, в обов'язок поставлено (ст. 264 КПК)¹. Отже, в суді захист може пасувати перед обвинуваченням.

Поширена фраза (теза), що “невиконання чи неналежне виконання адвокатом обов'язків щодо участі в доказуванні не тягне негативних наслідків для підзахисного, оскільки не означає доведеності винуватості підозрюваного, обвинуваченого, підзахисного”² є хоча й привабливою, але в основі своїй неправильною і навіть шкідливою. Тягне, аж до необґрунтованого засудження, а конституційний припис, як складова принципу презумпції невинуватості — “ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину” (ч. 2 ст. 62 Конституції України) стосується виключно обвинуваченого, але не захисника.

Очевидно, що так не повинно бути і такого стану не допускає нині чинний закон. Закон справді категорично забороняє суду, прокурору, слідчому та особі, яка провадить дізнання, “перекладати обов'язок доказування на обвинуваченого” (ч. 2 ст. 22 КПК). Доказування є правом обвинуваченого, яким він, як і правом скористатися допомогою захисника (за винятком випадків обов'язкової участі захисника — ст. 45 КПК), може розпоряджатися на свій розсуд. Щодо ж захисника, який прий-

¹ Доповнюючи наведене, доречним вважаю навести написане В. М. Савицьким: “Взагалі вимагати від обвинувача об'єктивності так же безглуздо, як вимагати її від захисника. І той, і другий обстоюють в суді, як правило, прямо протилежні позиції. Вони не можуть бути об'єктивними, вони завжди діють односторонньо, подаючи докази: один — на користь обвинувачення, другий — на користь захисту”. І далі, “така упередженість ніякою небезпекою не загрожує, тому що ні обвинувач, ні захисник самі ніяких рішень по суті не приймають, їх завдання — переконати суд в правильності своєї позиції” (Ларин А. М., Мельникова Э. Б., Савицький В. М. Уголовный процесс России: Лекции-очерки // Под ред. проф. В. М. Савицкого. — М., 1997. — С. 33).

² Адвокат в уголовном процессе / Под ред. В. К. Сергеева. — М., 2004. — С. 14.

няв на себе захист, закон містить категоричний припис. Захисник “зобов’язаний” використовувати передбачені в КПК та інших законодавчих актах засоби захисту з метою “з’ясування”¹ обставин, сприятливих для підзахисного (ч. 1 ст. 48 КПК). Так само волю законодавця виражено і щодо захисника-адвоката, який при здійсненні своїх професійних обов’язків “зобов’язаний неухильно додержуватися вимог чинного законодавства, використовувати всі передбачені законом засоби захисту прав і законних інтересів громадян...” (ч. 1 ст. 7 Закону про адвокатуру).

З’ясовувати ж обставини, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом’якшують чи виключають кримінальну відповідальність, і тим самим захищати права і законні інтереси громадян, захисник може лише одним шляхом — беручи участь у доказуванні. Тому ч. 1 ст. 48 КПК буквально означає визнання захисника суб’єктом обов’язку доказування.

Із цих позицій закону В. Т. Варфоломеєва цілком слушно зауважує: “На захисника покладається обов’язок використовувати всі указані в законі засоби захисту. Виконання цієї вимоги закону передбачає збирання відомостей, подання їх адвокатом, дослідження, оцінку, формування на цій основі конкретної правової позиції і наведення для її обґрунтування відповідних аргументів, які свідчать про невинуватість чи меншу винуватість обвинуваченого. Здійснення захисту в повному обсязі неможливе без вказаних дій, які є ні що інше, як кримінально-процесуальне доказування”², а далі застерігає, що “важко уявити, що професійний рівень захисту може бути належним, якщо захисник не здійснить необхідних дій упродовж розслідування, а стане чекати доводів обвинувачення, щоб їх спростувати, не будучи впевненим, що зможе зробити це, а, можливо, і втративши своєю бездіяльністю таку можливість”³.

5. Однак при цьому слід мати на увазі те, що з позицій закону захисник розглядається як самостійний учасник процесу,

¹ Поняття доказування в широкому та вузькому розумінні цього слова закон сьогодні визначає різними термінами — “доказування”, “встановлення”, “з’ясування”, “дослідження” тощо. Всі вони є синонімами і лише залежно від контексту норми закону та процесуальної ситуації за ними слід бачити доказування як дослідження чи доказування як обґрунтування тези або обидва види доказування одночасно. Хоча, вважаю, термін “доказування” доцільно було б вживати лише тоді, коли йдеться про доказування певної тези, твердження.

² Варфоломеєва Т. В. Защита в уголовном судопроизводстве. — К., 1998. — С. 100.

³ Там само. — С. 101.

і за невиконання ним обов'язку щодо з'ясування сприятливих для обвинуваченого обставин кримінально-процесуальних санкцій, які могли б бути застосовані органом дзнання, слідчим, прокурором чи судом, не передбачено.

Щоправда, закон визначає, що захисник у своїй діяльності "зобов'язаний: 1) не перешкоджати встановленню істини в справі шляхом вчинення дій, спрямованих на те, щоб схилити свідка чи потерпілого до відмови від показань або до дачі завідомо неправдивих показань; схилити експерта до відмови від дачі висновку; 2) іншим чином сфальсифікувати докази у справі; 3) або затягнути розслідування чи судовий розгляд справи" (ч. 6 ст. 48 КПК). Особа, яка вчиняє такі дії (ч. 3 ст. 61 КПК), не може бути захисником і підлягає усуненню від участі у справі (ст. 61⁻¹ КПК).

Між тим, усі вказані дії захисника за своїм характером та правовою природою прямого стосунку до обов'язку, передбаченого ч. 1 ст. 48 КПК, не мають. Перші з них є не кримінально-процесуальними діями, а злочином. Захисник, який такі дії вчинив, підлягає кримінальній відповідальності (ст. 386 КК). Решта є порушенням захисником законності засобів захисту і не більше. Встановлюючи вищенаведені заборони для захисника, законодавець, вважаю, тим самим ще раз підкреслив, що предметом захисту в кримінальній справі є лише справжні права та законні інтереси підзахисного, а засоби захисту тільки ті, що передбачено в КПК та інших законодавчих актах. Та й врешті-решт пасивність, бездіяльність захисника у справі не є юридичним фактом як підставою застосування передбаченої ст. 61⁻¹ КПК кримінально-процесуальної санкції.

Не можна розглядати як кримінально-процесуальні санкції негативні наслідки для підзахисного, що настають по конкретній справі через невиконання чи неналежне виконання захисником обов'язку доказування¹.

Зважаючи на правовий постулат, що без санкції немає юридичного обов'язку, О. М. Ларін доходить висновку, що поло-

¹ Не є кримінально-процесуальною відповідальністю захисника, захисника-адвоката зокрема, накладення на нього за фактом доказової бездіяльності у справі дисциплінарних стягнень за поданням слідчих, прокурорських органів, окремих ухвал (постанов) суду чи за заявами підзахисних кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури в порядку ст. 16 Закону про адвокатуру, оскільки таке провадження і такі наслідки виходять за межі кримінального процесу. Такі й інші подібні заходи є видами позапроцесуальних (організаційних, дисциплінарних, матеріально-правових тощо) засобів реального втілення в життя принципу забезпечення обвинуваченому права на захист.

ження ч. 1 ст. 48 КПК не слід тлумачити буквально. Воно означає, що “доказування обставин, що виправдовують обвинуваченого і пом’якшують його відповідальність, не процесуально-правовий обов’язок, а завдання, покликання, право захисника...” і “якби ця стаття починалася словами: “завдання захисника полягає у тому, щоб...”, чи “захисник покликаний...”, або “захисник вправі...” (замість — “захисник зобов’язаний”), це полегшило б правильне розуміння виключно важливого положення закону”¹. Виходячи з цього, автор формулює загальний висновок про те, “що у відповідності з презумпцією невинуватості обов’язок доказування обставин, які складають предмет кримінальної справи, ні на кого не перекладаючи, ні з ким не розділяючи, в повному обсязі несуть слідчий і прокурор. Перекладання обов’язку доказування на обвинуваченого чи на його захисника ні за яких умов неприпустимо”². А в іншій праці, розвиваючи вищенаведені положення, О. М. Ларін, і саме в плані нашого дослідження, констатує: “Отже, обов’язок доказування в широкому розумінні як дослідження обставин справи лежить на слідчому, прокуророві, судді, а у вузькому розумінні — як обґрунтування перед судом версії про предмет доказування — на слідчому і прокуророві”³.

Суперечності у поглядах учених щодо обов’язку захисника із доказування? Нібито так, оскільки і О. М. Ларін, і Т. В. Варфоломєєва бездоганно тлумачать положення закону. Однак жодної суперечності тут автор не бачить. Річ у тім, що О. М. Ларін розглядає це питання з позицій статусу захисника як представника обвинуваченого, а В. Т. Варфоломєєва — з позицій його статусу як самостійного учасника процесу.

Між тим, захисник у кримінальному судочинстві, як, мабуть, жоден інший учасник процесу, перебуває одночасно в обох “іпостасях”⁴. Як учасник процесу, він, безперечно, зобо-

¹ Ларін А. М. Презумпция невиновности. — М., 1982. — С. 60.

² Там само. — С. 61.

³ Стецовский Ю. И., Ларин А. М. Конституционный принцип обеспечения права обвиняемого на защиту. — С. 276.

⁴ Точка зору, що захисник є самостійним суб’єктом процесуальних прав і не більше, давала можливість стверджувати таке: якщо “немає ніяких розумних сумнівів у доведеності вини, якщо вона очевидна, беззаперечна — захисник не повинен заперечувати її перед судом, у нього немає права на брехню” (Соколов Т., Цубин А., Яржинец С. Роль и задачи адвокатуры в связи с дальнейшей демократизацией советского уголовного процесса // Новое советское уголовно-процессуальное законодательство и адвокатура. — М., 1960. — С. 25.

в'язаний на усіх його етапах та стадіях використовувати усі передбачені в законі засоби захисту з метою з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підзахисного (ч. 1 ст. 48 КПК, глава 3 КПК "Учасники процесу, їх права та обов'язки"). В цьому аспекті у захисника один орієнтир і один дороговказувач — Закон. З цих позицій законодавець установив правову гарантію того, щоб вирішення питання про винуватість чи невинуватість залежало не лише від результатів роботи органу дізнання, слідчого та прокурора, а й від активної діяльності захисника, учасника здійснення публічно-правової функції в державі — правосуддя¹. Тому не випадково на виконання обов'язку доказування закон "озброїв" захисника комплексом прав, які на досудовому слідстві в цілому дають захисникові реальну можливість здійснювати свою діяльність відповідним чином (ч. 2 ст. 48 КПК, ст. 6 Закону про адвокатуру), а при судовому розгляді "рівно озброїв" обидві сторони — обвинувачення і захисту (ст. 261 КПК). З погляду наведених приписів закону неприпустимою є ситуація, коли доля підзахисного залежала б від того, наскільки успішно захисник використав засоби захисту (нехай навіть не обов'язок, а свої права, завдання, покликання тощо).

Підстава участі захисника як представника підзахисного і за запрошенням (за угодою), і за призначенням також є правовою (ст. 47 КПК). І захисника запрошують та призначають не для того, щоб бути спостерігачем і слухачем у справі. Але в цьому аспекті між захисником та підзахисним існують не лише кримінально-процесуальні відносини. Вони доповнюються відносинами процесуального представництва, де однією із сторін є професіонал і де метою такого представництва є професійна реалізація підзахисним через та за допомогою представника своїх прав і захист своїх законних інтересів, та прояв такого професіоналізму представником поряд, порівняно самостійно від підзахисного, але в його інтересах. І в цьому, до речі, полягає істотна відмінність такого представництва від представництва цивільно-процесуального. У кримінальному процесі захисник не замінює обвинуваченого, а доповнює

¹ Про публічно-правовий характер функції захисту див.: *Попелюшко В. О.* Публічність і захист (Доповіді учасників міжн. наук. конф. "Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві"). — К., 2002. — С. 37–43; *Попелюшко В. О.* Публічність кримінального судочинства і захист // *Адвокат*. — 2003. — № 2. — С. 7–10.

його. Причому після допуску до участі у справі захисник-адвокат вправі відмовитися від виконання своїх обов'язків лише у випадках, коли є обставини, які згідно зі ст. 61 КПК виключають його участь у справі та, з абсурдної, на мій погляд, підстави — “коли він свою відмову мотивує недостатніми знаннями чи некомпетентністю” (п. 2 ч. 7 ст. 48 КПК).¹

Крім наведених правових відносин, між захисником та підзахисним встановлюються також психологічні, морально-етичні стосунки, які можна назвати стосунками надії і довіри, що також є важливим.

Тому як представник підзахисного, захисник, безперечно, може волею останнього обмежуватися (і нерідко обмежується) і в доказуванні певних сприятливих для нього обставин справи, наприклад, у з'ясуванні хвороби, яку той приховує, але яка згідно з законом є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності чи від покарання, наявності позашлюбних неповнолітніх дітей або навіть обставин головного факту предмета захисту, і у використанні тих чи інших засобів захисту, наприклад, із призначення та проведення тієї чи іншої судової експертизи.

У ключових ситуаціях закон непрямо і навіть прямо передбачає випадки, коли воля підзахисного, виявлена тільки з його зрозумілих причин, є для захисника обов'язковою. Зокрема, відповідно до ч. 5 ст. 277 КПК враховується лише воля підсудного про можливість скорочення строку підготовки до захисту за зміненим прокурором у суді обвинуваченням; згідно з ч.ч. 3 і 4 ст. 355 КПК захисник засудженого чи виправданого може відкликати свою апеляцію тільки за згодою підзахисного і його законного представника, а засуджений або виправданий вправі відкликати як свою, так і апеляцію свого захисника (крім випадків обов'язкової участі захисника — ч. 1 ст. 45 КПК). Очевидно, що і в інших випадках ці та інші передбачені законом правила про пріоритет волі підзахисного не лише щодо думки та позиції захисника, а й її пріоритет над публічними інтересами судочинства повинні застосовуватися за аналогією, оскільки особисті законні інтереси особи в правовому демократичному суспільстві вище публічних, а отже, у нашому випадку — вище професійних інтересів захисника.

¹ Див. про це детальніше: *Попелюшко В. О.* До питання про зміст та правовий механізм забезпечення та реалізації права обвинуваченого на захист // *Адвокат.* — 2002. — № 1. — С. 20–21.

Тому слід визнати, що захисник є суб'єктом обов'язку доказування усіх сприятливих для підзахисного обставин кримінальної справи, але цей його обов'язок може бути обмежено і обмежено лише підзахисним (а у визначених законом випадках і його законним представником) як у частині обставин предмета захисту, так і в частині засобів з'ясування цих обставин. Застереження та обмеження обов'язковості волі підзахисного тут може бути тільки одне — щодо справжніх прав і щодо законних інтересів¹ підзахисного. Воля, спрямована на досягнення захисником не основаних на законі інтересів підзахисного і таких, що їм прямо суперечать, не тільки не може, в жодному разі не повинна захисником виконуватися. Лише в останніх випадках є правильним твердження, що захисник “не є додатком” обвинуваченого.

Вважаю, що саме з огляду на наведене вище, законодавець не передбачив можливості застосування органом дізнання, слідчим, прокурором та судом до захисника, який, на їх думку, не виконав чи виконав неякісно свій обов'язок із доказування обставин справи кримінально-процесуальних санкцій, а наділив таким правом саме підзахисного. І “санкція” ця — відмова підзахисного від захисника.

Якщо взяти до уваги інший погляд, висловлений, наприклад, у вигляді пропозиції В. М. Тертишником про те, що слідчому слід надати право на відсторонення захисника від участі у справі, якщо він “явно не виконує своїх обов'язків чи зловживає своїми правами”², неодмінно справдиться прогноз з цього приводу О. М. Ларіна про те, що “звичайно, знайдеться,

¹ Інтерес (лат. interest — має значення, важливо). Інтерес в соціології — об'єктивна причина діяльності суб'єкта, направленої на задоволення певних потреб (див.: Украинский советский энциклопедический словарь. В 3-х т. Ред. кол.: А. В. Кудрицкий (ответ. ред. и др.). — К., 1988. — Т. 1. — С. 694). Звідси, на думку автора, процесуальний інтерес — це прагнення учасника процесу отримати певні блага, які відповідають завданням кримінального судочинства. Це поняття перехрещується з поставленими під захист Конституції України і забезпечуваними правосуддям правами і свободами людини та громадянина (ст. ст. 3, 5 та ін. Конституції України). Законний інтерес обвинуваченого полягає у тому, щоб при розслідуванні та судовому розгляді його кримінальної справи були неупереджено, повно та об'єктивно зібрані усі докази, з'ясовані усі обставини, що виправдовують його чи пом'якшують його відповідальність, та щоб обвинуваченому була забезпечена можливість спростовувати обвинувачення, наводити доводи і подавати докази на своє виправдання чи пом'якшення своєї відповідальності.

² Тертишник В. М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. — К., 2003. — С. 208.

і не один, слідчий чи суддя, який визнає, що захисник невдало вибрав позицію, не так захищає і взагалі надмірно ускладнює роботу. Але якщо захисник стане під страхом усунення з процесу “передбачати” погляд слідчого чи судді на справу, “прилаштувати” до цього погляду свою лінію поведінки, це буде вже не захисник, а підручний слідчого чи судді, принаймні непотрібний у судочинстві, обвинувачений же фактично виявиться беззахисним”¹.

Слідчий, прокурор, суд можуть, звичайно, реагувати на факти невиконання захисником, захисником-адвокатом зокрема, передбачених ч. 1 ст. 48 КПК обов’язків шляхом винесення подання чи окремої ухвали (постанови) на адресу обласної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури з приводу їх невиконання. Так вчинила, наприклад, судова колегія в кримінальних справах Донецького обласного суду у справі Х., обвинуваченого за ч. 1 ст. 117, п. “ж” ст. 93, ч.ч. 2, 3 ст. 140 та ч. 1 ст. 229⁶ КК 1960 р., встановивши, що Х. на досудовому слідстві було пред’явлено обвинувачення і здійснено допит як обвинуваченого за відсутності захисника Л., який фактично вступив у справу після вчинення цих процесуальних дій, проте підписав постанову про пред’явлення Х. обвинувачення і протокол його допиту. Розглянувши справу за окремою скаргою адвоката на окрему ухвалу, судова колегія в кримінальних справах Верховного Суду України залишила цю скаргу без задоволення, зазначивши, що “адвокат всупереч вимог ст. 48 КПК не тільки не вжив заходів до усунення порушення права Х. на захист, а й вніс недостовірні дані у зазначені процесуальні документи”². Але у таких випадках має місце саме кримінально-процесуальне реагування, реагування як привід до порушення щодо захисника-адвоката дисциплінарного провадження. Санкція ж, яку може застосувати (а може і не застосувати) кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури у вигляді дисциплінарного стягнення, не є санкцією кримінально-процесуальною.

Звичайно, відмова від захисника можлива з інших причин: укладення угоди з більш досвіченим і більш кваліфікованим, на думку обвинуваченого, захисником, непомірність для обвинуваченого суми запрошеного гонорару тощо. Відмова від захисника з таких причин не є санкцією, оскільки вона не пов’я-

¹ Стецовский Ю. И., Ларин А. М. Знач. праця. — С. 274.

² Вісник Верховного Суду України. — 1999. — № 2. — С. 23.

зана з процесуальною доказовою чи іншою діяльністю захисника в межах конкретної кримінальної справи. В нашому ж випадку така відмова є саме кримінально-процесуальною санкцією¹, яка за своїми правовими наслідками аналогічна усуненню захисника від участі у справі органом дізнання, слідчим та судом (ст. 61⁻¹ КПК).

Закон встановлює, що підозрюваний, обвинувачений і підсудний мають право в будь-який момент провадження у справі відмовитися від запрошеного чи призначеного захисника, і така відмова допускається лише з їх ініціативи (ч. 1 ст. 46 КПК). З огляду на те, що “кожен є вільним у виборі захисника своїх прав” (ч. 1 ст. 59 Конституції України), така відмова мусить бути обов’язковою як для захисника, так і для органу, який здійснює провадження у справі, з усіма наслідками, що з цього випливають. Тому припис закону про те, що орган дізнання, слідчий та суд можуть відхилити таку відмову (ч. 2 ст. 46 КПК), є антиконституційним.

Слід сказати, що підзахисні не так уже й рідко використовують це своє право і застосовують щодо захисника вказану санкцію. Найчастіше це має місце за результатами тієї чи іншої стадії процесу, чи навіть його етапу, але не тільки. Пригадую, на перший погляд, курйозний, але яскравий у розгляді у нас плані приклад відмови підсудного від захисника, який мав місце при розгляді справи про вбивство судовою колегією у кримінальних справах Хмельницького обласного суду в так званому виїзному засіданні в “Замковій” ВТК особливо-го режиму (м. Ізяслав), у якій захисник одного з підсудних мав здійснювати захист за призначенням.

У підготовчій частині судового розгляду, коли головуєчий оголосив склад суду, назвав учасників процесу, в тому числі захисників, та запитав у підсудних, чи згодні вони, щоб їх захист здійснювали ці захисники, один з підсудних попросив у головуєчого тут же на місці з’ясувати зі своїм захисником одне питання і отримавши дозвіл, запитав захисника буквально таке: “Яким аркушем справи є характеристика на мене за місцем роботи перед останньою “відсидкою”?”. Такої виписки в адвокатському переведенні у захисника не було. Підсудний за явив відмову від захисника, мотивуючи це тим, що той належ-

¹ Докладніше про це див.: *Попелюшко В. О.* До питання про зміст та правовий механізм забезпечення та реалізації права обвинуваченого на захист. — С. 19–20.

ним чином до його захисту не підготовлений. Відмову було судом прийнято, захисника замінено¹.

§ 3. Доказування захисником обставин предмета захисту

1. Участь захисника в доказуванні у кримінальній справі і в широкому, і у вузькому значеннях здійснюється шляхом реалізації наданих йому законом прав.

Права захисника як учасника процесу при провадженні кримінальної справи та одночасно як представника підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого з моменту допуску до участі у справі виписано у ч. 2 ст. 48 КПК, а щодо захисника-адвоката — і в ст. 6 Закону про адвокатуру. Стосовно основної, центральної стадії судочинства — судового розгляду — як права суб'єкта сторони захисту вони зазначені у ст.ст. 261 та 266 КПК, а щодо тих чи інших процесуальних ситуацій конкретизовані у відповідних нормах КПК та інших законодавчих актах України і визначені Україною міжнародних договорах. Усі ці права в доказовому аспекті можна поділити на три групи: 1) права — передумови здійснення захисту шляхом доказування; 2) права на участь у процесі доказування фактичних обставин справи при здійсненні доказової діяльності суб'єктами, які ведуть процес; 3) права, які дають можливість захисникові в межах кримінальної справи самостійно здійснювати доказову діяльність.

До першої групи належать права: 1) до першого допиту підозрюваного чи обвинуваченого мати з ним конфіденційне побачення, а після першого допиту — такі побачення без обмеження їх кількості та тривалості, мати побачення із засудженим чи з особою, до якої застосовано примусові заходи медичного чи виховного характеру (п.п. 1, 2 ч. 2 ст. 48 КПК), на побачення з підсудним (ст. 266 КПК); 2) ознайомлюватися з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного чи обрання запобіжного заходу або пред'явлення обвинувачення, а після закінчення досудового слідства — з усіма матеріалами справи (п. 3 ч. 2 ст. 48 КПК); 3) бути присутнім на допитах підозрюваного, обвинуваченого та при виконанні інших слідчих дій, виконуваних з їх участю або за їх клопотанням чи клопотанням самого захисника, а при виконанні інших

¹ З етичних міркувань цю справу тут не наведено.

слідчих дій — з дозволу дізнавача, слідчого (п. 4 ч. 2 ст. 48 КПК); 4) застосовувати науково-технічні засоби при провадженні тих слідчих дій, у яких бере участь захисник, а також при ознайомленні з матеріалами справи — з дозволу особи, яка провадить дізнання, чи слідчого, а в суді, якщо справа розглядається у відкритому судовому засіданні, — з дозволу судді чи суду (п. 5 ч. 2 ст. 48 КПК); 5) брати участь у судових засіданнях (п.п. 8, 12 ч. 2 ст. 48, ст. 391, ч. 3 ст. 400¹⁰ КПК); 6) знати про принесені в справі подання прокурора, апеляції (п. 11 ч. 2 ст. 48 КПК).

До другої групи можна віднести права: 1) будучи присутнім на допитах та при виконанні інших слідчих дій на досудовому слідстві робити заяви, зауваження, заявляти клопотання та своїм підписом посвідчувати протокол слідчої дії (ст.ст. 48, 176, 188 та ін. КПК); 2) при провадженні додаткових слідчих дій через слідчого задавати питання свідкові, потерпілому, експертові, спеціалістові та обвинуваченому, а також клопотати про занесення до протоколу обставин, які мають значення для справи (ст. 224 КПК); 3) ставити в судовому засіданні питання підсудним, потерпілому, свідкам, експертові, спеціалістові, позивачеві і відповідачеві, брати участь у дослідженні інших доказів (п. 7 ч. 2 ст. 48, ст. 261, ч. 1 ст. 266 КПК); 4) подавати докази (ч. 2 ст. 66 КПК); 5) заявляти клопотання про витребування і приєднання до справи нових виправдовувальних доказів та доказів, що пом'якшують відповідальність, та доводити перед судом їх переконливість (п. 4 ч. 3 ст. 129 Конституції України, п. 8 ч. 2 ст. 48, ст. 261, ч. 1 ст. 266 КПК); 6) висловлювати свою думку щодо клопотань інших учасників судового розгляду про витребування, подання і приєднання до справи нових доказів (п. 8 ч. 2 ст. 48, ст. 261, ч. 1 ст. 266 КПК).

До прав, які дають захисникові можливість самостійно здійснювати доказову діяльність, належать такі: 1) збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі, в тому числі запитувати та одержувати документи чи їх копії від громадян і юридичних осіб, ознайомлюватися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян (права на допроцесуальну доказову діяльність) (п. 13 ч. 2 ст. 48, ст. 261, ч. 2 ст. 266 КПК); 2) право виступати у судо-

вих дебатах (п. 9 ч. 2 ст. 48, ст. 261, ч. 2 ст. 266 КПК); 3) право на оскарження дій та постанов органу дізнання (ст. 110 КПК), оскарження дій та рішень слідчого і прокурора (ст.ст. 234, 236, 236⁻¹, 236⁻⁵ КПК); 4) оскарження процесуальних рішень суду (ст.ст. 261, 348, 384 КПК); 5) право подавати заперечення на принесені в справі подання прокурора, апеляції (п. 11 ч. 2 ст. 48 КПК), касаційні скарги і подання (ст. 387 КПК).

Звичайно, такий поділ (класифікація) прав захисника, пов'язаних з доказуванням, є значною мірою умовним. Найчастіше вони реалізуються одночасно, в іншій послідовності тощо. Наприклад, при заявленні клопотання про витребування нових доказів, обґрунтовуючи клопотання, захисник неодмінно мотивує його як шляхом оцінки тих чи інших доказів справи або всієї їх наявної сукупності, так і може обґрунтувати одночасно шляхом подання доказів, зібраних ним в порядку допроцесуальної діяльності. Додаткові матеріали як докази захисник вправі долучати до поданої ним апеляції на рішення суду першої інстанції (п. 6 ч. 1 ст. 350 КПК) або надавати додаткові матеріали безпосередньо при розгляді справи в суді апеляційної інстанції, реалізуючи своє право на участь у засіданнях суду при апеляційному розгляді справи (п. 12 ч. 2 ст. 48 КПК) тощо. Але в плані цього дослідження, з метою аналізу окремих видів повноважень та можливостей їх реалізації в процесі захисної доказової діяльності, він видається не лише можливим, а й доцільним.

2. Реалізація захисником права на конфіденційне побачення з підзахисним є надзвичайно важливим, а тому обов'язковим засобом — передумовою належного виконання ним своєї захисної функції, у тому числі, і в першу чергу, в доказовому аспекті.

Конфіденційне побачення захисника з підзахисним — це умова успішної організації захисту. Захисникові таке побачення необхідне для того, щоб з'ясувати безпосередньо в підзахисного про діяння, яке йому ставиться у вину, про докази на підтвердження чи спростування цього діяння. Під час побачення підзахисний повідомляє захисникові дані про себе, своє минуле, сім'ю, роботу, про свої взаєностосунки з потерпілим, іншими учасниками процесу, про характер та зміст слідчих дій, проведених з його участю тощо. Часто з бесіди на побаченні захисник дізнається те, чого немає в справі. Тому вже в результаті такої бесіди захисник може визначитися з необхідністю збирання даних, які можуть бути використані як докази предмета захисту, заявити слідчому чи суду потрібні клопотання.

Під час побачення захисник роз'яснює підзахисному його процесуальні права, в тому числі право відмови від дачі показань та правові наслідки такої відмови, свої права, повноваження слідчого, прокурора, суду, суть пред'явленого обвинувачення та його можливі правові наслідки, значення зібраних у справі доказів, у тому числі показань самого підзахисного тощо; з'ясовує справжні права підзахисного та законність його інтересів у справі, щоб визначитись із законністю форм, способів та методів захисту. Саме на побаченні закладається основа, так би мовити, "приведення в рух" прав підзахисного та формується, узгоджується і уточнюється їх спільна позиція захисту. Тому побачення з підзахисним — обов'язковий елемент захисту не лише на досудовому слідстві, а й в усіх наступних стадіях процесу¹.

Закон надає підзахисному і захисникові можливість бачитися наодинці, оскільки в присутності слідчого, суддів, інших осіб підзахисний з огляду на можливість погіршити своє становище чи з інших причин не може з'ясувати із захисником все, що його цікавить у зв'язку зі справою. Їх побачення мають проходити не лише сам на сам², а й в умовах повної взаємодовіри. Тому захисник з першої ж зустрічі з підзахисним повинен робити все, щоби таку обстановку створити. Обвинувачений, як слушно зазначив Ю. І. Стецовський, "чекає поради захисника, поради знаючого і досвідченого юриста. Не менш цінна і моральна підтримка, яку надає обвинуваченому захисник. Перед слідчим і судом повинна знаходитися не поникла, пригнічена людина, а обвинувачений, моральний стан якого не є перешкодою для надання всіх доводів на свій захист"³.

Особливо важливим у плані ефективності захисної діяльності є використання права на конфіденційне побачення до першого допиту підозрюваного чи обвинуваченого у випадках три-

¹ Досить ґрунтовно питання, пов'язані з першим знайомством адвоката з підзахисним і його конфіденційністю, розглянено І. Ю. Гловацьким (див.: *Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: Навч. посібник.* — К., 2003. — С. 134–140; 146–150).

² Слушним є твердження Я. П. Зейкана про те, що адвокати вважають загальноновизнаним повсюдним порушенням вимоги конфіденційності побачення, оскільки кабінети СІЗО, де вони відбуваються, обладнані підслуховувальними приладами та іншою апаратурою (*Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі.* — С. 24). Я, наприклад, у таких випадках практикую письмову форму спілкування з підзахисним.

³ *Стецовский Ю. И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника.* — М., 1982. — С. 29.

мання останніх під вартою, оскільки з причини незвичності обстановки, у яку вони потрапили, правової необізнаності, а то й зловживань з боку органу дізнання або слідчого, вони не в змозі адекватно на цьому етапі провадження у справі не лише здійснювати самозахист, а й правильно намітити і побудувати його.

Слід мати на увазі, що сьогодні особа, взята під варту, має право на побачення із захисником наодинці, без обмеження кількості побачень та їх тривалості, з моменту допуску захисника до участі у справі, підтвердженого письмовим повідомленням особи або органу, в провадженні яких перебуває справа, у вільний від виконання слідчих дій час. Адміністрація установи повинна забезпечити умови для проведення побачень (ч. 4 ст. 12 Закону про попереднє ув'язнення). Тому практика, коли для отримання побачення в слідчих ізоляторах Державного департаменту України з питань виконання покарань, гауптвахтах Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, в тюрмах, що виконують і функції слідчих ізоляторів, в ізоляторах тимчасового тримання, вимагають письмового дозволу слідчого чи суду, є неприпустимою. Прямим порушенням розглядуваного права захисника є випадки, коли він по дві-три доби проводить біля ІТТ, пробиваючись до підзахисного, не маючи можливості потрапити в середину, перевірити підстави відмови в допуску — “камери зайняті”, “обід”, а то і ще краще — “із затриманим працюють оперативні працівники”¹.

Безперечно, порядок першого побачення захисника із підзахисним вимагає чіткої нормативної регламентації у КПК, а можливо, й має бути предметом судового контролю. Нині ж долати цей негативний стан речей та домагатися здійснення свого законного права на побачення з затриманим (заарештованим) доводиться здебільшого шляхом оперативного наполег-

¹ Див.: Фріс П. Л., Малєєв А. Ю. Питання реформування кримінально-процесуального законодавства України та забезпечення рівності учасників кримінального процесу. // Адвокат. — 2002. — № 1. — С. 14.

Про інші перешкоди та незручності у наданні побачення захисникові з підзахисним та його реалізацією дивись: Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі... — С.24–25; Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі. — К.: Атіка, 2003. — С. 134–135. А про тактику захисту при перешкодженні в допуску захисника до ведення справи дивись: Алейников Григорій. Спасение обвиняемого — дело рук... // Юридическая практика. — 16 марта 2004г. — № 11 (325). — С. 1, 18–19; Алейников Г. І. Тактика захисту при перешкодженні органів досудового слідства в допуску захисника до ведення справи // Адвокат. — 2004. — № 8. — С. 11–15.

ливого звернення до прокурорів різних рівнів, оскільки нагляд за додержанням законодавства в місцях попереднього ув'язнення здійснюють саме Генеральний прокурор України і підлеглі йому прокурори відповідно до закону України “Про прокуратуру” (ч. 1 ст. 22 Закону про попереднє ув'язнення), а “тяганина”, яка при цьому має місце, охоплюється ст. 374 КК “Порушення права на захист”¹.

3. Конфіденційність побачення захисника з обвинуваченим, таємниця змісту спілкування повною мірою стосується їх листування між собою, в тому числі листування з обвинуваченим, який утримується під вартою, бо важко собі уявити стан, коли існує таємниця усного спілкування, а листування можуть контролювати, читати та фіксувати співробітники відповідної установи.

Заборона прослуховування телефонних розмов та перегляду кореспонденції (ст. 31 Конституції України, ст. 14⁻¹ КПК) повністю поширюється і на адвокатську таємницю. Причому винятки із конституційної гарантії таємниці листування, які можуть бути встановлені судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо, розглядуваного нами випадку не стосуються. Про це свідчить, до речі, практика Європейського Суду з прав людини, який в рішенні у справі Кемпбел (Campbell) проти Сполученого Королівства зазначив, що читання листів в'язня до і від адвоката може бути дозволено тільки за виняткових обставин, якщо адміністрація місця ув'язнення має розсудливу причину вважати, що адвокат та (або) його клієнт зловживають правом на конфіденційність листування та зміст листа може створити загрозу безпеці в'язниці, безпеці інших ув'язнених або інші небезпечні ситуації кримінального характеру, тобто не у зв'язку зі справою, у якій адвокат здійснює захист².

¹ Науково-практичний коментар до Закону України “Про адвокатуру” / Авт.-упоряд. Т. В. Варфоломєєва, С. В. Гончаренко. — К., 2003. — С. 57.

² Про практику Європейського Суду з прав людини та європейські стандарти з приводу конфіденційності побачень захисника з підзахисним та інші пов'язані з цим питання див.: Жуковська О. Л. Професійні права адвокатів у контексті прецедентної практики Європейського Союзу з прав людини // Адвокат — 2002. — №6. — С.17–18; Гончаренко С. В. Професійні права адвоката: європейські стандарти. // Там само — С.19–22; Науково-практичний коментар до Закону України “Про адвокатуру” / Авт.-упоряд. В. Т. Варфоломєєва, С. В. Гончаренко. — К., 2003. — С. 60–62.

4. Хоча в законі чітко записано, що з моменту участі у справі захисник має право до першого допиту підозрюваного чи обвинуваченого мати з ним конфіденційне побачення (п. 1 ч. 2 ст. 48 КПК) і так само чітко визначено права підозрюваного та обвинуваченого на побачення із захисником до першого допиту (ч. 2 ст. 43⁻¹, п. 8 ч. 1 ст. 142 КПК), іноді виникають конфлікти у визначенні самого моменту надання першого побачення. Деякі дізнавачі та слідчі, посилаючись на те, що підозрюваного, якщо він затриманий або якщо щодо нього обрано запобіжний захід у вигляді взяття під варту, має бути допитано негайно, а обвинуваченого негайно після його явки або приводу і в будь-якому разі обом не пізніше доби після затримання — пред'явлено обвинувачення (ч. 2 ст. 107, ч. 1 ст. 143 КПК), вважають, що захисник має право на конфіденційне побачення з підзахисним до ознайомлення з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного, а також повідомлення, у вчиненні якого злочину він підозрюється, чи обрання запобіжного заходу (п. 3 ч. 2 ст. 48 КПК) та, відповідно, до ознайомлення з матеріалами, якими обґрунтовується обвинувачення (п. 3 ч. 2 ст. 48 КПК).

Між тим, не може бути колізії між обов'язком слідчого (дізнавача) про терміновість допиту та вказаними правами захисника. Права захисника, як і обвинуваченого, в цих процесуальних ситуаціях мають пріоритет над обов'язком слідчого негайного допиту обвинуваченого (підозрюваного). Захисникові має бути надано і право побачення з обвинуваченим (підозрюваним) віч-на-віч, і право ознайомлюватися з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного чи обрання запобіжного заходу, або пред'явлення обвинувачення. Причому надання та реалізація останнього права повинні передувати побаченню, оскільки в іншому випадку побачення буде безпредметним, а виконання функції захисту присутністю при першому допиті дорівнюватиме нулю, що одне і те саме — названі права захисника будуть фікцією.

Зазвичай, коли слідчий (дізнавач) позбавляють захисника права на ознайомлення з відповідними матеріалами справи, захисники радять підзахисним відмовлятися від дачі показань, а потім наполягати на допиті після ознайомлення захисника з відповідними матеріалами справи, і в такий спосіб домагаються можливості здійснювати належним чином свою процесуальну функцію. Вважаю, що така тактика захисту є цілком право-

мірною, хоча на перший погляд може такою не видаватися. Тут діяльність адвоката слід, образно, звичайно, розглядати як свого роду крайню необхідність.

Можна, звичайно, іти й іншим шляхом, а саме оскаржувати дії слідчого як такі, що порушують права обвинуваченого (підозрюваного) на захист, та, оскільки не було дотримано правила доказування, в подальшому доводити недопустимість показань обвинуваченого (підозрюваного) на першому допиті як доказів¹. Але такий шлях, по-перше, є не виправдано довгим, а по-друге, не певним, адже Верховний Суд України у постанові № 8 від 24 жовтня 2003 р. “Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві” тлумачить це питання таким чином, що суд не може використовувати перші показання підозрюваного, обвинуваченого на підтвердження вини підсудного у вчиненні злочину, якщо особа, яка провадить дізнання, або слідчий порушили їх право на побачення із захисником “і за наявності заяви підозрюваного, обвинуваченого на побачення із захисником допитали його без участі останнього” (п. 6)².

Так чи інакше, захисник завжди повинен дотримуватися правила: чим раніше він зустрінеться з підзахисним, тим краще.

5. Із розглядуваним питанням у плані ефективності захисту тісно пов’язані ще два, не меншої ваги та також далеко не безспірні, а саме, які матеріали слідчий повинен надати захисникові для ознайомлення та чи вправі захисник зміст цих матеріалів повідомити підзахисному. Обидва ці питання пов’язані з таємницею слідства як з елементом принципу забезпечення доведеності вини (ст. 121 КПК, п. 3 ч. 3 ст. 129 Конституції).

Чинний КПК України, закріпивши право захисника ознайомлюватися з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного чи обрання запобіжного заходу або пред’явлення обвинувачення (п. 3 ч. 2 ст. 48 КПК), не розкриває змісту поняття “матеріалів, якими обґрунтовується..”, і не дає їх переліку, а в літературі єдності думок з цього питання немає. Одні процесуалісти вважають, що вирішення цього питання залежить від розсуду слідчого³, інші — що захисникові слід

¹ Стецовский Ю. И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника, — С. 32.

² Постанови Пленуму Верховного Суду України. — С. 243.

³ Цыпкин А. Л. Очерки советского уголовного судопроизводства. — Саратов, 1975. — С. 111.

пред'являти лише матеріали, покладені в основу того чи іншого рішення¹, ще інші вдаються до переліку таких матеріалів², нарешті, низка вчених вважає, що захисникові слід надавати усі відповідні матеріали справи³.

Безперечно, матеріалами справи, якими обґрунтовується прийняття слідчим вказаних процесуальних дій та рішень, є всі наявні у справі матеріали на момент їх здійснення, що з погляду слідчого дають підстави затримати особу як підозрювану, обрати запобіжний захід або пред'явити обвинувачення. Між тим, навряд чи з точки зору інтересів слідства, слідчої таємниці зокрема, захисник вправі вимагати, а слідчий зобов'язаний надавати такі матеріали для ознайомлення в повному обсязі. Крім того, що передчасне розголошення усіх матеріалів справи може ускладнити подальше збирання та перевірку доказів, воно, з іншого боку, може зашкодити репутації осіб, залучених до сфери провадження справи, вину яких ще не встановлено судом. Тому слід визнати, що це поняття вужче та їх перелік (сукупність) слід визначати шляхом системного тлумачення процесуального закону щодо кожної з наведених процесуальних ситуацій та виходячи із специфічних особливостей кожної окремої кримінальної справи.

Згідно із законом (ст. 106 КПК) орган дізнання вправі затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі, лише при наявності однієї з таких підстав: 1) якщо цю особу застали при вчиненні злочину або безпосередньо після його вчинення; 2) якщо очевидці, в тому числі й потерпілі, прямо вкажуть на цю особу, що саме вона вчинила злочин; 3) якщо на підозрюваному або на його одягу, при ньому або в його житлі буде виявлено явні сліди злочину.

За наявності інших даних, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні злочину, її може бути затримано у разі, якщо ця особа намагалася втекти, або якщо вона не має постійного місця проживання, або якщо не встановлено особу підозрюваного.

¹ Алексеев Н. С., Даев В. Г., Кокорев Л. Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. — Воронеж, 1980. — С. 136–137.

² Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі. — С. 28.

³ Стецовский Ю. И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника. — М., 1982. — С. 46–47.

Про кожен випадок затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, орган дізнання зобов'язаний скласти протокол із зазначенням підстав, мотивів, дня, години, року, місяця, місця затримання, пояснень затриманого, часу складення протоколу про роз'яснення підозрюваному в порядку, передбаченому ч. 2 ст. 21 КПК, права мати побачення із захисником з моменту затримання, який підписують особа, яка його склала, і затриманий.

Тож, захисник з моменту допуску до участі у справі вправі вимагати для ознайомлення щонайменше: 1) постанову про порушення кримінальної справи; 2) протокол затримання; 3) протокол про роз'яснення підозрюваному його права мати побачення із захисником з моменту затримання.

Ознайомлення з цими процесуальними документами має багатопланове значення як передумова для організації захисту взагалі, так і для визначення методики та тактики захисту.

Із постанови про порушення кримінальної справи захисник дістає відомості про злочин, у вчиненні якого підозрюється підзахисний, а також дані про приводи порушення справи. Тому під час побачення з підозрюваним він, по-перше, в змозі предметно обговорити з ним предмет підозри, а отже, узгодити предмет захисту та попередньо визначитися з його напрямком. По-друге, захисник у такий спосіб з'ясовує законність затримання з підстави тяжкості злочину, у вчиненні якого підозрюється підзахисний, та у законності приводів та підстав самого факту порушення справи. Отже, уже на цьому етапі провадження у справі захисник має певні вихідні дані для оскарження прокуророві чи до суду як рішення слідчого про затримання, так і рішення про порушення кримінальної справи в частині приводів, порядку та підстав її порушення.

А оскільки однією із складових права на захист є забезпечення сторони захисту можливістю надати суду докази в обґрунтування своєї позиції та висловити свою думку з приводу позиції протилежної сторони, захисникові, для адекватного обрання такої позиції, необхідно ознайомитися також з матеріалами справи, що були приводами до порушення справи. Отже, захисник вправі вимагати для ознайомлення документи справи, які були приводами порушення справи, щоби переконатися, чи відповідають вони приписам ч. 1 ст. 94 КПК і ст.ст. 95, 96 КПК, та документи, зібрані до порушення справи, які міс-

тять достатні дані, що вказують на наявність ознак злочину (ч. 2 ст. 94 КПК).

Приводами для порушення кримінальної справи закон називає:

- 1) заяви або повідомлення підприємств, установ, організацій, посадових осіб, представників влади, громадськості або окремих громадян;
- 2) повідомлення представників влади, громадськості або окремих громадян, які затримали підозрювану особу на місці вчинення злочину або з речовим доказом;
- 3) явку з повинною;
- 4) повідомлення, опубліковані в пресі;
- 5) безпосереднє виявлення органом дізнання, слідчим прокурором або судом ознак злочину (ч. 1 ст. 94 КПК).

Фактичні дані про ознаки складу злочину містять як документи — приводи до порушення кримінальної справи, так і документи, що містять результати перевірки перших: пояснення громадян чи посадових осіб, витребувані документи, документи, складені шляхом проведення оперативно-розшукової діяльності (ч.ч. 4, 5 ст. 97 КПК). Це протоколи обшуку, виїмки, огляду з відповідними додатками до них (ч. 5 ст. 97, ст.ст. 177, 178 і 190 КПК). Такі дані можуть міститися у протоколах слідчих дій, здійснених до порушення кримінальної справи: протоколах огляду, виїмки або затримання кореспонденції, зняття інформації з каналів зв'язку та її дослідження (ст. 187¹ КПК), протоколах огляду місця події (ст. 190 КПК).

Нарешті, захисник має право ознайомлюватися з протоколами слідчих дій, проведених з участю підозрюваного, а також з іншими документами, які пред'являлися або повинні були пред'являтися підозрюваному, як, наприклад, матеріалами експертиз, якщо експертизи проводилися до притягнення особи як обвинуваченого (ч. 3 ст. 202 КПК).

Всі названі наявні матеріали справи захисник вправі вимагати для ознайомлення, і слідчий цю вимогу мусить задовольнити в повному обсязі. В іншому випадку його дії слід розцінювати як пряме порушення права підозрюваного на захист.

Ознайомлення з протоколом затримання підозрюваного та протоколом роз'яснення права мати побачення із захисником з моменту затримання є важливим з погляду з'ясування законності фактичних підстав затримання та можливого оскарження затримання до суду. А оскільки дані про це містять документи

справи про те, що особу застали при вчиненні злочину або безпосередньо після його вчинення, що особа намагалася втекти або вона не має постійного місця проживання тощо (ч.ч. 1, 2 ст. 106 КПК), всі ці документи також має бути надано захисникові для ознайомлення.

Аналогічні матеріали справи і також з метою оскарження до суду повинні надаватися захисникові для ознайомлення при обранні щодо обвинуваченого запобіжного заходу, тобто постанова (ухвала) про обрання запобіжного заходу та всі без винятку документи, в яких містяться дані про підстави його обрання (ч. 2 ст. 165⁻¹ КПК). Правило, сформульоване Верховним Судом України у постанові Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 “Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства” — такі матеріали вивчаються суддею “у режимі, що забезпечує нерозголошення даних досудового слідства. Ознайомлення в цьому випадку з кримінальною справою підозрюваного, обвинуваченого, їхніх захисників чи законних представників у суді законом не передбачено” (п. 6)¹, слід визнати протиправною правотворчістю Верховного Суду. Таке зі змісту ст. 165⁻² КПК не випливає. Яку думку і про що може висловити захисник, реалізуючи своє право, передбачене у ч. 5 ст. 165⁻² КПК, якщо він не знає, про що йдеться у наданих суду матеріалах справи?² Навпаки, суддя повинен забезпечити це право (п. 6 ч. 3 ст. 129, ст. 59 Конституції України) і забезпечити саме наданням можливості “ознайомлюватися з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного чи обрання запобіжного заходу” — записано в п. 3 ч. 2 ст. 48 КПК. Вважаю, що Верховному Суду України слід було б якнайшвидше переглянути написане у постанові Пленуму.

Використання захисником права ознайомлюватися з матеріалами, якими обґрунтовується пред’явлення обвинувачення, також ускладнено прогалинами закону. В законі ні характер, ні обсяг таких матеріалів не регламентовано. На мій погляд, на цьому етапі провадження у справі захисникові повинні пред’являтися для ознайомлення усі матеріали, на яких ґрун-

¹ Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах... — С. 264.

² Див. також: *Кутовой В.* Реализация защитником своих прав // Юридическая практика. — 16 марта 2004 г. — № 11 (325). — С. 23.

тується обвинувачення. І обов'язок слідчого надати такі матеріали, виконання якого, до речі, може бути проконтрольоване захисником при ознайомленні з усіма матеріалами справи після закінчення її розслідування, з усіма наслідками, які звідси випливають¹.

Хоча в ст. 131 КПК йдеться про те, що коли є досить доказів, які вказують на вчинення злочину певною особою, слідчий виносить мотивовану постанову про притягнення цієї особи як обвинуваченого, — в ст. 132 КПК, якою регламентовано структура та зміст постанови, такої вимоги немає. Стосовно самої суті обвинувачення закон приписує зазначати у ній лише “злочин, у вчиненні якого обвинувачується дана особа, час, місце та інші обставини вчинення злочину, наскільки вони відомі слідчому, і стаття кримінального закону, якою передбачено цей злочин. Коли обвинувачений притягається до відповідальності за вчинення кількох злочинів, що підпадають під ознаки різних статей кримінального закону, в постанові про притягнення як обвинуваченого повинно бути вказано, які саме дії ставляться обвинуваченому в вину по кожній з цих статей” (ч.ч. 1, 2 ст. 132 КПК). Мотивування, тобто обґрунтування поставленого особі у вину обвинувачення зібраними по справі доказами, тут не вимагається. Не мотивуються постанови про притягнення особи як обвинуваченого і на практиці.

За такого стану речей на цьому етапі провадження у справі із усіх прав обвинуваченого, пов'язаних з доказуванням, закріплених у ст. 142 КПК, на перший погляд, реально забезпеченим є лише право знати, в чому його обвинувачують, оскільки слідчий зобов'язаний роз'яснити обвинуваченому суть пред'явленого обвинувачення та вручити копію постанови про притягнення як обвинуваченого (ч. 2 ст. 140 КПК). Не маючи жодного уявлення про докази, що дали підстави слідчому притягти його як обвинуваченого, останній повністю позбавлений можливості протиставляти контрдоводи шляхом використання наданих йому прав “заявляти клопотання про допит свідків, про проведення очної ставки, про проведення експертизи і приєднання до справи доказів...” (п. 4 ст. 142 КПК). Якщо ж вважати, що і захисник не вправі на етапі пред'явлення обвинувачення знати про обвинувальні докази справи, то слід виз-

¹ Див. також: Михайленко А. Р. Расследование преступлений: законность и обеспечение прав граждан. Научно-практ. издание. — К., 1999. — С. 312.

нати, що проголошені в КПК права обвинуваченого та його захисника, пов'язані з активним та предметним здійсненням функції захисту, та конституційна засада "забезпечення обвинуваченому права на захист" (п. 6 ч. 3 ст. 129 Конституції України), є фікцією.

Очевидно, що це не так. Одним із призначень засад судочинства, кримінального судочинства зокрема, як норм вищого ступеня нормативності, які визначають спрямованість і побудову кримінального процесу в цілому, форму і зміст його стадій та інститутів¹, полягає саме у тому, що вони відіграють роль ціннісного орієнтира при тлумаченні правових норм та подоланні прогалин законодавства.

Складовими засади забезпечення обвинуваченому права на захист є власне інститут захисту, який уособлюють наділені відповідними процесуальними правами для належного виконання покладеної на них функції захисники обвинувачених та процесуальний обов'язок осіб, що здійснюють провадження у справі, реально забезпечити захисникам можливість для повноцінної реалізації ними своїх прав. У розглядуваній нами процесуальній ситуації реальним забезпеченням з боку слідчого прав захисника в його доказовій діяльності, а отже, і відповідних прав обвинуваченого, є ні що інше, як надання можливості спростування доводів обвинувачення. Це неможливо без знання цих доводів, тобто без ознайомлення з усіма матеріалами справи, на яких ґрунтується пред'явлене обвинувачення. Тому положення п. 4 ч. 2 ст. 48 КПК про те, що з моменту допуску до участі у справі захисник має право "ознайомлюватися з матеріалами, якими обґрунтовується пред'явлення обвинувачення", слід тлумачити не обмежувально, а буквально.

6. До такого висновку доводить й тлумачення закону іншим шляхом, а саме його функціональне тлумачення.

Процесуальний закон на кожному етапі досудового слідства аж до його закінчення не наділяє обвинуваченого правом ознайомлюватися з будь-якими матеріалами справи, що містять у собі доказову інформацію, окрім висновку експерта. Таке право передбачено лише стосовно захисника. Але захисник, як ми з'ясували вище, є одночасно самостійним учасником процесу, повноважним представником обвинуваченого (ч. 1 ст. 44

¹ Михеєнко М. М., Нор В. Т.; Шибіко В. П. Кримінальний процес України. — К., 1999. — С. 35.

КПК) та зобов'язаний використовувати передбачені в законі засоби захисту з метою з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення (ч. 1 ст. 48 КПК).

Ознайомлення з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного або пред'явлення обвинувачення, конфіденційне побачення з підозрюваним чи обвинуваченим — законні засоби здійснення захисту. Зміст конфіденційного побачення захисника з підзахисним законом не регламентовано, а отже, нічим не обмежено і ніким обмежено бути не може. З цього з логічною законною необхідністю випливає, що результат ознайомлення захисника з відповідними матеріалами справи — доказами, обов'язковий предмет обговорення конфіденційного побачення довірителя (обвинуваченого) та уповноваженого довіреного (захисника). У цьому сенсі в силу функціонального взаємозв'язку між собою захисник обвинуваченого з наданими йому правами є виразником його інтересів та ніби “доповнювачем” його прав та їх “реалізатором”. Тільки таким і не інакше є функціональне навантаження розглядуваних норм закону про права захисника. Якщо ж розглядати цю проблему по-іншому — сенс для обвинуваченого мати до закінчення розслідування справи захисника є мізерний, бо якщо захисник “не працює на обвинуваченого” (а на себе він не працює також, і не вправі “працювати на слідчого, на обвинувачення”), то він “не працює” ні на кого і ні на що, він зайвий.

7. Під таким кутом зору однозначною є відповідь і на друге із поставлених нами питань, пов'язаних з таємницею слідства. Повідомлення захисником підзахисному матеріалів, якими обґрунтовується затримання підозрюваного чи обрання запобіжного заходу або пред'явлення обвинувачення, не є розголошенням даних досудового слідства в сенсі приписів ст. 121 КПК, а законним і обов'язковим елементом ефективної діяльності захисника на досудовому слідстві.

Стаття 121 КПК дійсно приписує, що дані досудового слідства можна оголосити лише з дозволу слідчого або прокурора і в тому обсязі, в якому вони визнають можливим. В необхідних випадках слідчий попереджає осіб, яким стали відомі дані досудового слідства, в тому числі захисника, за винятком підозрюваного та обвинуваченого, про обов'язок не розголошувати без його дозволу даних досудового слідства. Винні в розголошенні даних досудового слідства несуть кримінальну відповідальність за ст. 387 КК.

Між тим, об'єктивна сторона вказаного злочину характеризується розголошенням даних досудового слідства третім¹, стороннім² особам. А обвинуваченого (підозрюваного) ніяк не можна віднести у справі, що провадиться стосовно нього, ні до третьої, ні до сторонньої особи. Більше того, усі дані матеріалів справи, пов'язані з його кримінальним переслідуванням, це дані про нього і діяння, яке йому ставиться у вину. Тому захисник, як учасник процесу і представник прав та законних інтересів обвинуваченого, просто не вправі приховати від обвинуваченого жодних відомих йому відомостей із кримінальної справи. Інтереси таємниці слідства не можуть переважати права обвинуваченого на самозахист та захист за допомогою захисника і обмежувати конституційний принцип забезпечення цих прав. Сперечатися сьогодні можна лише стосовно відомостей, що становлять державну таємницю, та й то тільки в аспекті неврегульованості цієї проблеми в законодавстві³.

8. Досить важливою передумовою й одночасно засобом захисту є ознайомлення захисника з усіма матеріалами справи⁴. Ознайомлення з матеріалами закінченої розслідуванням кримінальної справи дає змогу захисникові перевірити, по-перше, всебічність, повноту та об'єктивність дослідження слідчим фактичних обставин справи, по-друге, правильність кваліфікації дій підзахисного, і, по-третє, з'ясувати, чи дотримано слідчим при розслідуванні справи вимог норм кримінально-процесуального закону. В кінцевому підсумку повне знання матеріалів справи, а отже, всіх доказів, зібраних на досудовому слідстві, дає можливість захисникові остаточно визначитися разом із підзахисним зі своєю правовою позицією по справі на даному

¹ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. М. О. Потебенька, В. Г. Гончаренка — К., 2001. — С. 785; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Відповід. ред. С. С. Яценко. — К., 2002. — С. 829.

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — К., 2001. — С. 815.

³ Див. наприклад: *Погорецький М. А.* Захисник — суб'єкт доказування в кримінальному процесі України // Судова реформа в Україні. — С. 29–30.

⁴ Див. також: *Зейкан Я. П.* Захист у кримінальній справі. — С. 95–108; *Гловацький І. Ю.* Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі. — С. 195–220; *Маляренко В. Т.* Кримінальний процес України: стан та перспективи розвитку. — С. 241–253.

етапі та намітити конкретні шляхи її реалізації в суді¹.

Закон встановлює, що, визнавши зібрані докази достатніми для складання обвинувального висновку і виконавши вимоги ст. 217 КПК, тобто ознайомивши з матеріалами справи потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача та здійснивши інші пов'язані з цим процедури, слідчий зобов'язаний оголосити обвинуваченому, що слідство у його справі закінчено і що він має право на ознайомлення з усіма матеріалами справи як особисто, так і за допомогою захисника. Про те, що обвинуваченому оголошено про закінчення слідства і пред'явлено матеріали справи для ознайомлення, зазначається в протоколі про оголошення обвинуваченому про закінчення слідства і пред'явлення йому матеріалів справи.

Якщо у справі бере участь захисник, слідчий надає можливість ознайомитися з усіма матеріалами справи і захисникові, про що складає окремий протокол.

При цьому пред'явлення матеріалів справи має бути відкладено до явки захисника, але не більше, ніж на три дні. За неможливості для обраного обвинуваченим захисника з'явитися в цей строк, слідчий вживає заходів, передбачених ч.ч. 4 і 6 ст. 47 КПК.

Матеріали досудового слідства пред'являються для ознайомлення прошитими і пронумерованими. Матеріали про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, для ознайомлення не пред'являються і зберігаються окремо від кримінальної справи.

Обвинуваченого і його захисника не можна обмежувати в часі, потрібному їм, щоб ознайомитися з усіма матеріалами справи (ст. 218 КПК).

Захисник обвинуваченого при ознайомленні з матеріалами справи має право: робити виписки, мати побачення з обвинуваченим віч-на-віч, роз'яснювати обвинуваченому зміст обвинувачення, обмірковувати з обвинуваченим питання про заяв-

¹ В літературі наполегливо ставиться питання про те, що з метою більш ефективного забезпечення законності в кримінальному судочинстві і підвищення ролі участі захисника на досудовому слідстві, захисника слід наділити правом після ознайомлення з всіма матеріалами справи складати так званий "захисний акт (висновок)" (див.: *Побегайло Г. С.* К вопросу о дальнейшей демократизации советской адвокатуры // Труды Воронежского госуниверситета. — Воронеж, 1970. — Т. 88. — С. 132; *Надь Л.* Приговор в уголовном процессе: Пер. с венг. — М., 1982. — С. 215; *Михайленко А. Р.* Расследование преступлений: Законность и обеспечение прав граждан. — С. 313.

лення клопотань, надавати докази, заявляти відводи, оскаржувати дії та рішення слідчого і прокурора (ст. 219 КПК).

З наведених приписів закону особливу увагу слід звернути на таке.

Захисникові, як і обвинуваченому, повинні бути пред'явлені для ознайомлення всі без винятку матеріали справи незалежно від того, чи стосуються вони безпосередньо пред'явленого обвинувачення.

Усі отримані та складені в процесі розслідування документи мають обов'язково міститися в справі. Їх ніхто не має права знищити, вилучити тощо. Тому закон і приписує пред'являти матеріали справи прошитими та пронумерованими, а практика напрацювала правило, що вони ще й описуються слідчим. Для контролю за повнотою долучених до справи матеріалів, отриманих слідчим від органу дізнання, надісланих установами (в т. ч. експертними), підприємствами, організаціями чи окремими громадянами, а також матеріалів, виділених з іншої кримінальної справи, доцільно звіряти їх кількість з даними, вказаними в супровідних листах.

Якщо розглядати виділену справу як паралельне провадження з основною, то захисник вправі вимагати для ознайомлення матеріали основної справи в обсязі на момент виділення іншої справи, оскільки серед таких матеріалів можуть бути істотні з погляду захисту документи, в тому числі докази (показання інших обвинувачених, свідків, потерпілих, документи, експертизи тощо) та прийняті у справі рішення, копії яких з тих чи інших причин не виділялися.

До справи має бути долучено вказівки прокурора, начальника слідчого відділу слідчому, оскільки вони даються у письмовій формі та є процесуальними документами (ст.ст. 227, 114¹ КПК). Ознайомлення з такими вказівками поряд з іншими матеріалами справи дає можливість захисникові з'ясувати, принаймні, чи виконані вони слідчим та в якому обсязі. Крім того, у справі повинні міститися усі скарги на дії та рішення органу дізнання, слідчого, прокурора, судді, матеріали їх розгляду та прийняті рішення.

Обов'язковим об'єктом ознайомлення захисника є також речові докази, в тому числі ті, що зберігаються окремо, матеріали, що містяться в закритих та опечатаних конвертах, всі, так звані, додатки до справи тощо.

Без детального ознайомлення захисника з матеріалами справи повноцінний захист просто неможливий. Свого часу А. Ф. Коні як прокурор, але це повністю стосується також захисника, писав: “На перший план я, звичайно, вважав за необхідне ставити вивчення справи у всіх її складових, вдумуючись у видозміну показань одних і тих же осіб при дізнанні та слідстві та ознайомлюючись особливо старанно з речовими доказами”¹.

Поміж іншим, незнання захисником усіх матеріалів справи дає обвинуваченому достатню підставу для відмови від захисника, і такі випадки не є поодинокими.

9. Захисник має знайомитися з усіма матеріалами справи не лише по закінченню досудового слідства, а й на усіх наступних стадіях процесу, а то і його етапах. Річ у тім, що до справи без участі захисника можуть долучатися нові матеріали. Ознайомлення ж з протоколами попереднього розгляду справи суддею, судового засідання суду першої та апеляційної інстанції взагалі є обов’язковим компонентом захисту як з огляду можливої необхідності принесення на них зауважень, так і предметності оскарження судових рішень та участі у справі за подальшого її провадження. При постановленні рішення колегіальним судом у справі може з’явитися письмова окрема думка судді, який залишився в меншості. Вона оголошенню не підлягає (ч. 1 ст. 339 КПК). Між тим, закон не містить заборони ознайомлюватися захисникові з цим документом та посилатися на нього у своїх скаргах. Нарешті, суд одночасно з вироком може винести окрему ухвалу (постанову) з тих чи інших питань, яку не зобов’язаний оголошувати, але якою можуть істотно зачіпатися права та законні інтереси підзахисного та, іноді, самого захисника. Тому висловлені в літературі пропозиції про необхідність істотного обмеження учасників процесу, в тому числі захисника у праві на ознайомлення з усіма матеріалами справи на усіх стадіях процесу, є неприйнятними.

Захисник може вступити в процес на будь-якій його стадії. І вже тільки з цієї підстави гостро постає проблема необхідності суттєвого розширення права захисника на ознайомлення з усіма матеріалами справи, а не в його обмеженні, причому на ознайомлення з моменту його допущення у справу, а не у про-

¹ Коні А. Ф. Приемы и задачи прокуратури // Собр. соч. Т. 4. — М., 1967. — С. 149–150.

голошенні такого права в загальній формі. На підтвердження цього візьмемо ситуацію, коли захисник вступає у справу після закінчення розслідування. На етапі перебування справи у суді до прийняття суддею рішення за результатами попереднього її розгляду допущення захисника до участі у справі, а отже і ознайомлення з матеріалами справи, законом не передбачено. Захисник допускається (призначається) до участі у справі на стадії попереднього розгляду справи суддею лише у випадку призначення справи до судового розгляду (ст. 245 КПК), лише на етапі вирішення суддею питань, які підлягають вирішенню у зв'язку з підготовкою справи до судового розгляду (п. 2 ч. 1 ст. 253 КПК), і тільки після призначення справи до судового розгляду суддя повинен забезпечити учасникам процесу, в тому числі захисникові, право на ознайомлення з матеріалами справи (ст. 255 КПК). Отже, законодавчо сьогодні ця ситуація врегульовано так, що захисник фактично виключається зі стадії попереднього розгляду справи суддею. Він жодним чином не може вплинути не тільки на рішення, які суддя приймає за результатами попереднього розгляду справи (ст. 244 КПК), а й повністю позбавлений передбаченої законом для учасників судового розгляду можливості забезпечити свою доказову захисну діяльність під час судового слідства у справі (п. 5 ч. 1, ч.ч. 2, 3 ст. 253 КПК та ін.)¹. Аналогічною є ситуація з допущенням захисника до участі в справі та ознайомленням з її матеріалами на етапі попереднього розгляду справи апеляційним судом (ст.ст. 356–359 КПК). Не краща вона й у касаційному суді (ст.ст. 388–389 КПК).

Для належного ознайомлення захисника (як і інших учасників процесу) з усіма матеріалами справи, можливості робити з неї виписки, мати побачення з обвинуваченим віч-на-віч та обмірковувати з ним питання, пов'язані з захистом, слідчий (а у наступних стадіях процесу — суд) зобов'язаний створити необхідні умови, що, на превеликий жаль, сьогодні в Україні в сфері кримінального судочинства є однією з невирішених проблем і, здебільшого, не з вини слідчого (суду). Хоча тепер ні під жодним приводом слідчий не вправі обмежити строк ознайомлення обвинуваченого та його захисника зі справою (ст. 218 КПК в ред. Закону від 3 квітня 2003 р.), а отже, не

¹ Див. про це також: Бірюкова А. М. Деякі питання участі захисника при попередньому розгляді справи // Адвокат. — 2003. — № 5. — С. 16–17.

вправі складати та вимагати від обвинуваченого та захисника підписувати різного роду графіки, відомості тощо.

10. Ознайомлення захисника з матеріалами закінченої розслідування справи, виписування з неї необхідних матеріалів, є трудомісткою, особливо у справах багатоепізодних, багатотомних, але надто відповідальною роботою.

Безперечно, ідеальним вирішенням питання було б копіювання справи у повному її обсязі за допомогою того чи іншого технічного засобу, навіть за рахунок сторони захисту. Цього робити закон не забороняє, тому іноді захисники у деяких справах таке практикують. Відомий російський юрист П. Сергеїч (П. С. Пороховщиков)¹ радив захисникам, стосовно суду присяжних: “Перепишіть власноручно всю справу від першого до останнього аркуша..., щоб в судовому засіданні перед вами була така ж справа, яка лежить перед головоючим; за цієї умови ви будете таким самим господарем справи, як і він, інакше будете іграшкою в його руках”².

Однак необхідність мати у переведенні захисника копію справи виникає далеко не завжди. Тут все залежить від особливостей самої справи. Між тим, необхідні виписки зі справи захисник зобов’язаний робити, по можливості, дослівно, із зазначенням аркушів, дати складання процесуальних документів тощо, оскільки, в протилежному разі, захисник позбавить себе можливості, з одного боку, предметно посилатися в скаргах, клопотаннях, у виступах, при допитах в суді тощо на необхідні дані зі справи, а з іншого, оскільки справа з тих чи інших причин (відсутності судді, витребування справи і т. ін.) не може в необхідний момент бути надана захисникові для ознайомлення, взагалі може позбавити себе можливості здійснити належним чином захист.

Право захисника робити виписки зі справи означає, що він може мати у своєму переведенні інформацію не тільки з письмових матеріалів, а й усю іншу: з фото-, відео-, аудіоносіїв, речових доказів (їх знімки, відбитки тощо) і т. ін. Така інформація з її носієм може знадобитися як сама по собі в інтересах захисту за її змістом, так і як об’єкт дослідження фахівцями з

¹ У літературі іноді П. Сергеїча називають адвокатом. Ні адвокатом (ні приватним, ні присяжним повіреним) він ніколи не був. П. Сергеїч, виходець із заможної дворянської сім’ї з 1889 по 1917 рік працював лише на високих прокурорських та суддівських посадах.

² Сергеич П. Уголовная защита. — Спб., 1913. — С. 22.

питань, що потребують спеціальних знань, письмові висновки яких захисник-адвокат вправі отримувати згідно зі ст. 6 Закону про адвокатуру.

11. Право захисника ознайомлюватися з матеріалами справи та робити з них виписки, у сукупності з обов'язком надавати обвинуваченому необхідну юридичну допомогу при провадженні кримінальної справи (ч. 1 ст. 44 КПК) означає, що захисник повинен професійно допомагати у цьому своєму підзахисному.

Хоча закон не приписує в категоричній формі захисникові ознайомлюватися з матеріалами справи разом з обвинуваченим, але це повинно бути правилом, оскільки за спільного ознайомлення зі справою вони обидва можуть безпосередньо, без зайвих витрат часу уточнити та з'ясувати багато корисних для захисту моментів, узгодити спільну позицію захисту в усіх її деталях.

Закон передбачає, що про пред'явлення обвинуваченому та захиснику матеріалів справи для ознайомлення слідчий складає окремі протоколи (ч. 1 ст. 220, ч. 4 ст. 218 КПК). В них обов'язково зазначається, які саме матеріали (кількість томів і аркушів) були пред'явлені для ознайомлення, чи ознайомилися обвинувачений і захисник з матеріалами справи, протягом якого часу проходило ознайомлення зі справою та які клопотання були заявлені обвинуваченим і його захисником. Протокол пред'явлення обвинуваченому матеріалів справи досудового слідства підписують обвинувачений, слідчий і захисник, якщо він бере участь у справі (ст. 220 КПК).

У зв'язку із наведеним, слід обов'язково мати на увазі таке. Хоча захисник не завжди ознайомлюється з матеріалами справи в повному обсязі чи з їх частиною разом з підзахисним, підписувати протокол їм слід, щоб не було різного роду сумнівів та непорозумінь щодо цього етапу провадження справи, одночасно та в присутності один одного. Річ у тім, що порушення вимог КПК про обов'язковість пред'явлення обвинуваченому матеріалів розслідування для ознайомлення, як і про обов'язковість пред'явлення обвинувачення, є істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону, яке в будь-якому разі тягне скасування вироку (п. 1 ч. 2 ст. 370 КПК). А тому захисник в жодному випадку не може давати для цього не тільки підстав, а й приводів для підозри у недобросовісності виконання ним своїх професійних обов'язків.

12. Права захисника: бути присутнім на допитах підозрюваного, обвинуваченого та при виконанні інших слідчих дій, виконуваних з їх участю або за їх клопотанням чи клопотанням самого захисника, а при виконанні інших слідчих дій — з дозволу дізнавача, слідчого (п. 4 ч. 2 ст. 48 КПК)¹; застосовувати науково-технічні засоби при провадженні тих слідчих дій, в яких бере участь захисник, — з дозволу особи, яка провадить дізнання, чи слідчого, а у суді, якщо справа розглядається у відкритому судовому засіданні, — з дозволу судді чи суду (п. 5 ч. 2 ст. 48 КПК); брати участь у судових засіданнях (п.п. 8, 12 ч. 2 ст. 48, ст. 391, ч. 3 ст. 400¹⁰ КПК); ознайомлюватися з протоколом судового засідання (п. 10 ч. 2 ст. 48, ст. 88 КПК); знати про принесені в справі подання прокурора, апеляції (п. 11 ч. 2 ст. 48 КПК), також повинні використовуватися ним у повному обсязі². Їх реалізація важлива не лише з погляду фізичної присутності при виконанні судово-слідчих дій (хоча і це для підзахисного важливо), фіксації їх перебігу та результатів і т. д., а й як необхідна умова активної участі у розслідуванні та судовому розгляді (перегляді) кримінальної справи.

Річ у тім, що, наприклад, використання права бути присутнім при виконанні слідчим тих чи інших слідчих дій практично означає активну участь захисника у їх проведенні, в тому числі в плані виявлення, дослідження та процесуального закріплення доказової інформації. Зокрема, у нормі закону про протокол обшуку і виїмки на досудовому слідстві зазначено, що в нього заносяться всі заяви і зауваження присутніх під час обшуку або виїмки осіб, зроблені з приводу тих чи інших дій слідчого (ч. 2 ст. 188 КПК), а у нормі закону про огляд місця події на судовому слідстві прямо вказано, що захисник, як і інші учасники судового розгляду, має право при огляді звертати увагу суду на все те, що, на його думку, може сприяти з'ясуванню обставин справи (ч. 3 ст. 315 КПК). Наведені правила за аналогією закону поширюються, на мій погляд, на

¹ Слід зазначити, що сьогодні захисник значною мірою позбавлений активної участі на допитах, оскільки право захисника ставити запитання особам, яких допитують, Законом № 2533–111 від 21 червня 2000 р., скасовано.

² Про реалізацію захисником наведеної сукупності його прав див.: *Святоцький О. Д., Михеєнко М. М.* Адвокатура України. — К., 1997. — С. 109–115; *Зейкан Я. П.* Захист у кримінальній справі. — С. 25–27; *Головацький І. Ю.* Діяльність захисника-адвоката у кримінальному процесі. — С. 165–192.

проведення усіх інших судово-слідчих дій з виявлення та дослідження доказів.

13. Заявлення клопотань (п. 8 ч. 2 ст. 48 КПК) — один із найпоширеніших та дієвих засобів захисту взагалі та на досудовому слідстві зокрема¹.

Клопотання, як письмові чи усні прохання (звернення) захисника про здійснення слідчим тих чи інших процесуальних дій і прийняття рішень на користь обвинуваченого, можуть стосуватися різних питань: про доповнення досудового слідства проведенням слідчих дій для встановлення та з'ясування обставин, що виправдовують обвинуваченого чи пом'якшують його покарання; про закриття кримінальної справи з тих чи інших підстав у цілому чи в певній частині тощо. Вони можуть заявлятися на будь-якому етапі досудового слідства. Але в доказовому аспекті при заявленні клопотань захисникові необхідно дотримуватися щонайменше таких умов. Перша. Клопотання має ґрунтуватися на дійсних матеріалах справи і (чи) поданих додатково захисником. Без цього розраховувати на задоволення клопотання не доводиться. Заявлення клопотань у відриві від фактичної доказової бази справи створює лише видимість активності захисника та ніяк не позначається на ефективності його роботи. Від кількості заявлених клопотань якість захисту не залежить, скоріше навпаки.

Друга. Клопотання слід заявляти вчасно. Тут загального правила бути не може. Все залежить як від характеру самого клопотання, так і від специфіки справи та наявних у ній матеріалів. Наприклад, клопотання про збирання та закріплення виправдувальних доказів, які з певних причин не можуть існувати тривалий час, необхідно заявляти терміново. Клопотання про закриття кримінальної справи зі звільненням особи від кримінальної відповідальності з підстав, передбачених ст.ст. 7–11¹ КПК може заявлятися лише у разі, якщо у справі встановлені всі обставини, з якими закон пов'язує прийняття саме такого рішення, та є всі процесуальні умови для його прийняття. Клопотання про закриття кримінальної справи за недоведеності участі обвинуваченого у вчиненні злочину (п. 2 ст. 213 КПК) зазвичай заявляють, якщо слідчим вичерпано всі можливості зі збирання додаткових доказів. Іноді цілком обґрунтова-

¹ Цей засіб захисту досить детально висвітлено: *Варфоломеева Т. В.* Защита в уголовном судопроизводстве. — К., 1988. — С. 114–134.

не клопотання, наприклад, про дослідження певних доказів про обставини, що виправдовують обвинуваченого, якщо є підстави для побоювання, що протилежна сторона може їх знищити, сфальсифікувати і т. ін., досвідчені захисники приримують, часто аж до судових стадій процесу і це є правомірним та, як правило, виправданим. Коли заявляти клопотання — один із елементів тактики у роботі захисника у справі, у яку втручатися жодним чином ніхто (окрім, звичайно, підзахисного) не вправі.

Третя. Клопотання може заявлятися, якщо захисник впевнений, що його задоволення буде на користь обвинуваченого. Якщо захисник не переконаний у цьому, а заявляє клопотання “про всяк випадок” і “випадок” виявляється корисним обвинуваченню, такий захист навіть важко назвати недбалістю. Практика знає безліч прикладів, коли захисники мають певні відомості про нові докази і належність їх до справи, які невідомі слідчому, і, не переконавшись у їх дійсному змісті, заявляють клопотання про їх збирання, чим перекреслюють як свою захисну діяльність, так і захист, здійснюваний обвинуваченим. У таких випадках захисники просто перебирають на себе функцію слідчого з виявлення усіх доказів по справі та забувають про наявність підстави закриття справи (виправдання), передбаченої п. 2 ст. 213 КПК, — одного з видів предмета захисту.

Четверта. Клопотання обов'язково слід обмірковувати з підзахисним. Хоча в законі обмірковування питання про заявлення клопотань визначено як право захисника, сформульоване воно для етапу роботи захисника із закінченою розслідуванням справою (ст. 219 КПК), вважаю, що в силу обов'язковості використання ним усіх засобів захисту та з огляду представництва захисником у справі саме інтересів підзахисного, за аналогією закону спільно обмірковувати слід усі клопотання, в усіх процесуальних ситуаціях, упродовж всього провадження у справі. Підзахисний, обґрунтовуючи це, або тільки з його відомих мотивів може заборонити захисникові заявляти те чи інше клопотання, і захисник цій забороні має підкоритися.

П'ята. Належне мотивування клопотання, незалежно від його форми та характеру, тобто доказування сформульованої у клопотанні тези-прохання необхідно та достатньою сукупністю доводів є важливим з кількох причин. По-перше, лише у такий спосіб захисник логікою наведених доводів може переконати адресата у своїй слушності.

По-друге, мотивоване клопотання, спрямоване на з'ясування, наприклад, обставин, що мають значення для справи, слідчий не вправі не задовольнити (ч. 2 ст. 221 КПК)¹. Це стосується також іншого роду клопотань. Більше того, задоволене клопотання-прохання слідчий, якщо так можна висловитися, виконує шляхом здійснення відповідної процесуальної дії чи прийняттям рішення і здебільшого не виносить окремої постанови про його задоволення. А про відмову задовільнити клопотання закон зобов'язує скласти мотивовану постанову (ч. 3 ст. 221 КПК). Мотивована ж відмова можлива лише на мотивоване прохання. Отже, по-третє, мотивовану постанову про відмову у задоволенні клопотання захисник, залежно від характеру спірного питання, може предметно оскаржити безпосередньо (ст. 110 КПК та ін.) чи спростувати її законність та обґрунтованість в подальших стадіях процесу в інший спосіб. Тож перевагу слід надавати письмовим клопотанням, як більш ретельно підготовленим, логічно закінченим, окремим процесуальним документом оформленим видом доказової діяльності захисника.

При задоволенні клопотання про доповнення досудового слідства у захисника поповнюється арсенал доказових засобів захисту уже на цьому його етапі, оскільки при провадженні додаткових слідчих дій в присутності захисника він вправі через слідчого задавати питання свідкові, потерпілому, експертові, спеціалістові та обвинуваченому, також клопотати про занесення до протоколу обставин, які мають значення для справи². Слідчий може відвести запитання, які ставить захисник, але відведене запитання заносить до протоколу (ч. 4 ст. 221 КПК).

Наведене щодо роботи захисника з клопотаннями як засобами доказування у кримінальній справі стосується, з урахуванням, звичайно, відповідних процесуальних умов, його роботи й в наступних стадіях процесу. Тут слід лише наголосити на тому, що сьогодні суддя при попередньому розгляді справи згідно з ч. 3 ст. 253 КПК не вправі відмовити учасникам судо-

¹ Див.: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 8 "Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві" (ч. 2 п. 16) // Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах... — С. 246.

² Щодо питання тактики захисту, коли слідство використовує свідчення анонімних свідків, див.: *Бояров В. І.* Про деякі питання тактики захисту при використанні на досудовому слідстві свідчень під псевдонімом // Адвокат. — 2003. — № 6. — С. 13–15.

вого розгляду, а отже і захисникові, у дослідженні в стадії судового розгляду доказів, якщо вони є належними і допустимими. Питання про розгляд таких доказів в суді знову ж таки вирішується за допомогою клопотань. Тому захисники мають, незважаючи на те, що їх участь у попередньому розгляді справи суддею не визнано обов'язковою (ст. 240 КПК), до своєї діяльності у цій стадії процесу ставиться досить відповідально, а наведене право використовувати повною мірою по кожній справі, оскільки в подальшому у захисника (та й у інших учасників процесу), таких максимальних досказових можливостей у цьому плані уже просто немає.

14. Право подавати докази здійснюється захисником також перш за все шляхом заявлення клопотань про їх долучення до матеріалів справи. Але право подавати докази та право заявляти клопотання — це різні, причому рівнопорядкові поняття, і такими вони прямо зазначені в законі (п. 8 ч. 2 ст. 48, ч. 2 ст. 66 КПК). Використання права на заявлення клопотань іноді є процесуальною формою реалізації права на подання доказів (ст. 266 КПК). Такими самими рівнопорядковими є і у такому самому співвідношенні перебувають й інші права захисника, пов'язані зі збиранням, фіксацією та поданням доказів у кримінальній справі. Наприклад, права захисника збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі, в тому числі запитувати й одержувати документи чи їх копії від громадян та юридичних осіб, ознайомлюватися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК) є рівнопорядкованими правами-поняттями між собою та з правом подавати докази і водночас є процесуальною формою збирання фактичних даних про обставини справи, які можуть бути доказами кримінальної справи шляхом подання їх як такими захисником. Так вони в подальшому і розглядатимуться.

15. Однак щодо наведених форм доказової діяльності захисника слід попередньо зазначити таке.

Передбачивши право захисника подавати докази (ч. 2 ст. 66, п. 8 ч. 2, ст. 48 КПК) та інші права зі збирання відомостей про факти, що можуть використовуватися як докази в справі (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК), закон, з одного боку не регла-

ментував порядку їх здійснення, а з іншого, ввів поняття, пов'язані із захисною діяльністю захисника, які не досить чітко пов'язуються із визначеним у законі загальним поняттям доказів (ст. 65 КПК), поняттями окремих видів доказів (засобів доказування) (ст.ст. 68, 72, 73, 75, 82, 83 КПК) та поняттями збирання і подання доказів (ст. 65 КПК). Суперечливо розв'язуються ці проблеми наукою про адвокатуру, у теорії кримінального процесу і теорії доказів зокрема, неоднозначно сприймаються практикою, а тому застосування більшості вказаних способів захисної діяльності становить значні труднощі.

Очевидно, щоб захисник міг подати слідчому чи суду докази, він спочатку мусить їх відшукати та певним чином зафіксувати¹. Отже, у першу чергу постає таке питання: яким чином, не порушуючи закон і дотримуючись певної форми (процедури), захисник мусить діяти з відшукування носія доказової інформації, її виявлення та закріплення, щоб зібрані ним відомості про факти були визнані слідчим (судом) допустимими доказами, долучені до справи як такі та використані після їх перевірки та оцінки при прийнятті того чи іншого, сприятливого для підзахисного рішення. Нині чинний закон не дозволяє відповісти на ці питання однозначно. До їх вирішення та виведення якихось загальних правил, вважаю, необхідно підходити шляхом аналізу чинних приписів закону щодо кожного окремого права захисника з збирання доказової інформації та їх тлумачення в системі усіх засад та норм кримінально-процесуального права в цілому.

Попередньо слід зазначити, що сформульоване в КПК право захисника на збирання відомостей про факти, що можуть бути використані як докази в справі (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК), в одній частині набагато вигідніше відрізняється від формулювання права захисника-адвоката, викладеного у Законі про адвокатуру, в іншій же — навпаки.

Зокрема, згідно з п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК, з моменту допуску до участі у справі захисник має право: "...13) збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі, в тому числі (мій — Авт.) запитувати і одержувати документи чи їх копії від громадян та юридичних осіб, знайомитися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях грома-

¹ Михайленко А. Р. Расследование преступлений: Законность и обеспечение прав граждан. — С. 316–317.

дян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян”. Тобто, передбачивши право захисника збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі, та перед переліком способів реалізації цього права застосовувавши словосполучник “в тому числі”, а не “зокрема”, “а саме” тощо, законодавець визнав тим самим, що перелік таких способів не вичерпаний, відкритий. Отже, захисник може використовувати і всі інші не заборонені законом способи збирання таких відомостей. У статті ж 6 Закону про адвокатуру після фрази “При здійсненні професійної діяльності адвокат має право... збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази в цивільних, господарських, кримінальних справах, справах про адміністративні правопорушення, зокрема: (мій — Авт.), запитувати і отримувати документи...”, тобто, крім іншого, перелік цих же способів збирання адвокатом відповідних відомостей наводиться як вичерпний, оскільки зазначений окремими абзацами статті після розподільного знаку дві крапки та словосполучника “зокрема”.

Проте в ст. 6 Закону про адвокатуру, на відміну від КПК, право ознайомлюватися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами доповнено правом на ознайомлення і з “матеріалами” (абз. 5), а право запитувати чи одержувати документи чи їх копії від громадян уточнено — “за їх згодою” (абз. 4).

Не вбачаю підстав тлумачити та застосовувати наведені положення обох законів обмежувально як за змістом наданих ними захиснику прав, так і за їх суб'єктом (адвокат, фахівець у галузі права, близькі родичі обвинуваченого, його опікуни чи піклувальники — ст. 44 КПК).

16. Діяльність учасників процесу, в тому числі захисника, спрямовану на отримання фактичних даних про обставини справи для використання її при здійсненні процесуальних дій та прийнятті рішень, О. М. Ларін називав перед/допроцесуальною в тому розумінні, що вона не наділена процесуальною формою, проте доцільною, необхідною і законною в плані підготовки до збирання доказів¹.

¹ Стецовский Ю. И., Ларин А. М. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. — С. 304–306.

Чи дійсно така діяльність є перед/допроцесуальною, а отже, непроцесуально? Чи лише в цьому її призначення? Очевидно, що не зовсім так.

Процесуально-процедурно не регламентовано передбачені в законі дії прокурора, слідчого, органу дізнання по перевірці заяв чи повідомлень про злочин до порушення кримінальної справи. Вони здійснюються шляхом відібрання пояснень від окремих громадян чи посадових осіб або витребування необхідних документів (ч. 4 ст. 97 КПК).

Заява або повідомлення про злочин до порушення кримінальної справи можуть бути перевірені також шляхом проведення оперативно-розшукової діяльності (ч.ч. 4, 5 ст. 97 КПК), і шляхи такої перевірки передбачені в законі, зокрема, у ч. 1 ст. 8 Закону про оперативно-розшукову діяльність у вигляді формулювання наданих законом оперативним підрозділам прав.

Ось лише деякі із цих прав, передбачених у вісімнадцяти пунктах: 1) опитувати осіб за їх згодою...; 2) проводити контрольну закупку та оперативну закупівлю та постачання товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь...; 4) витребувати документи та дані, що характеризують діяльність підприємств, установ, організацій, а також спосіб життя окремих осіб, підозрюваних у підготовці або вчиненні злочину, джерело та розміри їх доходів...; 6) відвідувати жилі та інші приміщення за згодою їх власників або мешканців для з'ясування обставин вчиненого або такого, що готується, злочину, а також збирати відомості про протиправну діяльність підозрюваних осіб або осіб, щодо яких провадиться перевірка; 7) негласно виявляти та фіксувати сліди тяжкого або особливо тяжкого злочину, документи та інші предмети, що можуть бути доказами підготовки або вчинення такого злочину, чи одержувати розвідувальну інформацію, у тому числі шляхом проникнення оперативного працівника в приміщення, транспортні засоби, на земельні ділянки...; 9) знімати інформацію з каналів зв'язку, застосовувати інші технічні засоби отримання інформації...

Хоча процедуру (порядок, форму) здійснення наведених перевірочних дій прокурора, слідчого, органу дізнання, підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, законом не регламентовано, вони є законні (передбачені в законі), а дані, отримані за їх результатами, є підставами для прийнят-

тя важливого процесуального рішення — порушення чи відмови в порушенні кримінальної справи (ст.ст. 98, 99 КПК).

Оскільки такі дані отримані законно та із передбачених у законі джерел, використані вони при обґрунтуванні процесуального рішення, їх неможливо не визнати засобами доказування. Ці засоби доказування не відповідають вимогам ст. 65 КПК, тобто не є доказами, отриманими шляхом проведення слідчих та судово-слідчих дій. Але вони є процесуальними засобами доказування. До/передпроцесуальними їх можна називати лише умовно і головним чином тому, що вони отримані до порушення чи відмови у порушенні кримінальної справи. По суті ж вони є перевірко-правовими доказами. Про те, що фактичні дані, зібрані у такий спосіб із встановлених законом джерел, є кримінально-процесуальними засобами доказування, беззаперечно свідчить те, що, наприклад, такими їх використовує суд при розгляді скарг на постанову про відмову в порушенні кримінальної справи (ст. 236² КПК) чи постанову про порушення кримінальної справи щодо особи (Рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р.).

Не наділені процесуальними гарантіями розшукові дії органу дізнання, здійснювані за дорученням слідчого по розслідуваній ним справі (ч. 2 ст. 114 КПК), органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, здійснювані за дорученням особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду в справах, які перебувають у їх провадженні (ч. 2 ст. 66 КПК). А це також гласні чи негласні, передбачені в ст. 6 Закону про міліцію, ст. 8 Закону про оперативно-розшукову діяльність, ст. 25 Закону про службу безпеки та нормах інших законів України, що регламентують повноваження відповідних оперативних підрозділів, заходи з виявлення ними доказової інформації про злочин та пов'язані зі злочинном обставини розслідуваної (розглядуваної судом) кримінальної справи. Тим не менше, результати такої розшукової діяльності в межах розслідуваної справи можуть бути використані і використовуються як докази. Більше того, Законом від 18 січня 2001 р. про внесення змін до ч. 2 ст. 8 Закону про оперативно-розшукову діяльність протокол з відповідними додатками, складений за результатами негласного проникнення до житла чи іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контролю за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації (зазначимо — перелік останніх засобів, а от-

же, заходів, невичерпний) з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо, прямо визнаний таким, “який підлягає використанню як джерело доказів у кримінальному судочинстві”. Протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів (переліку таких заходів також не встановлено) прямо визнані джерелом доказів і Законом від 21 червня 2001 р. про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України (ч. 2 ст. 65 КПК).

Результати наведених розшукових дій не тільки є законними, а й отриманими у зв'язку з провадженням у порушеній кримінальній справі а отже, є кримінально-процесуальними засобами доказування, хоча також не відповідають вимогам ст. 65 КПК, оскільки джерело інформації, яку вони містять, перебуває поза межами кримінального процесу¹.

По суті ж результати усіх названих видів діяльності є своєрідними сурогатами доказів у сенсі ст. 65 КПК.

І в першому, і в другому випадках потрібно з'ясувати, які засоби доказування (і тут слід погодитися з О. М. Ларінім), залишаючись розшуково-правовими, можуть бути використані і використовуються “для підготовки” до збирання доказів шляхом провадження судово-слідчих дій.

Наприклад, отримання пояснень від громадян є своєрідним аналогом допиту свідка як слідчої дії (ст.ст. 167, 170 КПК); виявлення та вилучення співробітником органу дізнання предметів на місці вчинення злочину та подання їх слідчому, оформлене рапортом, є нібито заміником огляду місця події та долучення до справи речових доказів, зібраних у результаті цієї слідчої дії (ст.ст. 190–195 КПК); протокол прослуховування телефонної розмови з доданою касетою із записом цієї розмови, складений за результатами оперативно-розшукової діяльності, — подоба слідчої дії у вигляді зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК) тощо. Причому такі сурогати перевірних і розшукових дій та складені за їх результатами документи всіляко “пристосовують” до аналогів законних слідчих дій та відповідних їх аналогів протоколів слідчих дій та інших носіїв інформації щодо цих дій: при отриманні пояснень від

¹ Шумило М. Є. Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів в доказуванні у кримінальній справі // Мала судова реформа в Україні. — С. 188–191.

окремих громадян чи посадових осіб в порядку ч. 4 ст. 97 КПК цим особам попередньо роз'яснюється зміст ст. 63 Конституції України; при здійсненні контрольної закупки співробітниками оперативних підрозділів в порядку ст. 8 Закону про оперативно-розшукову діяльність залучаються поняті тощо.

Між тим, таке “пристосування” і пов'язана з ним “паперова творчість” (як буде показано далі, стосовно діяльності захисника) не є зайвими. Хоча до їх перевірки процесуальним шляхом слідчим чи судом стосовно конкретної кримінальної справи вони залишаються, відповідно, матеріалами перевірки, дізнання, оперативно-розшукової діяльності. А по суті — це ще предмети чи документи у загальновизнаному розумінні цих термінів. Пояснення окремих громадян чи посадових осіб слідчий та суд ще мають перевірити шляхом їх допиту як свідків, інші документи — на відповідність вимогам ст. 83 КПК, предмети — на відповідність вимогам ст. 78 КПК, зафіксувавши показання свідка у відповідному протоколі судово-слідчої дії, а документи та предмети як речові докази долучити до кримінальної справи та дослідити й оцінити їх у сукупності з іншими доказами справи.

Інше правове походження мають документи та предмети, зібрані органом дізнання та підрозділами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, не за дорученням особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду, а відповідно до законів, що регламентують їх діяльність. Іноді, вважаю, вони можуть бути подані ними у порядку, визначеному для подання доказів підозрюваним, обвинуваченим, його захисником, обвинувачем, потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем і їх представниками, а також будь-якими громадянами, підприємствами, установами та організаціями (ч. 2 ст. 66 КПК) та досліджені на рівні з іншими доказами справи. Але в жодному разі такі матеріали не можуть бути визнані доказами належними та допустимими у справі, якщо слідчий та суд не в змозі шляхом здійснення слідчих та судових дій перевірити спосіб їх отримання та першоджерело інформації. Зокрема, не можуть бути визнані доказами, як правило, документи, предмети чи інші матеріальні джерела інформації, отримані негласно, розвідувальним шляхом, оскільки організація і тактика отримання таких матеріалів становлять державну таємницю, і тому співробітники підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність (секретноносії), не вправі роз-

голошувати цю таємницю і не можуть повідомити слідчому та суду дані, де, ким і як отримані такі матеріали. Матеріали ж, отримані гласно при виконанні співробітником органу дізнання, оперативного підрозділу своїх службових обов'язків (догляд, переслідування, пошук, роззброєння, патрулювання, рейд тощо), навпаки, можуть бути визнані доказами, оскільки спосіб та першоджерело їх отримання можливо перевірити процесуальним шляхом, у тому числі шляхом допиту співробітника відповідного органу як свідка.

17. Доказова діяльність захисника, як діяльність із дослідження (з'ясування) виправдувальних та таких, що пом'якшують відповідальність, обставин справи, здійснюється у трьох формах: 1) шляхом безпосередньої участі при проведенні слідчих (при допиті обвинуваченого тощо) чи судових (участь у судовому розгляді) дій зі збирання, закріплення та дослідження доказів; 2) шляхом заявлення клопотань слідчому (суду) про збирання доказів; 3) шляхом особистого збирання відомостей про факти, що можуть використовуватися як докази в справі (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК, ст. 6 Закону про адвокатуру).

Усі названі форми участі захисника в доказуванні є законними (правовими, кримінально-процесуально-правовими зокрема), усі вони здійснюються ним у зв'язку з участю в кримінальній справі та в її межах.

У контексті розглядуваного питання найбільш проблемною є третя форма участі захисника в доказуванні та її результати, оскільки в перших двох докази отримуються судово-слідчим шляхом.

Не думаю, що наведене вище щодо правомірної доказової діяльності на стадії порушення кримінальної справи, збирання доказової інформації органом дізнання чи його оперативними підрозділами за дорученням слідчого у зв'язку з розслідуваною справою та безвідносно до цього, методологічно, в тому числі за аналогією, можна повністю відносити до діяльності захисника зі збирання доказової інформації та до її результатів, і ось чому.

По-перше, на стадії порушення кримінальної справи збирання інформації і процесуальне формування засобів доказування здійснюється органом, у провадженні якого перебувають матеріали справи, тобто органом, який керує справою і вирішує її. Те саме має місце при збиранні доказової, нехай навіть орієнтованої інформації за дорученням слідчого органом

дизнання чи його оперативним підрозділом, оскільки їх діяльність є ніби “подовженням” процесуальної діяльності слідчого.

Для діяльності захисника зі збирання доказової інформації та її фіксування таке не притаманно.

Отже, по-друге, орган, у провадженні якого перебуває справа (матеріали), сам долучає перевірені, оперативні тощо засоби доказування до справи (принаймні, повинен долучати) без будь-якого стороннього рішення, і деякі з них, здебільшого документи та речові докази, у такий спосіб практично автоматично отримують в подальшому статус судових доказів.

Захисник же діє не як центральний суб'єкт судово-слідчого доказування, а як учасник процесу, і збирає він інформацію хоча й у зв'язку зі справою, проте ніби паралельно, він здійснює паралельне з'ясування суттєвих, з погляду захисту, обставин. Отже, така доказова діяльність захисника, а також, і її результати, і тут мають свою специфіку.

По-третє. Є істотні відмінності в правовому режимі отримання захисником доказів та подання їх слідчому чи суду в порядку ч. 2 ст. 66 КПК, аніж подання у такому порядку доказів підозрюваним, обвинувачуваним, обвинувачем, потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем і їх представниками, а також будь-якими громадянами, підприємствами, установами та організаціями¹.

Щоправда, іноді право захисника подавати докази прирівнюють до права робити це кожному громадянину, підприємству, установі, організації. Вважаю, що до такого жорсткого порівняння тут вдаватися можна лише тоді, коли, наприклад, адвокат є тільки потенційним захисником — пересічним гро-

¹ Процедура (форма) подання доказів у порядку ч. 2 ст. 66 КПК, документальне оформлення цієї процесуальної дії та інші пов'язані з цим питання законодавчо не врегульовано. На практиці ж нерідко прийняття доказів оформляється “війською”, “добровільною” видачею, а то й взагалі не оформляється. Між тим подання доказів не тотожне з їх збиранням. Подання доказів, до речі, є єдиним способом поповнення ними справи, відмінним від збирання доказів. Тому заслуговує на підтримку пропозиція, що на стадії досудового слідства докази необхідно приймати „протоколом прийняття”, відповідно документа, речового доказу, іншого носія інформації, у якому, окрім усіх інших даних про цю слідчу дію (ст. 85 КПК), було б відображено ініціатора подання. В суді ж подання доказів повинно документуватися у протоколі судового засідання постановою судді (ухвалою суду) про прийняття відповідного доказу (див.: *Шейфер С. А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. — Тольятти, 1977. — С. 48).

мадянином. А в нашій ситуації захисник, на відміну від названих суб'єктів подання доказів у порядку ч. 2 ст. 66 КПК (в т.ч. якщо установи — органи дізнання), — учасник процесу в даній конкретній справі.

На відміну від підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача і їх представників і навіть обвинувача з їх правом подання доказів, лише стосовно захисника в законодавчому порядку, щоправда, не в зовсім чітких рамках процесуальної форми (процедури), проте виписані права зі збирання доказів, ще й із зазначенням примірного переліку видів (напрямів) його діяльності (ч. 2 ст. 48 КПК, ст. 6 Закону про адвокатуру).

Нарешті, будь-який із суб'єктів подання доказів, названий у ч. 2 ст. 66 КПК (закон не робить винятку і для державного обвинувача, прокурора), може бути допитаний судом (слідчим) про обставини отримання ним доказу, який він подає, захисник же — в жодному випадку ні (п. 2 ч. 1 ст. 69 КПК).

Враховуючи наведене, наслідуюсь зробити такий висновок. Вже сьогодні діяльність захисника зі збирання доказів є правовою, процесуально-правовою. Це захисне (“адвокатське”¹) процесуально-правове, паралельне слідчому розслідуванню розслідування суб'єктом-фахівцем сторони захисту, захисником обставин і фактів кримінальної справи, які спростовують підозру чи обвинувачення щодо підзахисного, пом'якшують чи виключають його кримінальну відповідальність. Тому зібрані захисником засоби захисту, з огляду на нагальну необхідність зміцнення змагального характеру вітчизняного кримінального судочинства², слід законодавчо визнати кримінально-процесуальними доказами та включити їх у процес доказування нарівні з доказами, зібраними за результатами судово-слідчих дій. При цьому на досудовому слідстві, у разі відмови слідчого від прийняття поданого захисником доказу (та й іншими учасниками процесу), процесуальний спір з приводу його належності та

¹ Чи не вперше на рубежі радянського та пострадянського просторів за запровадження “адвокатського розслідування” виступив Н. Горя (див.: *Горя Н.* Принцип состязательности и функции защиты в уголовном процессе // Советская юстиция. — 1990. — № 7. — С. 22.

² За що ратував відомий український процесуаліст Всеволод Даневський ще у далекому 1895 році (див.: *Даневский В. П.* Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа. — К., 2003. — С. 33–72.

долучення до справи, як це пропонує, наприклад, М. Є. Шумило, міг би вирішувати слідчий суддя¹.

Чинний же КПК, інші нормативні акти дозволяють захисникові з'ясувати такі обставини предмета захисту, які виправдовують підзахисного, у такі способи.

18. Одним із способів збирання захисником відомостей, що можуть використовуватися як докази у кримінальній справі, КПК називає одержання документів чи їх копій від громадян та юридичних осіб на запит захисника (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК)². У ст. 6 Закону про адвокатуру ще зазначено, що адвокат вправі запитувати і отримувати документи або їх копії від громадян — за їх згодою. Але оскільки редакція п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК є за змістом ширшою, ніж редакція ст. 6 Закону про адвокатуру, захисникам-адвокатам у цьому випадку слід керуватися правилом, закріпленим у КПК.

Під документами тут маються на увазі будь-які джерела фактичних даних, у яких тим чи іншим способом (письмово, графічно, у вигляді малюнка, фото-, аудіо-, відео-, кінозапису тощо) викладені або засвідчені обставини, які мають значення для справи. Вони можуть бути як офіційні, так і неофіційні. Це різного роду довідки, характеристики, витяги з документів, акти перевірок, ревізій, документи, що відображають товарний, грошовий обіг тощо. Вибір між видачею оригінала чи копії робить, звичайно, захисник, і перевагу завжди має оригінал. Але у багатьох випадках все залежить від характеру документа, і захисникові інколи достатньо отримати копію та за необхідності звірити її з оригіналом, використовуючи своє право ознайомлюватися на підприємствах, в установах і організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами.

Керівники юридичних осіб зобов'язані видавати захисникам на їх запити документи чи їх копії. В Указі Президента

¹ Істотного зміцнення змагального начала досудового слідства досягти, вважаю, неможливо без його кардинального реформування до такого рівня, за якого слідчий не формально, а фактично був би процесуально самостійний та незалежний. Слідчий не повинен нікого і ні за що переслідувати. У нього повинна бути одна єдина функція — розслідування справжніх обставин справи. Слідчий повинен бути "господарем" справи, як її "господарем" є (повинен бути) суд на судових стадіях процесу.

² Цей спосіб збирання доказів захисником і його робота з документами досить добре представлений у праці відомого російського процесуаліста Ю. Ф. Лубшева. (див.: *Лубшев Ю. Ф.* Курс адвокатського права: Учебник. — 2-е изд. — М., 2003. — С. 181–186.

України “Про деякі заходи щодо підвищення рівня роботи адвокатури” від 30 вересня 1999 року № 1240/99 з цього приводу сказано: “органам виконавчої влади та органам місцевого самоврядування, керівникам підприємств, установ і організацій сприяти реалізації права адвокатів збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази..., надавати безоплатно відомості та копії документів за запитом адвокатів та адвокатських об’єднань у справах, що перебувають у їх провадженні” (п. 9)¹.

Можна вважати, що такий обов’язок лежить також на громадянах, і ось чому. Основними положеннями про роль адвокатів, прийнятих 8 Конгресом ООН із запобігання злочинам у 1990 р., встановлено обов’язок адвоката надавати допомогу клієнту будь-яким законним способом, діяти вільно і наполегливо відповідно до закону і визнаних професійних стандартів та етичних норм. Про обов’язок адвокатів діяти при захисті прав та інтересів клієнтів незалежно, сумлінно і справедливо йдеться і в Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов’язків, прийнятих 25 жовтня 2000 р. Запит захисника громадянину видати наявний у нього документ чи його копію у зв’язку зі здійсненням захисником захисту в кримінальній справі є правомірний, законний спосіб його діяльності.

Перешкодити у будь-якій формі, в тому числі відмовою в одержанні документів чи їх копій, не вправі ніхто, ні громадяни, ні посадові особи, оскільки вчинення перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника є кримінально караним діянням. Щодо приватних осіб, які досягли 16-річного віку, воно передбачене ч. 1 ст. 397 КК, стосовно службових осіб, що діяли з використанням свого службового становища — ч. 2 ст. 397 КК². Дії ж останніх відповідатимуть тому ж складу злочину й у випадках перешкодження захисникові оз-

¹ Про тактику та методику подолання протидії у видачі необхідних документів на запит захисника див.: Чабаненко А. И. Запит у справі — важлива складова частина діяльності адвоката // Адвокат. — 2003 р. — № 3. — С. 24–25.

² Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — С. 969–971; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: Особлива частина / За заг. ред. М. О. Потєбенька, В. Г. Гончаренка. — С. 816–819; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Відповід. ред. С. С. Яценко. — С. 842–843.

найомлюватися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами та матеріалами.

Документи чи їх копії, одержані на запит захисника і подані слідчому чи суду, якщо вони відповідають умовам, вказаним у реченні першому ст. 83 КПК, долучаються до справи як докази.

Проблема тут у межах повноважень захисника на одержання документів за запитом та ознайомлення з документами і матеріалами. Вона в законі врегульована не достатньо, а у вітчизняній літературі опрацьована дуже мало. В законі прямо записано лише те, що з моменту допуску до участі у справі захисник має право ознайомлюватися на підприємствах, в установах, організаціях з необхідними документами і матеріалами, крім тих, таємниця яких охороняється законом (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК, ч. 5 ст. 6 Закону про адвокатуру). Очевидно, за аналогією закону, так само це питання має вирішуватися і щодо одержання необхідних для захисту документів чи їх копії від юридичних та фізичних осіб. Решту обмежень слід виводити шляхом тлумачення норм кримінально-процесуального та інших законів і підзаконних актів.

Певні обмеження повноважень захисника впливають із змісту кримінально-процесуального права. Зокрема, захисник не вправі запитувати протоколи слідчих та судових дій зі збирання доказів, інших документів кримінальної справи, крім копій судових рішень по суті справи, оскільки закон передбачає лише умови та порядок ознайомлення з ними, здійснення виписок та вручення копій деяких із них. Захисникові не дозволяється запитувати документи, які належать іноземним дипломатичним представництвам; які є телеграфно-поштовою кореспонденцією; які містять банківську таємницю. Отримання цих документів у зв'язку з провадженням у кримінальній справі закон відносить до виключної компетенції органів розслідування, прокуратури і суду, встановлюючи для цього особливу процесуальну процедуру (ст.ст. 14⁻¹, 66, 182, 187, 187⁻¹ КПК).

Інші обмеження містять деякі нормативні акти інших галузей права. Зокрема, ч. 1 ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я встановлює, що "медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони жит-

тя громадянина, не мають права розголошувати ці відомості, крім передбачених законодавчими актами випадків". Щодо запитів захисників законодавчі акти таких випадків не передбачають. Тому очевидно, якщо захисник володіє інформацією, а тому вважає в інтересах захисту за необхідне витребування і долучення до справи документів про такі обставини, він повинен клопотати про це перед слідчим чи судом. У такий самий спосіб захисник має долучати до справи виправдувальні документи інформаційного характеру щодо юридичних та фізичних осіб, які містять банківську таємницю, оскільки згідно зі ст. 62 Закону про банки і банківську діяльність така інформація розкривається банками лише на письмовий запит або з письмового дозволу власника такої інформації, на письмову вимогу суду або за рішенням суду та за зазначених в Законі умов, визначених у ньому ж державним органам, в тому числі органам прокуратури України, Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України, але не захисникам.

19. На практиці неоднозначно вирішується таке складне питання, як можливість захисника збирати шляхом запитів та ознайомлення з документами та матеріалами інформації, що стосується суб'єктів протилежної сторони, зокрема, потерпілих, цивільних позивачів та їх представників.

Не думаю, та й в законі такої заборони немає, що збирання захисником інформації про вказаних осіб сторони обвинувачення, їх характеристику, поведінку, пов'язану з інкримінованим підзахисному обвинуваченням, тощо, крім тієї, що становить таємницю, неприпустиме¹. Навпаки. По-перше, така заборона суттєво обмежувала б можливості захисту порівняно з обвинуваченням, порушувала б баланс рівноправності сторін у процесі доказування, оскільки про обвинуваченого суб'єкти сторони обвинувачення вправі збирати все, що не заборонено законом. По-друге, без збирання відомостей вказаного характеру захисник часто може бути позбавлений самої можливості виконати свій процесуальний обов'язок зі з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підзахисного (ч. 1 ст. 48 КПК), оскільки фактичні дані про обставини, що стосу-

¹ Таку ж позицію висловлено в одному з російських підручників з питань адвокатської діяльності (див.: Адвокатская деятельность: Учебно-практ. пособие / Под общ. ред. канд. юрид. наук В. Н. Буробина. — Изд. 2-е, перераб. и доп. — М., 2003. — С. 377.

ються цих осіб, мають доказове значення. Наприклад, з'ясування факту, чи був потерпілий присутнім на місці події, чи у цей час він перебував в іншому місці (на роботі, у відрядженні, в лікарні тощо) важливе для оцінки його показань.

Буває, що лише так доводиться обмова з його боку. А потрете, такі обставини часто входять у предмет доказування в кримінальній справі, а отже, у предмет захисту (спростування) та виступають як інші юридичні факти, в тому числі такі, що є підставою для прийняття проміжних (допоміжних) рішень. Наприклад, доведення захисником факту протиправної поведінки потерпілого та її мотивів в одних випадках може бути правовою підставою для кваліфікації діяння підзахисного як перевищення меж необхідної оборони, і як необхідна оборона (ст. 36 КК) — підстава для виправдання (п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК), в інших, як обставина, що пом'якшує покарання, — вчинення злочину під впливом сильного душевного хвилювання, зумовленого неправомірними або аморальними діями потерпілого (п. 7 ч. 1 ст. 66 КК), ще в інших віктимологічна поведінка враховується при визначенні ступеня тяжкості вчиненого злочину (п. 3 ч. 1 ст. 65 КПК). А передбачені ч. 1 ст. 63 КПК обставини щодо представника потерпілого чи цивільного відповідача можуть виключати їх участь у справі.

20. Необхідні, корисні для захисту дані про документи, речові докази, інформацію про додаткових свідків, відомості про експерта при призначенні експертизи (первинної, додаткової чи повторної), про рівень його компетентності тощо, захисник не завжди може взяти з матеріалів справи. Особливо це буває тоді, коли підзахисний невинуватий і не має жодного уявлення про подію, або не пам'ятає її обставин з інших причин, не знає її учасників, очевидців. Тоді виявлення джерел захисних доказів цілком покладається на захисника і залежить від його активності та професійності. До його обов'язку вся ця робота, яку з тих чи інших причин не виконали ні оперативні підрозділи, ні орган дізнання, ні слідчий.

Для організації захисту шляхом підготовки доказів захисту іноді потрібно оглянути місце події, зафіксувати її шляхом фото-, відео-, кінозйомки, складання схеми, плану, побесідувати з потенціальними чи з уже допитаними свідками або потерпілими. Закон таку захисну діяльність дозволяє, як і аналогічну обвинувальну діяльність органів дізнання, оперативних підрозділів та слідчих. Вона охоплює, вважаю, інші способи в по-

нятті “збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі” (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК), поза запитами та ознайомленням з документами та матеріалами, а інколи і передує застосуванню останніх як фактична підстава для направлення відповідного запиту чи необхідності ознайомлення з певними матеріалами, щоб уже за результатами останніх подати доказ слідчому чи суду (ч. 2 ст. 66 КПК).

Формулювання “збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі, в тому числі...” означає, на мій погляд, що захисник має право використовувати будь-які інші засоби і способи захисту, крім зазначеного орієнтовного їх переліку, якщо вони не суперечать закону. Таке розуміння наведеного положення процесуального закону має в своїй основі конституційний принцип: “Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань” (ч. 5 ст. 55 Конституції України). Тобто, в цьому випадку, оскільки йдеться про права особи, принцип “допустимо лише те, що передбачено законом”, неприйнятний. Тут повинен діяти і діє інший принцип — “дозволено все, що не заборонено законом”. Отже, питання зводиться в кінцевому підсумку до порядку та умов збирання захисником виправдувальних доказів.

21. Якими повинні бути порядок та умови позапроцесуального збирання та фіксації (оформлення, закріплення) захисником виправдувальних фактичних даних та їх джерел, яка правова природа зібраних ним матеріалів, де межі повноважень захисника з їх збирання та використання? Закон прямих відповідей на ці питання не дає. Між тим, на мій погляд, він містить вихідні положення з цих питань, причому стосуються вони стадій проваджень з перевірки вироків, постанов і ухвал суду, і відповіді на них слід шукати саме там.

У статті 362 КПК, яка регламентує розгляд справи в суді апеляційної інстанції, зазначено, що якщо суд не проводив судового слідства, після підготовчих дій “головуючий ознайомлює учасників з додатковими матеріалами, якщо вони були подані, матеріалами, що надійшли з суду першої інстанції на виконання доручень, вислуховує їх пояснення з приводу поданих апеляцій в порядку, передбаченому статтею 318 КПК, і переходить до судових дебатів” (ч. 4 ст. 362 КПК). Як бачимо, тут використано лише термін поняття “додаткові матеріали”, без пояснення його змісту.

Не розкрито зміст цього поняття і в ст. 394 КПК, яка регламентує обсяг перевірки справи касаційним судом. Там лише сказано, що касаційний суд перевіряє законність та обґрунтованість судового рішення за наявними в справі “і додатково поданими матеріалами” в тій частині, в якій воно було оскаржене. Проте це поняття значною мірою розкриває попередня стаття — про прийняття касаційним судом нових матеріалів: “На ствердження або спростування доводів, викладених у скарзі або поданні, особи, що їх подали, мають право подати до касаційного суду документи, яких не було в справі. Нові матеріали не можуть отримуватися шляхом проведення слідчих дій. Особа, яка подала нові матеріали, повинна вказати, яким шляхом вони були одержані та яке значення вони мають для вирішення справи. Нові матеріали можуть бути витребувані також касаційним судом” (ст. 393 КПК).

Із наведених приписів закону, вважаю, впливає таке.

Перше. Оскільки особи мають право подати до суду документи, яких не було в справі, та нові матеріали не можуть бути отримані шляхом проведення слідчих дій, а особа, яка їх подала, повинна вказати, яким шляхом вони були отримані, отримання документів і нових матеріалів повинно було здійснюватися: а) не судово-слідчим шляхом; б) не забороненим законом шляхом; в) право на збирання таких матеріалів надано усім особам, які мають право на касаційне оскарження або внесення касаційного подання, в тому числі захисникові (ст. 384 КПК).

Друге. Вказівка про те, що особа повинна вказати, яке значення нові документи (матеріали) мають для вирішення справи, свідчить, що такі документи (матеріали) мають бути належними до справи.

Третє. Вимога до особи про необхідність вказати шлях отримання нових документів (матеріалів) означає не що інше, як вимогу допустимості їх до справи.

Нарешті, визначивши в одній і тій самій статті закону “нові матеріали” “документами, яких не було у справі”, законодавець їх правову природу прирівняв, а скоріше наблизив, а ще точніше, пристосував до документів як кримінальнопроцесуальних доказів, передбачених ст. 83 КПК у вигляді сурогатів останніх, аналогічних сурогатам документів на стадії порушення кримінальної справи та протоколів, складених оперативними

підрозділами за результатами оперативно-розшукової діяльності (ст. 97 КПК).

“Додатковим”, “новим матеріалам”, як сурогатам кримінально-процесуальних доказів в апеляційному та касаційному судах, у визначених законом випадках надане доказове значення (оскільки їх подали сторони і долучив до справи суд, такі матеріали є нічим іншим, як доказами — ч. 2 ст. 66 КПК). Вони розглядаються цими судами нарівні з наявними у справі доказами і можуть бути підставами для прийняття ними рішень по справі. Вони можуть, наприклад, свідчити про однобічність або неповноту дізнання, досудового чи судового слідства (ст. 368 КПК), про невідповідність висновків суду першої інстанції фактичним обставинам справи (ст. 370 КПК). Такі висновки ґрунтуються на приписах самого закону, адже згідно з п. 3 ч. 2 ст. 368 КПК дізнання, досудове чи судове слідство в будь-якому разі визнається однобічним і неповним, “коли необхідність дослідження тієї чи іншої обставини впливає з нових даних, встановлених при розгляді справи в апеляційному суді”, що є підставою для скасування вироку (постанови) з поверненням справи прокурору на додаткове розслідування чи новий судовий розгляд (п. 4 ч. 1, ч.ч. 2, 3, 4 ст. 374 КПК).

22. Все ж аналіз вищенаведених правових положень до використання зібраних таким шляхом матеріалів в апеляційному та касаційному провадженнях є лише ключ до повної відповіді на поставлені питання. Підходять вони повністю, в усіх стадіях процесу, хіба щодо одержаних за запитом адвоката документів та їх копій, матеріалів ознайомлення з необхідними документами та письмових висновків фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань. Та й процедура отримання відповідних матеріалів — документів — є надто проста, і така, що здебільшого не зачіпає безпосередньо прав, свобод та законних інтересів ні інших учасників процесу, ні осіб, сторонніх до провадження у справі. Шлях же їх повного розв’язання, на мій погляд, полягає в застосуванні аналогії правил здійснення окремих судово-слідчих дій зі збирання доказів з їх правовими, в т. ч. конституційними гарантіями, до відповідних їм “адвокатських” способів збирання інформації про факти, яка може використовуватися як докази при розслідуванні та судовому розгляді справи, чи (про що йшлося вище) у вигляді “нових”, “додаткових” матеріалів при перегляді судових рішень. Основним, принциповим питанням тут є те, щоб отримані та-

ким шляхом матеріали могли бути визнані допустимими. Це питання про допустимі межі застосування аналогії, причому застосування як аналогії закону, так і аналогії права.

23. Для прикладу візьмемо такий спосіб збирання відомостей захисником, як опитування громадян (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК).

У законі не визначено ні процедури такого опитування, ні коло громадян, які можуть бути опитані захисником, ні конкретних прав та обов'язків того, хто опитує, та опитуваного, ні доказового значення результатів такого опитування. Аналогічна правова невизначеність є у вирішенні цих питань стосовно витребування пояснень від окремих громадян чи посадових осіб покурором, слідчим та органом дізнання при перевірці заяв або повідомлень про злочин до порушення справи (ч. 4 ст. 97 КПК) та щодо одержання органом дізнання пояснень від очевидців та інших осіб при здійсненні провадження за протокольною формою досудової підготовки матеріалів (ч. 1 ст. 426 КПК).

За практикою, що склалася, в останніх двох випадках такі пояснення отримуються, про що уже йшлося, за правилами, наближеними до правил допиту свідка та потерпілого (ст.ст. 166–171 КПК). Інакше і бути не може, оскільки суть процесу пізнання обставин, що з'ясовуються як при допиті, так і при одержанні пояснень від громадян, тут одна і та сама, один і той самий предмет пізнання.

Як свідок може бути викликана кожна особа, про яку є дані, що їй відомі обставини, які стосуються до справи. Предметом показань свідка є обставини, які підлягають встановленню по даній справі, в тому числі про факти, що характеризують особу обвинуваченого або підозрюваного, та його взаємовідносини з ними (ч.ч. 1, 2 ст. 68, ч. 1 ст. 167 КПК). За аналогією, кожна особа, про яку є дані, що їй відомі обставини, які стосуються до справи, може бути викликана до відповідного правоохоронного органу для дачі пояснень на стадії порушення кримінальної справи та при провадженні за протокольною формою досудової підготовки матеріалів. При цьому дотримуються правил, що стосуються осіб, які не підлягають допиту як свідки, та осіб, які мають право відмовитися давати показання як свідки (ст. 69 КПК). Викликаний для дачі пояснень особі роз'яснюється її права, якими закон наділив свідка (ст. 69¹ КПК), в тому числі ті, що передбачені ч. 1 ст. 63 Конституції України. Сам процес одержання пояснень також здійснюється

за правилами допиту свідка (ст.ст. 167–169 КПК). За результатами отримання пояснень складається письмовий документ з додержанням правил, зазначених у ст.ст. 85 та 170 КПК, який, на відміну від протоколу допиту свідка, називаються здебільшого — поясненням. Істотною ж відмінністю тут є те, що особа не попереджається про відповідальність ні за відмову від дачі пояснень, ні за завідомо неправдиві пояснення, оскільки жодного виду юридичної відповідальності за це не передбачено. Тут все залежить від громадянської позиції особи, від якої одержують пояснення.

За аналогією, кожна особа, про яку є дані, що їй відомі обставини, які стосуються справи, може бути опитана захисником за правилами, наближеними до правил допиту свідка та за наведеною вище фактичною процедурою одержання пояснень від громадян органом дізнання, слідчим та прокурором на стадії порушення кримінальної справи та при провадженні за протокольною формою досудової підготовки матеріалів.

Але є й відмінності. Якщо, наприклад, міліція вправі викликати громадян і службових осіб у справах про злочини та у зв'язку з матеріалами, що є у її провадженні, й у разі ухилення без поважних причин від явки за викликом може піддавати їх приводу у встановленому законом порядку (п. 3 ст. 11 Закону про міліцію), то захисник такими повноваженнями не наділений. Він сам шукає обізнаних про обставини справи людей, або йому вказують на таких підзахисний, його близькі тощо. Не рідкі випадки, коли особи, у яких глибоко розвинуте почуття громадянського обов'язку, самі з'являються до захисника з готовністю дати пояснення з відомих їм обставин справи. Але опитування осіб захисником в усіх випадках (як, до речі, згідно із Законом і співробітниками правоохоронних органів — п. 1 ст. 8 Закону про оперативно-розшукову діяльність) повинно здійснюватися тільки за їх згодою і тільки на добровільній основі. Тут не може бути місця для насильства, погроз, шантажу, підкупу тощо. Все мусить здійснюватися так, як, щонайменше, присягалися робити прокурори, слідчі, дізнавачі, оперативні працівники при призначенні на посади, а адвокати — при видачі їм свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Друга відмінність полягає у найменуванні акта опитування. Гадаю, що найбільш правильно назвати такий акт, з огляду на формулювання відповідного повноваження захисника в законах (КПК та в Законі про адвокатуру), — протокол опитування.

Протокол опитування обов'язково повинен бути письмовим. А якщо опитування супроводжувалося технічним записом — з відповідним додатком до нього. В протоколі опитування щонайменше має бути зазначено: місце і дату його складання; прізвище, ім'я, по батькові, місце роботи, інші необхідні дані про захисника; прізвище, ім'я, по батькові опитаної особи, її адресу; якщо при опитуванні були присутні інші особи — необхідні дані про цих осіб; якщо опитування супроводжувалося технічними засобами — відповідні дані про технічний засіб; відомості про роз'яснення опитуваній особі її прав; зміст розповіді особи, викладений нею власноручно чи з її слів захисником від першої особи; запитання захисника та відповіді на них, якщо такі мали місце; час початку та закінчення опитування; посвідчення протокола підписами особи та захисника на кожному аркуші. В опитуваного слід також з'ясувати та відобразити це в протоколі, чи бажає він давати показання як свідок на досудовому слідстві та в суді. Все це може знадобитися як при вирішенні питання про визнання допустимим протокола опитування слідчим чи судом як доказу як документа (ст. 83 КПК) (допустимим до справи “новим матеріалом” в апеляційному чи касаційному суді), так і для оцінки достовірності викладених у ньому відомостей за істотних суперечностей між поясненнями опитаної особи захисником та її показаннями в процесі подальшого провадження справи.

При опитуванні особа може надати захисникові документи, предмети, що стосуються обставин справи. Про це також обов'язково має бути зазначено в протоколі. При цьому предмети слід ретельно оглянути, детально описати в протоколі опитування чи в окремому протоколі, по можливості сфотографувати і долучити до протоколу опитування як додатки.

Закон не забороняє захисникові опитувати осіб, які уже допитувалися слідчим та судом як свідки¹. На досудовому слідстві захисник, наприклад, може сам встановити особу, яка володіє інформацією у справі, не знаючи, що цю особу як свідка уже допитував слідчий. При згоді цієї особи він вправі опитати її з позиції захисту, щоб при ознайомленні з її показаннями із матеріалів справи порівняти обидва свідчення та зробити відповідні висновки. Уже допитаних слідчим чи судом свідків захисник може опитувати з приводу нововиявлених обставин

¹ Такої ж думки Я. П. Зейкан (див.: *Зейкан Я. П.* Захист у кримінальній справі. — С. 34).

справи чи з метою уточнення фактичних даних, одержаних при розслідуванні або розгляді справи з інших джерел. Захисник, на мій погляд, не повинен допитувати уже допитаних осіб як свідків з питань, які з'ясувалися слідчим чи судом з участю захисника, оскільки таке опитування буде нічим іншим, як додатковим, паралельним "розслідуванням" справи. На це закон і надає право захисникові при провадженні додаткових слідчих дій з його участю задавати через слідчого питання не лише свідкові, а й потерпілому, експертові, спеціалістові, обвинуваченому (ч. 4 ст. 221 КПК), а в суді усім особам, які допитуються, — безпосередньо.

24. Принципово правильно буде називати "паралельним розслідуванням", "адвокатським слідством", "розслідуванням захисника" тощо і будь-яку іншу пізнавальну діяльність захисника, оскільки така пошуково-пізнавальна та посвідчувальна діяльність дозволена законом, пов'язана із справою, учасником провадження якої є захисник, і суть її саме у тому і полягає, що в такий спосіб дістає вияв реальне здійснення захисної функції як на досудових, так і на судових стадіях процесу. Та й взагалі є незрозумілим, як, наприклад, захисник може здійснювати надане йому законом право клопотати про виклик для допиту тих чи інших осіб, якщо він не знає, про що вони хоча б приблизно говоритимуть. "Адвокат при виконанні своїх функцій вправі збирати необхідні йому для захисту відомості, приймати заходи до в'язання осіб, які можуть бути свідками на користь обвинуваченого, і т. д., при обов'язковій, звичайно, умові, що всі його дії відповідають закону. Необхідно усунути недовіру до адвокатів, підозру до них, побоювання в тому, що варто лише адвокату дати більшу свободу, то він і свідків почне підмовляти до неправдивих показань, і документи буде підготовлювати неправильні і т. д. Адже навряд чи кому спаде на думку вводити якісь обмеження в збиранні необхідних відомостей і документів для потерпілих, для близьких обвинуваченому осіб, для самих обвинувачених, які перебувають на свободі, окрім, зрозуміло, вимоги не порушувати законність", — слушно зауважував М. С. Строгович¹.

У цьому зв'язку не можна не сказати і того, що на відміну від потерпілих, обвинувачених, їх родичів та знайомих захисники, захисники-адвокати зокрема, при видачі їм свідоцтва

¹ *Строгович М. С.* Деятельность адвокатов в качестве защитников обвиняемых // Советское государство и право. — 1981. — № 8. — С. 90–91.

про право на зайняття адвокатською діяльністю беруть на себе обов'язок “у своїй професійній діяльності суворо додержуватися законодавства України, міжнародних актів про права та свободи людини, правил адвокатської етики, з високою відповідальністю виконувати покладені на них обов'язки, бути завжди принциповими і справедливими, чесними і уважними до людей, суворо зберігати адвокатську таємницю, всюди і завжди зберігати чистоту звання адвоката, бути вірним Присязі” (Присяга адвоката України — ст. 15 Закону “Про адвокатуру”). Наслідком невиконання чи недобросовісного виконання своїх обов'язків, інших проступків та провин, несумісних з професією адвоката, в тому числі фальсифікації доказів, є як усунення захисника від участі у справі (ст. 61⁻¹ КПК), так і його дисциплінарна відповідальність аж до анулювання дії свідцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю (ст. 16 Закону “Про адвокатуру”). “Таким чином, адвокат намагається діяти законно і морально, розуміючи, що від цього залежить його становище в суспільстві. І це одна із вагомих гарантій добросовісності захисника-адвоката”¹.

Сказане свого часу видатним ученим-процесуалістом, колись висококласним слідчим прокуратури О. М. Ларіним, стосується і сьогодні: “Безумовно, захисник намагається виявити виправдувальні, такі, що виключають чи пом'якшують відповідальність, обставини, тоді як співробітники міліції, які здійснюють дізнання, слідчі, прокурори і судді зобов'язані бути всебічними і об'єктивними. Цього вимагає від них закон і теорія процесу. Тим не менше, практично однобічний обвинувальний ухил в діяльності органів розслідування, прокуратури, суду — не така вже і рідкість. Не випадково більша частка судових помилок (за якими часто стоять слідчі помилки) полягає в постановленні необґрунтованих обвинувальних (а не виправдувальних) вироків, у призначенні покарань, явно несправедливих за своєю суворістю (а не за м'якістю). Притаманна захисникові однобічність необхідна для подолання одностороннього обвинувального ухилу”².

¹ *Стецовский Ю. И., Ларин А. М.* Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. — С. 307. З цього приводу М. Молло, образно, звичайно, висловився так: “Адвокат може обійтися без дворянина, дворянин без адвоката — ні” (*Молло М.* Правила адвокатской профессии во Франции (1842 г.). — С. 49).

² *Стецовский Ю. И., Ларин А. М.* Знач. праця. — С. 306.

25. Слід зазначити, що право захисника проводити опитування осіб, що володіють інформацією у справі, необхідно тлумачити розширювально і в тому розумінні, що захисник вправі у такий спосіб збирати не лише фактичні дані, які можуть бути доказами, а й встановлювати факти, що мають юридичне значення. Наприклад, захисник (а хто ж, як не він) може з'ясувати в потерпілого та узгоджувати з ним питання про примирення з підзахисним, тобто одну з неодмінних підстав звільнення підзахисного від кримінальної відповідальності (ст. 46 КК — ст. 8 КПК). З цивільним позивачем він вправі обговорити питання підстав, розміру цивільного позову, про укладення мирової угоди тощо.

26. Захисник у жодному випадку не може збирати доказову інформацію шляхом порушення конституційних та інших охоронюваних законом прав, свобод і законних інтересів людини. Зокрема, він не вправі проводити обшук і виїмку, як примусові слідчі дії зі збирання доказів, отримувати інформацію із кореспонденції, знімати її з каналів зв'язку та іншими сурогатними діями, схожими на слідчі дії. Але захисник може за згодою власника ознайомитися з обстановкою його будинку, квартири, земельною ділянкою, документами тощо, які були місцем події або особливості та ознаки яких мають доказове значення. З дозволу відповідних працівників підприємств, установ, організацій, об'єднань громадян він може те саме здійснити стосовно службових та виробничих приміщень, ділянок зайнятої ними території або з певними належними їм об'єктами чи предметами.

Без будь-яких обмежень та узгоджень захисник вправі відвідувати та вивчати загальнодоступні місця, як-от: ділянки доріг та місцевості загального користування, вокзали, майданчики для танців, пляжі, будинки культури тощо. Результатами такого ознайомлення та вивчення можуть бути складені ним протоколи обстеження, а також схеми, плани, здійснена фото-, відеозйомка, як додатки до протоколу обстеження чи як окремі засоби, що відображають обстановку місця події чи інші обставини, які мають значення для справи. Збирання та закріплення вказаним шляхом доказових фактичних даних і їх джерел за своїм змістом найбільш підходить до такої слідчої дії, як огляд (місцевості, приміщення, предметів та документів — ст. 190 КПК).

27. Залежно від способів та умов здійснення захисником вказаної діяльності, матеріали, отримані за її результатами, є двох видів.

Якщо захисник сам особисто здійснює збирання та фіксацію у такий спосіб корисної для захисту інформації, зібрані матеріали розглядаються і подаються слідчому та суду так, як їх зібрав та подав захисник, — протокол обстеження квартири, перехрестя вулиць тощо з додатками або без таких, фотографія об'єкта, план виробничого приміщення тощо. Такі матеріали з адекватним їм найменуванням можуть подаватися слідчому і суду також як наочні та переконливі аргументи для обґрунтування тих чи інших клопотань чи як нові додаткові матеріали апеляційному чи касаційному судам в обґрунтування доводів апеляції, касаційної скарги. Їх не можна відносити до документів. Річ у тім, що за документом завжди стоїть відповідальна за його складання особа, яка може бути допитана як свідок, якщо виникне сумнів щодо засвідчених у документі обставин. Протокол обстеження, схема, план, фотознімок, складені та зроблені особисто захисником, такій умові не відповідають. Захисник не може бути допитаний про досліджувані ним обставини справи, перебіг дослідження тощо з тієї простої причини, що в одній і тій самій справі він не може бути одночасно захисником і свідком (ст.ст. 61, 69 КПК). Звичайно, захисник може дати суду пояснення з цих питань при поданні таких матеріалів і зазвичай дає такі пояснення, чим переконує суд у законності їх отримання, належності та допустимості до справи й одночасно обґрунтовує ними доводи клопотання, скарги або спростовує доводи протилежної сторони чи доводить неправильність або помилковість уже здійснених з цього ж приводу слідчих дій. Пояснення захисника мають іншу правову природу. Мабуть, такими матеріалам — носіям зібраної захисником інформації — слід давати їх власні назви — протокол обстеження, схема місця події тощо.

Інша річ, коли для обстеження приміщення, території, об'єкта з метою отримання кваліфікованої допомоги у виявленні та фіксації тієї чи іншої доказової інформації, фотографування, складання схеми тощо, захисник залучає шляхом запрошення іншу особу, фахівця з певної галузі знань чи практика. У такому випадку засвідчені цією особою фотографія, план, схема набувають усіх необхідних ознак документа, а сама ця особа може бути допитана як свідок.

28. Зібрана обома наведеними способами інформація може бути подана слідчому чи суду безпосередньо, а може також бути використана ним сама по собі або в сукупності з іншими зібраними захисником особисто чи взятими з матеріалів спра-

ви даними як фактична основа використання іншого способу збирання відомостей про факти, що можуть використовуватися як докази в справі — одержання письмового висновку фахівця (фахівців) з питань, що вимагають спеціальних знань (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК).

Одержання висновку фахівця з питань, що вимагають спеціальних знань, є сурогатом збирання доказів шляхом призначення та проведення судової експертизи (ст.ст. 75, 196–205 КПК). Якщо проводити аналогію, то висновки фахівців, здійснені за зверненням захисника, можна прирівняти в доказовому плані з актами ревізій, перевірок, зроблених на вимогу особи, яка провадить дізнання, слідчого, суду (ч. 1 ст. 66 КПК), підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність (п. 3 ч. 1 ст. 8 Закону “Про оперативно-розшукову діяльність”) та експертиз, які складаються на підставі спеціальних законів України та інших нормативних актів про той чи інший вид експертизи, наприклад, Закону “Про наукову і науково-технічну експертизу” від 10 лютого 1995 р., Положення про державну експертизу умов праці від 1 грудня 1990 р. тощо. За своїми об’єктивними властивостями аналогічною є й інформація, яку надає фахівцеві захисник для проведення спеціального дослідження (копії документів з матеріалів справи, протоколи опитування захисником громадян, складені ним чи за його зверненням спеціалістом карти, схеми) та яку використовують ревізори, інспектори відомчих та міжвідомчих контролюючих відомств, наглядових служб під час ревізій, службових перевірок (документи обліку матеріальних цінностей, пояснення, отримані ними від посадових осіб та працівників підприємств, установ, організацій).

Висновки фахівців, здійснені за зверненням захисника, як і акти ревізій, перевірок, виконані на вимогу органу дізнання, слідчого чи прокурора з метою перевірки заяв та повідомлень про злочин до порушення кримінальної справи, є документами, і у випадках долучення їх до справи вони набувають статусу документів у розумінні ст. 83 КПК та досліджуються й оцінюються слідчим і судом як такі нарівні з іншими доказами справи. При виникненні сумнівів щодо відображеної в них інформації, і висновки фахівців, і акти ревізій та перевірок можуть бути перевірені слідчим чи судом шляхом допитів, відповідно, фахівців, ревізорів, осіб, які здійснювали перевірку, як свідків та як свідків осіб, котрих було опитано, чи від яких

були отримані пояснення, або й шляхом призначення та проведення відповідної судової експертизи.

Закон не обмежує захисника певними видами питань чи сферами знань та людської діяльності, за якими він вправі звернутися до фахівця для одержання висновку. Не є винятками і звернення до фахівців у галузі медицини та психіатрії, навіть у випадках обов'язкового призначення та проведення судової експертизи, якщо особа (обвинувачений, потерпілий, свідок) згідна з проведенням такого дослідження. В інтересах не лише захисту, а в першу чергу істини і правосуддя, варто було б в законі закріпити як обов'язок фахівців, в першу чергу судових експертів, здійснювати відповідні дослідження та давати висновки з фахових питань на звернення захисників.

Як доречно зазначає Ю. Ф. Лубшев, захисник, “адвокат — творчий працівник. В цьому його соціальна сутність і правова відокремленість від інших юристів. Успіх роботи адвоката визначається наявністю, обсягом і мобільністю його творчих здібностей. І законодавець не може передбачити в праві усі чи навіть багато ситуацій, у яких здатні проявитися адвокатські думки, юридичні можливості (права) цього спеціаліста. Значна частина віддана на розсуд адвоката, який і вправі здійснювати будь-які законні дії”¹. Між тим сучасна система знань є надто складною та різнобарвною, особливо, зокрема, юриспруденція. Але фахівцем в усіх галузях юриспруденції навряд чи може бути кожен адвокат. Тому захисникові зовсім не соромно, навпаки, доречно і корисно при виникненні нестандартної для нього правової ситуації звертатися та отримувати письмові висновки у спеціалістів відповідних галузей юридичних знань.

29. Непростим є питання про збирання захисником предметів та речовин, які можуть бути використані як речові докази у справі (ст. 78 КПК).

Предмети та речовини, які вагомі для спростування обвинувачення чи пом'якшення покарання, захисник може отримати різними шляхами. Предмет та речовину, що має значення речового доказу (і так часто трапляється), йому можуть надати підзахисні, їх близькі, родичі та інші, навіть незнайомі, такі, що бажають залишитися інкогніто, особи. Ці предмети та речовини захисник може знайти особисто, наприклад, при ознайомленні з місцем події, з об'єктами, які зберегли на собі сліди події, виявити ознаки документа, що відповідають умо-

¹ Лубшев Ю. Ф. Курс адвокатського права. — С. 193–194.

вам ст. 78 КПК тощо. Як у таких і подібних випадках повинен діяти захисник?

Оскільки захисник у жодному разі не може бути допитаний як свідок, цілком очевидно, що він у більшості випадків не повинен особисто знайдені предмети та речовини чи передані йому невідомою особою вилучати і приймати та надавати слідчому чи суду, оскільки вони можуть бути неспроможні судово-слідчим шляхом перевірити ні правомірності дій захисника, ні належності знахідки чи передачі до справи, а тому не матимуть змоги прийняти такий предмет чи речовину до справи та використати їх як речові докази в процесі доказування. В такому разі захисник може вилучити, і обов'язково вилучить із арсеналу захисту важливі, а можливо, єдині захисні засоби-аргументи на користь підзахисного, чим завдасть йому непоправної шкоди.

Якщо предмети та речовини з ознаками речових доказів захисникові надають відомі особи, гадаю, найправильнішим буде одержання їх шляхом складання протоколу прийняття цього предмета чи речовини з максимально можливим дотриманням правил та умов роботи слідчого з речовими доказами (ст. 79, ч. 2 ст. 186 КПК) та криміналістичних рекомендацій. Зокрема, прийняті об'єкти має бути уважно оглянуто, по можливості сфотографовано, докладно описано у протоколі їх прийняття, у необхідних випадках упаковано і опечатано. Протокол слід надати для підписання також особі, що його надала. Крім того, слід повно і всебічно опитати особу про те, як у неї виявився чи до неї потрапив цей предмет або речовина, де, коли, за яких обставин, як особа їх зберігала та з ними поводитися. Річ у тім, що зв'язок об'єкта з навколишньою обстановкою, як правило, сам собою має доказову цінність.

Безперечно, захисники обізнані з криміналістикою. Але криміналістичної практики у них, як правило, обмаль¹. Тому доцільно, а залежно від особливостей об'єкта іноді обов'язково, для роботи з ним як з таким, що може бути речовим доказом, щоб запобігти необережним поводженням пошкодження доказової інформації, слідів, особливо мікроскопічних, прихованих, а також нанесення на об'єкт невмілим поводженням з ним нових слідів, які не стосуються справи, є залучення спе-

¹ Про стан розробки наукових засад і криміналістичних рекомендацій у роботі адвокатів-захисників див.: Гончаренко В. Г. Теорія криміналістики і адвокатська практика // Адвокат. — 2003. — № 2. — С. 3–6.

ціаліста, по можливості експерта-криміналіста. В разі виникнення у слідчого чи суду сумнівів щодо тих чи інших ознак наданого захисником предмета чи речовини, перебігу їх одержання та документального закріплення достовірності протоколу опитування, і особа, і спеціаліст на законних підставах можуть бути допитані як свідки.

Якщо захисник особисто виявить об'єкт з ознаками речового доказу, йому обов'язково необхідно звертатися з проханням про допомогу до інших осіб, бажано, знову ж таки, до спеціалістів, експертів-криміналістів. Але у таких випадках з участю тих чи інших осіб слід перш за все здійснити обстеження місця (приміщення, місцевості, транспортного чи іншого засобу тощо), де знайдено цей об'єкт, скласти протокол обстеження, у якому зазначити знайдений об'єкт. Іншими словами, перш за все, слід, так би мовити, "прив'язати" виявлений об'єкт до місця. В жодному випадку не вилучати об'єкт особисто чи просити це зробити інших осіб. Зафіксувавши таким чином все, як є, і вживши заходи до збереження його в цілісності і недоторканності, якщо є переконання, що це на користь підзахисному, необхідно негайно клопотати перед слідчим чи судом про необхідність проведення відповідної судово-слідчої дії для збирання і закріплення ними об'єкта як речового доказу в порядку, визначеному процесуальним законом.

Дати якісь певні рекомендації, як діяти у разі надання захисникові предмета чи речовини з ознаками речового доказу особою, яка бажає залишитися невідомою, очевидно неможливо. Тут все залежить від конкретних обставин і причин, через які особа не бажає розкривати себе. Отже, тут робота захисника насамперед полягає не в отриманні предмета чи речовини, а в пошуку порозуміння з невідомим. І захисник мусить в цьому напрямі зробити все від нього залежне, аби не втратити такого важливого з позицій захисту доказу.

30. У ст. 48 КПК, та й в ст. 6 Закону про адвокатуру серед прав захисника не названо право давати пояснення з тих чи інших питань справи, чи по справі в цілому. Його передбачено в ст. 362 КПК, яка регламентує розгляд справи апеляційним судом. Крім того, захисник вправі давати пояснення суду при вирішенні питань, пов'язаних з виконанням вироку (ч. 4 ст. 411 КПК).

У ст. 362 КПК про право давати пояснення згадано двічі: при роз'ясненні головуючим учасникам процесу їх прав, та при їх реалізації в процесі апеляційного розгляду справи. У

першому випадку зазначено, що після виконання підготовчих дій “головуючий роз’яснює учасникам процесу їх права, а також право давати пояснення з приводу поданих апеляцій та виступати в судових дебатах...” (ч. 1 ст. 362 КПК), а в другому — “якщо суд апеляційної інстанції не проводив судового слідства..., головуючий ознайомлює учасників судового розгляду з додатковими матеріалами, якщо вони були надані, з матеріалами, що надійшли із суду першої інстанції на виконання доручень, вислуховує їх пояснення з приводу поданих апеляцій в порядку, передбаченому статтею 318 цього Кодексу, і переходить до судових дебатів” (ч. 4 ст. 362 КПК).

Із контексту наведених положень закону випливає таке.

Перше. Дача пояснень в апеляційному суді — це право усіх учасників судового розгляду. Друге. Предметом пояснень є подані апеляції, тобто власна апеляція та апеляції інших учасників процесу. Третє. Право дачі пояснень та право виступу в судових дебатах — це різні рівнопорядкові права, а отже, дача пояснень і виступ у судових дебатах — це різні рівнопорядкові поняття. Четверте. Дача учасниками процесу пояснень передбачена лише у разі непровадження апеляційним судом судового слідства, тобто якщо в суді не здійснюється безпосереднє дослідження доказів. П’яте. Дача пояснень — саме право, а не обов’язок кожного окремого учасника апеляційного провадження.

Пояснення обвинуваченого (підозрюваного, підсудного, засудженого), потерпілого, цивільного позивача та цивільного відповідача і їх представників, прокурора, захисника не передбачені в законі як кримінально-процесуальні докази (ч. 2 ст. 65 КПК)¹. Доказами як засобами встановлення шляхом дослідження наявності або відсутності суспільно небезпечного діяння, винуватості особи, яка вчинила це діяння, та інших обставин, що мають значення для правильного вирішення справи, є лише показання із усіх вказаних суб’єктів апеляційного розгляду справи

¹ Правова природа пояснень цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників в апеляційному (касаційному) суді (ст. 362 КПК) відрізняється від пояснень цих учасників судового розгляду в суді першої інстанції (ст.ст. 50, 51, 52, 268 КПК). У другому випадку застосована аналогія норм цивільно-процесуального закону, згідно з якими пояснення однойменних сторін цивільного судочинства є доказами у цивільній справі (ст.ст. 27, 180 ЦПК). У такій якості доказів при розгляді та вирішенні цивільного позову в кримінальній справі вони і розглядаються кримінально-процесуальним законом.

потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого (підсудного) (ч.ч. 1 і 2 ст. 65 КПК). Захисник допиту про обставини справи не підлягає, а отже, показання чи пояснення в сенсі встановлення фактичних обставин справи давати не може.

Отже, пояснення захисника в апеляційному суді (як і інших учасників судового розгляду) в контексті ч.ч. 1 та 4 ст. 362 КПК є, по-перше, нічим іншим, як логічним доказуванням, оперуванням наявними у справі доказами та додатково наданими апеляційному суду матеріалами на підтвердження чи спростування певної тези. А оскільки закон прямо вказує на те, що пояснення учасники процесу вправі давати з приводу поданих апеляцій, слід однозначно констатувати: пояснення учасника процесу в такому плані в апеляційному суді, захисника зокрема, це: а) наведення нових доводів, висловлювання додаткових аргументів, окрім викладених в апеляції, для того, щоб рішення суду першої інстанції не на користь підзахисного було скасовано повністю чи частково, а таке, що влаштовує його, залишилось без зміни; б) роз'яснення окремих доказових положень власної апеляції; в) наведення доводів щодо спростування апеляцій протилежної сторони в цілому чи в певній її частині. Найбільш яскраво доказовий зміст пояснень виявляється тоді, коли захисник, наприклад, аргументує висловлювані ним (чи викладені в апеляції) думки про достатність, силу чи достовірність тих чи інших доказів справи, коли він шляхом аналізу доказів доводить необхідність збирання додаткових даних.

В іншому плані пояснення захисника в апеляційному суді не входять у зміст доказування, а саме, в тих випадках, коли вони звернені лише до суто правових, матеріально-правових чи процесуально-процедурних питань — щодо кваліфікації діяння, міри покарання тощо.

Наведене щодо пояснень захисника в апеляційному суді вимагає неодмінного дотримання ним правила про те, що про зміст апеляцій інших учасників процесу і з доданими до них новими матеріалами захисник повинен ознайомлюватися не з доповіді судді-доповідача під час розгляду справи, а обов'язково до апеляційного розгляду, аби бути належно підготовленим до виконання своєї функції на цій стадії кримінального судочинства. А структура та зміст виступу захисника у дебатах сторін в апеляційному суді мають бути лаконічним логічним підсумковим результатом як його кропіткої роботи над

апеляцією, так і подальшої активної високопрофесійної діяльності до цього етапу апеляційного розгляду справи включно.

31. За своєю правовою природою аналогічними поясненням захисника в апеляційному (касаційному) суді є такі види його захисної діяльності, як: висловлювання своєї думки з питань, які з'ясовуються суддею при попередньому розгляді справи, та заявлених іншими учасниками клопотань при участі в досудовому розгляді справи (ч. 2 ст. 240 КПК); викладення суду своєї думки про клопотання інших учасників процесу під час судового розгляду справи (ч. 1 ст. 266, ч. 3 ст. 296 КПК); висловлення думки при вирішенні судом питання про направлення справи на додаткове розслідування (ч. 2 ст. 281 КПК), про закриття справи (ч. 1 ст. 282 КПК), про можливість розгляду справи або відкладення його в разі неявки в судове засідання потерпілого (ч. 1 ст. 290 КПК), свідків і експертів (ч. 1 ст. 292 КПК); про визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню, та порядку їх дослідження (ч. 1 ст. 299 КПК); щодо формулювання питань, які суд ставить перед експертом (ч. 4 ст. 310 КПК).

В усіх вказаних випадках терміни “викладення суду своєї думки”, “висловлення думки” є синонімом терміна “пояснення” в тексті ст. 362 КПК. Відмінність тут лише у тому, що викладення, висловлення сторонами, в тому числі захисником, своїх думок суду в цих випадках має місце здебільшого не по суті справи, а з окремих питань її провадження та з приводу прийняття проміжних (етапних) та допоміжних рішень. Оскільки ж від вирішення таких питань та прийняття рішень у сумарному підсумку багато в чому залежить кінцевий результат справи, доля підсудного, — захисник і цю частину своєї роботи мусить здійснювати абсолютно відповідально і активно саме в напрямі на користь захисту. Коли захисник при обговоренні того чи іншого питання або клопотання висловлюється — “на розсуд суду”, що нерідко буває, то це не захист, а явне ухилення від такого. Захисник, будучи єдиним суб'єктом-професіоналом сторони захисту, не повинен втрачати жодної захисної можливості. Нейтральних питань стосовно обвинувачення чи захисту в суді просто не буває.

На трьох питаннях із наведеної низки питань слід наголосити особливо.

Перше стосується висловлювання думки захисником з приводу вирішення суддею питання про закриття справи при попередньому її розгляді (ст. 248 КПК). Це підстави, передбаче-

ні ст. 6, ч. 1 ст. 7, ст.ст. 7⁻¹, 7⁻², 8, 9, 10 і 11⁻¹ КПК, тобто ті, з якими закон пов'язує вирішення кримінальної справи остаточно і по суті, як правило, вигідно для підзахисного, в тому числі з реабілітацією його (п.п. 1, 2, 5 ч. 1 ст. 6 КПК) та звільненням від кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 7, ст. 7⁻¹ — 11⁻¹ КПК). Тому до висловлювань своїх думок з названих питань (а це випадки, коли вони обговорюються з ініціативи судді чи за клопотанням іншого учасника судового розгляду) захисник повинен підходити "всеозброєним".

Тут не випадково вжито — "як правило". Річ у тім, і так нерідко буває, що клопотання про закриття кримінальної справи з підстав, що не реабілітують обвинуваченого, заявляють суб'єкти сторони обвинувачення, здебільшого прокурор у тих випадках, коли перспектива вирішення справи — повна реабілітація обвинуваченого за відсутністю події злочину, за відсутністю в діянні складу злочину чи за недоведеності участі обвинуваченого у вчиненні злочину або недоведеності його вини (п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 6, п. 2 ст. 213 КПК). У таких випадках і обвинувачені, які злочин в дійсності не скоювали, часто-густо, головним чином боючись судової помилки, погоджуються з прокурором і дають згоду на закриття справи з підстав, що їх не реабілітують. Участь захисника в цих процесуальних ситуаціях є надзвичайно складною і відповідальною, такою, що вимагає зваження усіх "за" і "проти", обов'язкового роз'яснення підзахисному правових, у тому числі цивільно-правових наслідків такого закриття справи (а вони іноді набагато важчі, ніж передбачена кримінальним законом міра покарання). Тому висловлювана ним думка завжди має ґрунтуватися на всій наявній у справі на той момент системі доказів, матеріалів, якими володіє сам захисник, прогнозована і обов'язково за всіма параметрами справи узгоджена з підзахисним.

Друге питання аналогічне розгляненому, що виникає при обговоренні підстав та умов закриття кримінальної справи під час її судового розгляду (ч. 1 ст. 282 КПК). Підстави, передбачені ст. 6 КПК, тут ті самі, за винятком передбачених пунктами 1 і 2, усі підстави, передбачені ст.ст. 7, 7⁻¹ — 11⁻¹ КПК. Отже, в суді, без постановлення судом вироку, реабілітація виключається. Тому, на мою думку, при виправдувальній позиції сторони захисту і за дотримання усіх вищенаведених умов стосовно стадії попереднього розгляду справи суддею, слід обов'язково виконати, як мінімум, ще одну — якщо немає підстав для можливого в подальшому погіршення становища підсуд-

ного, наполягати на проведенні судового слідства в повному обсязі і до кінця, щоб мати змогу бачити реальний стан речей саме на цьому етапі судового розгляду і лише тоді висловитися, чи вже можливо заявити самому клопотання про закриття справи за адекватною правовою чи фактичною підставою.

Третє — це питання щодо спрощеної процедури судового розгляду справи (ст. 299 КПК).

Суд вправі, якщо проти цього не заперечують учасники судового розгляду, визнати недоцільним дослідження доказів щодо тих фактичних обставин справи та розміру цивільного позову, які ніким не оспорюються. При цьому суд з'ясовує, чи правильно розуміють підсудний та інші учасники судового розгляду зміст цих обставин, чи немає сумнівів у добровільності та істинності їх позицій, а також роз'яснює їм, що у такому випадку вони будуть позбавлені права оспорювати ці фактичні обставини справи та розмір цивільного позову в апеляційному порядку (ч. 3 ст. 299 КПК).

Цілком очевидно, що за спрощеного порядку судового розгляду, без дослідження обставин справи на підставі одного “голого” визнання підсудним своєї вини та цивільного позову, суд аргіюгі постановить обвинувальний вирок за всім обсягом обвинувачення та повністю задовільнить позовні вимоги. В подальшому, в тому числі в порядку виключного провадження, щось змінити буде неможливо, оскільки докази в суді не досліджувалися, суду вищого рівня немає що перевіряти.

Підсудні часто погоджуються на спрощену процедуру з огляду, і не безпідставно, на те, що вони таким чином полегшують роботу прокурора та суду і тим самим очікують адекватного ставлення з їх боку до себе.

Але спрощеного судового слідства в “чистому” його вигляді бути не може, хоча б тому, що у такому разі стають безпредметними, а отже, неможливими, судові дебати. Між тим, річ не тільки в цьому. За абсолютно спрощеного судового розгляду суд позбавляє себе можливості виконати вимоги кримінального (ст.ст. 44—86 КК) та процесуального (ч.ч. 1, 2, 3, 5 ст. 334 КПК) закону щодо мотивування вироку та законного вирішення питань про справедливу міру покарання, його розмір чи звільнення від покарання, або його відбування тощо.

Тому захисник у кожній справі при вирішенні судом питання щодо обсягу доказів, що підлягають дослідженню, зобов'язаний наполягати на дослідженні тих із них, які вказують на обставини меншого ступеня тяжкості вчиненого злочину, по-

зитивні якості та характеристики особи винного та на обставини, що пом'якшують покарання (п. 3 ч. 1, ч. 3 ст. 65, ст. 67 КК — п. 3 ст. 64 КПК). Лише тоді захисник зможе предметно виступити в судових дебатах, обґрунтовано довести необхідність призначення саме ним запропонованого покарання, а в подальшому, за незгоди з рішенням суду в частині призначеного покарання, — матиме можливість оскаржити вирок у цій частині в апеляційному порядку.

32. Надзвичайно важливим та дієвим засобом захисту є реалізація захисником права виступати в судових дебатах (п. 9 ч. 2 ст. 48 КПК).

Про виступ захисника в судових дебатах, його майстерність написано досить багато і правильно¹. Є чимало опублікованих промов талановитих російських, радянських та вітчизняних захисників, адвокатів зокрема². Відсилаючи до вказаних, до речі, доступних читачеві публікацій, хочу зупинитися лише на такому.

Хоча виступ захисника у судових дебатах також визначений в законі як його право (п. 9 ч. 2 ст. 48 КПК), однак з огляду на приписи, що зобов'язують використовувати всі передбачені в законі засоби захисту (ч. 1 ст. 48 КПК) та забороняють за загальним правилом відмовитися від виконання своїх обов'язків (ч. 7 ст. 48 КПК), а виступ в судових дебатах є одним з таких засобів захисту, це право слід розглянути одночас-

¹ Молло М. Правила адвокатской профессии во Франции (1842 г.): Пер. с франц. Издание Н. П. Шубинского. — М., 1894. — С. 6–78; Э. Пикар. Об адвокате (парадокс). — М., 1898. — С. 43–45; Циткин А. Л. Право на защиту в советском уголовном процессе. — Саратов, 1959. — С. 295–335; Гинсбург Г. А., Поляк А. Г., Самсонов В. А. Советский адвокат. — М., 1968. — С. 124–150; Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. — Т. II. — М., 1970. — С. 315–319; Гольдиенер В. Д. Защитительная речь. — М., 1970; Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі. — К., 2003. — С. 240–302; Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі. — К., 2002. — С. 186–228.

² Слово адвокату / Под. ред. К. Н. Апраксина. — М., 1981; Сергеев П. Искусство речи на суде. — М., 1988; Кисенишский И. М. Судебник речи по уголовным делам. — М., 1989; Ария С. Л. Защитительные речи и жалобы. — М., 1991; Суд присяжных в России: Громкие уголовные процессы 1864–1917 гг. / Сост. С. М. Казанцев. — Л., 1991; Судові промови адвокатів України Ред. кол.: В. В. Медведчук (голова) та ін. — К., 2000; Спасович В. Д. Избранные труды и речи / Сост. И. В. Потанчук. — Тула, 2000; Ларин А. М. Государственные преступления. Россия. XIX век (Взгляд через столетие). — Тула, 2000; Урусов А. И. Первоиздатель русской судебной защиты / Сост.: И. В. Потанчук. — Тула, 2001.

но як обов'язок захисника, від якого він відмовитися не може, а тому зобов'язаний виголосити захисну промову.

Захисник, захисник-адвокат зокрема, є юристом-професіоналом, а тому його промова завжди має бути професійно грамотною, аргументованою, ґрунтуватися на справжніх матеріалах справи, щоб бути переконливою як для суду, так і для присутніх на суді, відзначатися високим рівнем культури. Тому захисник в усіх випадках повинен вичерпно знати матеріали справи та ретельно підготуватися до судових дебатів¹.

Участь захисника в судових дебатах завершує велику і складну роботу в судовому розгляді². Вона дає змогу захисникові публічно піддати розгорнутій критиці версію обвинувачення та викласти суду всі доводи на користь підзахисного. Завдання захисника в судових дебатах в тому і полягає, щоб максимально сприяти формуванню у суддів переконання, сприятливого для свого підзахисного.

Регламентуючи структуру та зміст промови захисника в дебатах сторін, закон вказує, що він висловлює суду свою думку про значення перевірених доказів у справі, про наявність обставин, які виправдовують підсудного чи пом'якшують його відповідальність, а також свої міркування з приводу застосування кримінального закону та міри покарання (ч. 2 ст. 266 КПК). Практично вимоги до промови захисника в основному ті самі, що і до промови обвинувача (ч. 2 ст. 264 КПК). Він має висловитися з тих самих питань, що і прокурор, але з протилежного погляду, а саме, з погляду законних інтересів підсудного, оскільки саме захисник "сприяє підсудному в здійсненні його прав і в захисті його законних інтересів" (ч. 1 ст. 266 КПК). Іншими словами, якщо предметом доказування обвинувача в дебатах сторін є формула обвинувачення, то для захисника вона є формулою спростування.

Позиція захисника у кожній конкретній справі залежно від її фактичних та правових обставин може бути різною, а саме: а) він може спростовувати обвинувачення в цілому, наполяга-

¹ Ось як наставляв в цьому плані адвокатів знаменитий бельгійський адвокат Едм. Пікар: "В нашій професії нічого не дається дарма, все повинно бути придбано і за дорогу ціну, яка відповідає затраченій праці". І далі: "Якщо не потрібно говорити все те, що думаєш, то, в усякому разі, потрібно думати про все, що говориш" (Едм. Пікар. Об адвокаті (парадокс). — С. 86, 100.

² Див. також: *Попелюшко В.* Судовий розгляд кримінальної справи. Навчальний посібник. — Острого, 2003. — С. 149–158.

ючи на виправданні підсудного за відсутністю події, складу злочину чи недоведеності його участі у вчиненні злочину; б) спростовувати обвинувачення в певному обсязі, в тому числі за окремими епізодами та пунктами, і також наполягати на виправданні підсудного в цій частині; в) оспорювати кваліфікацію злочину, наполягаючи на більш м'якій, не спростовуючи фактичної сторони обвинувачення; г) не оспорюючи фактичної та юридичної сторін обвинувачення, доводити наявність обставин, які пом'якшуючих покарання спростовуючи ті, що обтяжують, наполягати на меншому ступені тяжкості вчиненого злочину, позитивних характеристиках особи підсудного, а в кінцевому підсумку на пом'якшенні запропонованого прокурором покарання. Причому названі елементи в захисній промові можуть переплітатися та поєднуватися.

Істотна відмінність захисної промови від обвинувальної (за єдності їх методологічних, морально-етичних основ та підходів) полягає також у тому, що захисник, на відміну від прокурора, не зобов'язаний довести перед судом невинуватість підсудного чи меншу його вину. Йому достатньо продемонструвати слабкі місця обвинувачення, ненадійність доказів, неправильність кваліфікації тощо, тобто необґрунтованість тверджень та висновків обвинувача, дискредитацію обвинувачення, суть якої полягає у тому, що недоведеність вини підсудного з огляду на презумпцію невинуватості є доведеністю його невинуватості. Однак це зовсім не означає, що захисник у своїй промові лише ставить під сумнів, спростовує обвинувачення та доводи обвинувача, покладені в його основу. Захисник — активний та ініціативний суб'єкт доказування. Він може висувати і часто висуває іншу версію події, участі у ній підзахисного, наводить іншу систему доводів на її підтвердження і саме таким чином, в позитивній формі доказує неспроможність обвинувачення.

Захисник, як і прокурор, має використовувати лише законні засоби захисту, не перекручувати факти, не застосовувати недозволені прийоми, не йти шляхом неправди навіть тоді, коли йому це нав'язує підсудний. Хоча захисник є представником підсудного, він не повністю пов'язаний з волею та позицією останнього, він у той же час є самостійним учасником процесу. Захисник, захисник-адвокат зокрема, у своїй діяльності повинен виходити із професійного обов'язку, точно і неухильно

дотримуватися вимог чинного законодавства і використовувати лише передбачені законом засоби та способи захисту прав, свобод та законних інтересів підзахисних.

Захисник обирає позицію відповідно до даних, які досліджені на судовому слідстві, та своїм процесуальним статусом, і в першу чергу саме цим визначає зміст своєї захисної промови. Звичайно, захисник обговорює та узгоджує своє позицію з підсудним. Між ними можуть бути розбіжності, але вони в жодному разі не можуть виявлятися в діяльності, у промові захисника на підтримання обвинувачення, особливо у випадках заперечення підсудним своєї вини. Захисник не може виступати з обвинувальною промовою незалежно від ступеня доведеності обвинувачення та правильності кваліфікації: “Завдання захисника в даній ситуації в тому і полягає, щоб виявити, підкреслити, продемонструвати суду все, що суперечить, не відповідає версії обвинувачення, добути зі справи і протиставити цій версії все, що підтримує показання підзахисного, все, що може бути використано на користь його невинуватості”¹. “Якщо відмову адвоката від прийнятого на себе захисту можна порівняти із залишенням поля бою, — писав О. М. Ларін, — то його згода з обвинуваченням, яке відкидається підзахисним, подібна переходу на бік противника, зраді”².

Як свідчить адвокатська практика, при підготовці до судових дебатів захисники та підзахисні, як правило, доходять порозуміння та узгодження своїх позицій щодо змісту промов. Лише у тих нечисленних випадках, коли підзахисні наполягають на застосуванні захисниками явно протиправних засобів та способів захисту, питання узгодження позицій переходить у площину роз’яснення підсудному його права в будь-який момент провадження у справі відмовитися від захисника.

Однак захисник повинен чітко й однозначно визначитися у своїй позиції в дебатах сторін. Він не вправі проголошувати так звану альтернативну промову, наприклад, виступати про виправдання підсудного, “але, якщо суд все ж визнає його винним”, пропонувати призначити мінімальне покарання. Захисна промова підсумовує всю роботу захисника по справі, часто ще з досудового слідства. Тому кінцевий висновок захис-

¹ Ларин А. М. Презумпция невиновности. — М., 1982. — С. 81.

² Ларин А. М., Мельникова Э. Б., Савицкий В. М. Уголовный процесс России. — С. 157.

ника має бути лише один. Альтернативні пропозиції, по-перше, малопереконливі, а по-друге, суперечать самій суті професійного захисту в кримінальному судочинстві. У захисній промові захисника є неприпустимі не тільки висновки та пропозиції про винуватість підзахисного, а й висловлювання про пряме чи непряме підтвердження його вини.

33. Після закінчення промов учасники судових дебатів мають право обмінятися репліками (ч. 5 ст. 318 КПК).

Репліка — це також промова, причому вона не є продовженням чи доповненням виступу в дебатах, а промовою самостійною, короткою і конкретною, в якій один учасник судових дебатів відповідає на промову іншого. Обмін репліками, як правило, — стисла гостра полеміка учасників дебатів з основних питань спору між сторонами.

Це не обов'язковий елемент судових дебатів. Після промов у дебатах їх учасники вправі, але не зобов'язані виступати ще раз із запереченням один одному.

Після промов захисника та підсудного головуєчий надає прокурору право на репліку, який може скористатися ним або ні. При використанні такого права репліка обвинувача полягає головним чином у додаткових запереченнях стороні захисту, які виникли під впливом виступу захисника та (чи) підсудного, а саме: якщо є потреба в іншому ракурсі уточнити свою позицію по справі; якщо, на думку прокурора, в захисних промовах були перекручені ті чи інші факти або докази, висловлені помилкові твердження, неправильно розтлумачені норми матеріального чи процесуального права; якщо сторона захисту допускала грубі випадки на адресу суб'єктів сторони обвинувачення і взагалі використовувала незаконні засоби та способи. Змістом його репліки можуть бути і всі інші питання, пов'язані з предметом дебатів.

Якщо репліка прокурора є завжди відповіддю на захисну промову сторони захисту, то репліка захисника — відповіддю на власне репліку прокурора, а не на його обвинувальну промову. Причому захисник не зобов'язаний на репліку в його адресу відповідати тим самим. Він може заявити, і захисники так часто і чинять, що репліка прокурора його не переконала і він залишається при своїй думці.

У репліках не заборонено наводити положення, які доповнюють, уточнюють або навіть змінюють основну промову. На-

приклад, прокурор після виступу захисника може у репліці заявити суду, що він погоджується з тими чи іншими доводами та висновками сторони захисту і просить це врахувати при постановленні вироку.

Вважаю, що репліки можливі не тільки між суб'єктами протилежних сторін, а й однойменних. Наприклад, якщо сторона обвинувачення правом на репліку не скористалася, за наявності серйозних для цього підстав, зокрема, при суперечливих позиціях підсудних, один захисник може скористатися реплікою на адресу іншого. Але слід мати на увазі, що правом репліки можна скористатися лише один раз, причому на репліку сторони обвинувачення сторона захисту може відповісти завжди, на репліку ж сторони захисту сторона обвинувачення — не вправі в жодному разі. За всіх умов право останньої репліки належить підсудному (ч. 5 ст. 318 КПК).

Репліка — винятково гостра форма полеміки в суді. Однак ця форма спору між обвинуваченням та захистом, як правило, має зводитися до дискредитації позицій сторін, а не до дискредитації учасників, які виконують протилежні функції, не до приниження їх честі, гідності та ділової репутації, що іноді трапляється.

34. Своєрідною формою участі захисника в доказуванні, зокрема в закріпленні (фіксації) доказів, досліджених у ході судового слідства, є подання зауважень на протокол судового засідання (ч. 1 ст. 88 КПК).

Згідно із чинним законом протокол судового засідання ведеться в суді першої та апеляційної інстанцій. Веде протокол секретар судового засідання, головує та він підписують протокол, посвідчуючи його правильність та повноту. Протокол судового засідання має бути підготовлено не пізніше семи діб з дня закінчення судового розгляду справи. Про виготовлення протоколу судового засідання повідомляються учасники судового розгляду, які мають право ознайомитися з протоколом і подати на нього письмові зауваження, вказавши на його неправильність чи неповноту (ст.ст. 87, 88 КПК).

Тобто, суд завжди вирішує справу по суті ще до того, як досліджені ним докази процесуально закріплені в протоколі¹, а

¹ За КПК ФРН, наприклад, доки не складено протокол судового засідання, вирок суду не може бути винесений (див.: *Молдован А. В.* Кримінально-процесуальний кодекс ФРН та його відмінності від Кримінально-процесуального кодексу України // Адвокат. — 2003. — № 3. — С. 28–29.

отже, вплинути на зміст вироку зауваження на протокол учасників процесу, в тому числі захисника, уже не можуть. Практично зауваження призначені для суду вищого рівня як джерела інформації про підстави для задоволення скарги на судові рішення. Але і в такій якості зауваження малоефективні, оскільки розглядаються тим самим судом (суддею одноособового головуючим), для якого скасування чи зміна вироку є критерієм негативної оцінки його роботи. А тому не дивно, що судді у більшості випадків зауваження відхиляють.

Сьогодні законодавчо втілено давно висловлювану ідею¹ про повне фіксування судового процесу технічними засобами, що визнано однією із основних конституційних засад судочинства (п. 7 ч. 3 ст. 129 Конституції України). В процесуальному законі ця конституційна засада занедбана, оскільки доповненням до КПК Законом від 21 червня 2001 р. — ст. 87¹ КПК — передбачено, що “повне фіксування судового процесу з допомогою звукозаписуючої апаратури чи інших технічних засобів здійснюється на вимогу хоча б одного учасника судового розгляду справи в суді першої інстанції при розгляді справи по суті чи в апеляційному суді або за ініціативою суду”.

На практиці повне фіксування судового процесу технічними засобами здійснюється не завжди. Пояснюють це об’єктивними причинами — недостатністю необхідної звукозаписувальної апаратури, непідготовленістю персоналу, непристосованістю приміщень тощо. Між тим, причина не тільки і не стільки в цьому. Судді не зацікавлені у повному фіксуванні судового процесу в такий спосіб, а учасники процесу, в тому числі захисники, цього, очевидно, щоб не завдавати суддям зайвого клопоту, не вимагають.

Повне фіксування судового процесу за допомогою звукозаписувальної апаратури чи інших технічних засобів корисне перш за все з позицій захисту, оскільки саме об’єктивний, неупереджений розгляд кримінальної справи відкриває реальну можливість для перевірки законності та обґрунтованості притягнення особи до кримінальної відповідальності. Річ у тім, що, по-перше, лише у такий спосіб можна адекватно процесуально закріпити інформацію про хід розгляду кримінальної справи в суді, про досліджені докази зокрема, і тим самим ви-

¹ Попелюшко В. Протокол судового засідання // Радянське право.— 1987.— № 8.— С. 50–52.

ключити саму можливість фальсифікації судових доказів шляхом зловживання із судовим протоколом. По-друге, технічний супровід судового розгляду дає можливість підняти на більш високий рівень сам процес відправлення правосуддя, оскільки дисциплінує усіх суб'єктів процесу без винятку, а отже, є дієвою гарантією справедливого правосуддя. Нарешті, належне процесуальне закріплення перебігу розгляду кримінальної справи по суті в суді першої інстанції та в апеляційному суді знімає проблему із зауваженнями на судовий протокол, дає змогу учасникам процесу посилатися у скаргах на дійсні, адекватні фактичні підстави оскарження судових рішень, що, своєю чергою, дає об'єктивну основу апеляційному та касаційному суду для ефективного їх перегляду. Отже, обов'язкове повне фіксування судового процесу технічними засобами у всіх випадках, без будь-яких винятків, діє на користь правосуддя в цілому, а тому має бути визначене в процесуальному законі та повністю втілене на практиці саме як один із конституційних принципів судочинства.

У проекті нового КПК фіксація технічними засобами перебігу головного і апеляційного судового розгляду передбачено, причому в повному обсязі (ч. 1 ст. 101 КПК). Нині ж захисники у розглядуваній ситуації мають діяти однозначно — обов'язково вимагати виконання судом припису п. 7 ч. 3 ст. 129 Конституції України. Суд виконати цю конституційну вимогу зобов'язаний.

35. Незалежно від фіксації перебігу судового процесу технічними засобами суду, захисник вправі застосовувати з дозволу судді (суду) власні науково-технічні засоби (п. 5 ч. 2 ст. 48 КПК). Паралельна фіксація захисником судового процесу має важливе значення у кількох аспектах. По-перше, захисник у такий спосіб звільняється від необхідності детального письмового нотування перебігу процесу, а тому отримує можливість більш дієвої особистої участі у розгляді справи. По-друге, власний технічний запис є досить ефективним засобом для подальшої роботи захисника (для підготовки до наступних допитів в суді, підготовки клопотань, до судових дебатів, написання апеляції, касаційної скарги тощо). Нарешті, фіксація захисником процесу власним технічним засобом — одна з гарантій проти фальсифікації як судового протоколу, так і технічного запису, здійснюваного судом, що не виключається.

Захисник вправі застосовувати будь-який технічний засіб, аби це не заважало нормальному перебігу процесу. А відмова захисникові у таких випадках у цьому його праві буде не просто безпідставною, а й протиправною, антиконституційною. На мою думку, це можна розглядати як одну із підстав для заявлення судді (суддям) відводу, а саме як обставину, що викликає сумнів в об'єктивності судді або народного засідателя (п. 4 ст. 54 КПК), а при відмові у відводі — як безумовну підставу для скасування судового рішення через істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону (п. 2 ч. 2 ст. 370 КПК).

36. Особливо яскраво та чітко доказова діяльність захисника на користь підзахисного виявляється при використанні ним права оскаржувати дії та рішення особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду (п. 8 ч. 2 ст. 48 КПК), права, реалізація якого вимагає від адресата прийняття відповідного мотивованого процесуального рішення.

Право на скаргу належать до суб'єктивних прав громадян і ґрунтується на встановленому Конституцією України загальному принципі захисту прав та свобод людини і громадянина. У сфері кримінального судочинства воно також є конституційним правом. Право на оскарження дій і рішень особи, яка провадить дізнання, слідчого і прокурора впливає з конституційного припису про те, що “кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб” (ч. 2 ст. 55 Конституції України). А “забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом”, визнано однією із основних засад судочинства (п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України). Більше того, кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна” (ч. 4 ст. 55 Конституції України).

37. Безперечно, право на скаргу та інститут оскарження у кримінальному судочинстві взагалі має свої особливості, свою специфіку щодо предмета, підстав та умов оскарження, його процедури тощо. Але принципом права на скаргу і тут є свобода оскарження. І головна проблема саме у цьому питанні.

Справа, з позиції захисту, стосується обвинуваченого і тільки його. Отже, очевидно, що для обвинуваченого право на оскарження є диспозитивним. А для захисника? Вважаю, що аж ніяк. І при вирішенні цього питання знову ж таки, на мою думку, слід виходити із того, що захисник у кримінальній справі є одночасно і самостійним учасником процесу, і представником обвинуваченого. В розглядуваному випадку це означає, що захисник, по-перше, зобов'язаний скласти скаргу в кожному випадку, коли цього вимагає процесуальна ситуація, по-друге, подання скарги та її зміст він обов'язково повинен узгодити з підзахисним (крім випадків, коли підзахисний не в змозі сам здійснювати захист та коли участь захисника є обов'язковою (ч. 1 ст. 45 КПК), по-третє, подану від свого імені скаргу він відкликати не вправі, це може зробити лише підзахисний (знову ж таки, крім випадків, передбачених ч. 1 ст. 45 КПК).

Перше із названих положень впливає із передбаченого законом обов'язку захисника використовувати всі передбачені в законах засоби захисту підзахисного (ч. 1 ст. 48 КПК). Друге — із приписів щодо апеляції про те, що захисник засудженого чи виправданого може відкликати свою апеляцію тільки за згодою підзахисного і його законного представника, а захисник, який вступив до справи в апеляційному провадженні, також може змінити чи доповнити апеляцію захисника, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, лише за їх згодою (ч. 2 ст. 355 КПК). Третє положення прямо зазначено щодо відкликання поданої захисником апеляції: “Засуджений або виправданий вправі відкликати свою апеляцію, а також апеляцію свого захисника, крім випадків, передбачених ч. 1 ст. 45 цього Кодексу” (ч. 4 ст. 355 КПК). Два останніх положення я за аналогією закону поширюю на всі види скарг захисника з усіх питань справи.

На досудовому слідстві закон передбачає два способи оскарження. Перший — оскарження прокурору, як особі, яка здійснює процесуальний нагляд за додержанням законів органами, які провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство (п. 3 ст. 121 Конституції України, ст. 25 КПК). Скарга прокурору може бути подана на будь-які дії і рішення органу дізнання та слідчого (ч. 1 ст. 110, ч. 1 ст. 234 КПК). Скарга на дії прокурора при проведенні ним досудового

слідства або окремих слідчих дій у справі подається прокуророві вищого рівня (ч.ч. 1, 2 ст. 236 КПК).

Другий спосіб — оскарження дій та рішень органу дізнання, слідчого і прокурора до суду. До суду також оскаржують всі дії та рішення органу дізнання, слідчого і прокурора. Вони розглядаються судом першої інстанції при попередньому розгляді справи або при розгляді її по суті, якщо інше не передбачено КПК (ч. 3 ст. 110, ч.ч. 5, 6 ст. 234, ч.ч. 2, 3 ст. 236 КПК).

Право вибору способу оскарження належить захисникові. Причому закон не забороняє використання обох способів одночасно. При оскарженні прокурору, захиснику, захиснику-адвокату зокрема, доцільно одночасно використовувати своє право доповідати скаргу на прийомі та відповідно до закону одержувати письмову мотивовану відповідь (ст. 6 Закону про адвокатуру).

Можуть бути оскаржені такі дії і постанови органу дізнання, слідчого і прокурора: 1) постанова про порушення кримінальної справи щодо певної особи — стосовно приводів, підстав і порядку порушення справи (ч. 5 ст. 234, ч. 2 ст. 236 КПК — рішення Конституційного Суду України № 3— рн/2003 від 30 січня 2003 р.); 2) постанова про відмову в порушенні кримінальної справи (ст.ст. 99⁻¹, 236⁻¹ КПК); 3) постанова про закриття справи (ст.ст. 215, 236⁻⁵ КПК); 4) постанова про відмову в застосуванні заходів безпеки або про її скасування (ст. 52⁻⁵ КПК); 5) постанова про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину (ст. 106 КПК).

Як бачимо, у перших трьох із п'яти наведених випадків скарга стосується самої суті справи, а отже, її предметом є предмет доказування у справі. Від результату судового розгляду таких скарг залежить процесуальна доля справи в цілому. Реалізуючи право при розгляді скарги брати участь у судових засіданнях (п. 6 ч. 2 ст. 48 КПК), захисник тим самим користується додатковою можливістю обґрунтувати свою скаргу і довести незаконність чи необґрунтованість прийнятого на досудовому слідстві рішення.

Захисник нарівні з іншими учасниками процесу вправі оскаржувати в апеляційному та касаційному порядку також всі судові дії та рішення, що приймалися в порядку судового контролю, в тому числі ті, що здійснювалися та приймалися в хо-

ді судового провадження по справі, крім випадків, передбачених законом (ст.ст. 261, 347, 382, 383 КПК). При цьому слід пам'ятати, що дії та рішення суду, прийняті в процесі судового провадження справи, оскаржуються лише разом з кінцевим рішенням, а апеляційний розгляд та касаційний перегляд справи здійснюються лише в межах апеляції (ст. 365 КПК) та в частині касаційного оскарження (ст. 395 КПК). Тому вимогу про перевірку законності та обґрунтованості таких дій та рішень слід обов'язково зазначати в апеляції чи касаційній скарзі.

§ 4. Логіка та аргументація в діяльності захисника

1. Судове доказування, про що вже йшлося, поєднує в собі дві сторони — розумову та практичну¹. Причому його не можна розглядати як тільки розумовий процес або лише практичну роботу як дії зі збирання, закріплення, дослідження та оцінки доказів. Обидві ці сторони у доказуванні органічно взаємопов'язані між собою і становлять єдність двох видів діяльності — практичну та логічну, хоча на початкових етапах провадження у справі переважає практична (доказування як дослідження, з'ясування), на заключних навпаки — розумова, логічна.

Розумова (логічна) сторона доказування як дослідження підпорядкована законам логічного мислення, практична — нормам процесуального права, які приписують здійснення процесуальних дій, що створюють оптимальні умови для того, щоб процес мислення був логічним і призводив до адекватних дійсності знань про фактичні обставини справи². При цьому процесуальні норми, які визначають мету доказування, його умови, порядок дослідження доказів, вимоги щодо їх оцінки тощо,

¹ Доказування охоплює не лише ці сторони діяльності учасників процесу. Воно поєднує у собі щонайменше одночасно гносеологічні, логічні, психологічні та правові елементи. При доказуванні, наприклад, за допомогою неповнолітнього свідка, неможливо обійтися без використання знань зі сфери дитячого мислення, дитячої психології. Саме особливостями дитячої психології пояснюється необхідність допиту неповнолітнього свідка в присутності педагога, а за необхідності — лікаря (ч. 1 ст. 168 КПК). Між тим, контекст цього дослідження дозволяє абстрагуватись від гносеологічної та психологічної сторін доказування, посилаючись на праці, у яких вони розкриті досить повно (Див.: Аврах Я. С. Психологические проблемы защиты по уголовным делам. — Казань, 1972; Варфоломеева Т. В. Защита в уголовном судопроизводстве. — С. 60–98 та ін.).

² Треушников М.К. Судебные доказательства. — С. 49.

також виражають закономірності формальної логіки, а сукупність даних (відомостей, інформації) про факти та обставини, що мають значення для справи, є нічим іншим як логічним змістом судових доказів. Саме на цій підставі закон регламентує, що в процесі доказування суд (слідчий) зобов'язаний встановити наявність логічного зв'язку між доказом та фактом, що доказується, і цей обов'язок фіксується у вигляді процесуального правила доказування та позначається терміном “належність доказу” — доказ належний, якщо від нього логічно може бути виведена обставина, що доказується. А логічно вона може бути виведена тому, що логічний зв'язок і є відображенням об'єктивного (інформаційного) зв'язку між фактами¹.

Доказування фактів кримінальної справи (як тих, що входять у предмет доказування, так і фактів — підстав прийняття проміжних (етапних) та допоміжних рішень) здійснюється, як відомо, подвійно — шляхом отримання інформації про ці факти із встановлених законом джерел (наприклад із показань свідків-очевидців), або логічним виведенням знання про ці факти з інших, раніше встановлених фактів. В першому випадку результатом є інформаційні знання, в другому, — при оперуванні лише непрямими доказами, ми маємо справу з вивідним знанням. У реальному доказуванні обидва шляхи тісно переплітаються, взаємно доповнюючи один одного, і практично в чистому вигляді не зустрічаються. Отримання знання лише інформаційним шляхом далеко не завжди є можливим, а логічний шлях обов'язково передбачає певний мінімум інформаційного знання, оскільки факти, які є посилками для висновку, самі своєю чергою повинні бути встановлені і доведені². Але й у випадку прямого доказування необхідний логічний висновок. Міркування тут базується за такою схемою: “свідок показує, що він бачив, як підозрюваний наносив побої”. Із цього вихідного доказу, спираючись на передумову про правдивість показань свідка, роблять висновок: “отже, підозрюваний дійсно завдав побої”³.

¹ Див.: *Ейсман А. А.* Логика доказывания. — 1971. — С. 19.

² *Орлов Ю. К.* Выводное знание в судебном доказывании и проблемы его допустимости // Вопросы борьбы с преступностью. Вып. 32. — М., 1980. — С. 88.

³ *Ейсман А. А.* Знач. праця. — С. 18.

2. Між тим, при провадженні кримінальних справ має місце логічне доказування, так би мовити, у чистому його вигляді.

Так чи інакше, доказування як дослідження, що поєднує практичну та логічну його сторони, не є нескінченим. Воно здійснюється доти, доки не буде отримано знання про факти, із встановленням яких процесуальний закон пов'язує прийняття того чи іншого процесуального рішення по справі. Таке знання про факти об'єктивується письмово чи усно у вигляді певної формули, тези. Наприклад, встановивши факти, з якими закон пов'язує притягнення особи як обвинуваченого (ст. 131 КПК), слідчий виносить мотивовану постанову про притягнення її як обвинуваченого, у якій досягнені ним знання про ці факти об'єктивує у вигляді описання фактичної сторони обвинувачення (ст. 132 КПК); суд, встановивши в результаті судового розгляду факти та обставини, зазначені в ст. 64 КПК, знання про ці факти об'єктивує в формулюванні фактичної сторони обвинувачення, визнаного судом доведеним в мотивувальній частині обвинувального вироку (ст. 334 КПК).

Однак право формулювання висновків по справі та оперування фактами-доказами не є виключною прерогативою органів, які здійснюють провадження у справі. Таким правом наділені усі учасники процесу, в тому числі і захисник. Наприклад, здійснивши дослідження дійсних обставин справи та встановивши, що підзахисний не вчиняв діяння, яке йому поставлено у вину, а перебував у цей час в іншому місці (алібі), захисник формулює досягнене ним знання письмово у клопотанні про закриття кримінальної справи за відсутності в діях обвинуваченого складу злочину або формулює його усно в судових дебатах як фактичну підставу постановлення щодо підсудного виправдувального вироку.

Тобто, з моменту висунення (формулювання) суб'єктом процесу певного висновку, досягненого (отриманого) у результаті доказування як дослідження, його доказова діяльність набуває іншого характеру, а саме переходить в русло обґрунтування, доказування сформульованого ним висновку-тези. Він "пізнав, встановив для себе необхідну сукупність фактів, дійшов переконання стосовно наявності чи відсутності певних явищ та зв'язків; тепер перед ним постає завдання переконати в правильності свого висновку іншу особу (процесуальну інс-

танцію), від якої залежить прийняття юридично значущого рішення”¹.

Така доказова діяльність з обґрунтування висунутого висновку-тези і є логічним процесуальним доказуванням. В роботі захисника вона виявляється тоді, коли захисник вносить на розгляд слідчого (прокурора, суду) свій висновок про фактичні обставини справи і шляхом аналізу зібраних доказів доводить його істинність (достовірність). Логічне процесуальне доказування захисника має місце, зокрема, при оскарженні ним дій (бездіяльності) та рішень органу дізнання, слідчого, прокурора, суду, у формі заявлення та обґрунтування різного роду клопотань, висловлення своєї думки з приводу заявлених клопотань іншими учасниками процесу чи з питань, винесених на обговорення судом, у виступах в дебатах сторін, у формі дачі пояснень в апеляційному та касаційному судах тощо. Таке логічне процесуальне доказування, певна річ, здійснюється (має здійснюватися) за усіма законами та правилами логіки та з використанням логічних понять.

3. Логічне процесуальне доказування, як і доказування в усіх інших сферах людської діяльності, як логічний прийом складається з трьох взаємопов’язаних елементів: а) тези; б) доводів (аргументів); в) способу доказування (демонстрації)². Специфіка логічного доказування в сфері кримінального судочинства полягає лише у тому, що воно: а) здійснюється тільки визначеними в законі суб’єктами — органами, які займаються провадженням у справі, та учасниками процесу; б) в межах кожної окремої кримінальної справи; в) спрямоване на досягнення визначених в законі завдань та цілей; г) обмежене лише тими засобами, що передбачені кримінально-процесуальним законом.

Теза в логіці — це судження, твердження, думка, положення, істинність якого необхідно довести. Теза завжди мусить

¹ Савицький В. М. Государственное обвинение в суде. — С. 156–157.

² Ножин Е. А. Основы советского ораторского искусства. — Изд. 2-е, перераб. и доп. — М., 1981. — С. 173; Гетьманова А. Д. Логика: Учебник для студентов пед. вузов. — М., 1986. — С. 198–223; Тофтул М. Г. Логика. — К., 1999. — С. 240–274; Карамішева Н. А. Логіка. — Львів, 2000. — С. 171–184; Хоменко І. В. Логіка для юристів. — К., 2001. — С. 155–179; Жеребкін В. Е. Логіка. — К., 2001. — С. 203–221; Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика: Учебник для юрид. вузов. — Изд. 5-е, перераб. и доп. — М., 2002. — С. 195–230.

бути істинною, інакше ніякими доказами її обґрунтувати не вдасться. Це логічно центральний, головний елемент в доказуванні. Вона відповідає на запитання: що доводять? По суті, переконати кого-небудь — означає викликати у нього впевненість в істинності тези.

Теза в кримінальній справі — це висунуте і, здебільшого, письмово сформульоване судження (твердження) про подію злочину в цілому або її відсутність, про окремі обставини цієї події (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину), про особу обвинуваченого, мотиви і цілі його діяння. Тезами є твердження про істинність доказових фактів, наявність об'єктивних зв'язків між ними та обставинами предмета доказування. Узагальненими тезами, як уже було зазначено, є формулювання фактичної сторони обвинувачення у постанові про притягнення особи як обвинуваченого та в обвинувальному висновку, формула визнаних судом встановленими фактичних обставин справи в описовій частині обвинувального чи виправдувального вироку.

Доводи (аргументи, підстави) в логіці — це вихідні теоретичні або фактичні положення, за допомогою яких обґрунтовується теза. Вони виконують роль логічного фундаменту доказу і відповідають на запитання: чим, за допомогою чого здійснюється обґрунтування тези?

Доводи (аргументи), як і теза, також повинні бути перш за все істинними, а їх істинність уже перевірена суб'єктом доказування. Як доводи (аргументи) в кримінальному судочинстві виступають різні за своїм змістом думки, міркування: теоретичні узагальнення (висновок експерта-трасолога про траєкторію польоту кулі), емпіричні узагальнення (висновок експерта про збіг відбитків пальців), аксіоми (практично очевидні і тому такі, що не вимагають доказування положення — алібі), твердження про факти (показання свідка про дії обвинуваченого). Іншими словами, доводами (аргументами) тут є твердження (інформація, фактичні дані) про поодинокі події, явища, їх ознаки — знання про докази. Однак слід пам'ятати, що такі твердження (фактичні дані, інформація) мають ґрунтуватися на передбачених у кримінально-процесуальному законі джерелах даних про факти і таких джерел повинно бути кілька (сукупність), незалежних одне від одного.

Демонстрація (аргументація) — це спосіб доказування, форма (схема) логічного зв'язку між доводами і тезою. Вона повинна переконливо засвідчити, що теза з необхідністю обґрунтовується доводами і тому є істинною.

Логічний перехід від аргументів до тези відбувається у формі умовиводів (висновків). В логіці це може бути один умовивід, в логіці доказування у кримінальній справі — завжди ланцюжок міркувань. Посилками у висновку є судження (міркування), в яких виражена інформація про аргументи, а висновком — судження про тезу. Продемонструвати — означає показати, що теза логічно випливає із прийнятих аргументів за правилами відповідних умовиводів. Особливість умовиводів, у формі яких відбувається демонстрація, полягає у тому, що судження, яке потребує обґрунтування і яке є тезою доказування, є завершенням висновку і формулюється заздалегідь, а судження про аргументи, які є посилками висновку, залишаються невідомими і підлягають встановленню. У доказуванні ж як дослідженні — навпаки: спочатку розшуковуються докази, потім на їх підставі встановлюється розслідувана подія.

Наприклад, виправдувальний вирок завжди має сформульовану судом тезу виправдання, тобто висновок, судження суду про фактичні обставини виправдання. У випадку оскарження стороною обвинувачення вироку шляхом спростування такого висновку суду, захисник у запереченні на скаргу наводить докази (аргументи), в тому числі додаткові, тобто ті, на які не посилався суд, чи навіть такі, які захисник додатково з'ясував при підготовці до складання заперечення.

Слід мати на увазі й таке. При логічному доказуванні у формі складання скарг чи заперечень на скарги (як і у формі заявлення клопотань) (його іноді називають внутрішнім логічним¹), захисник вправі доповнювати його зовнішнім — долучати до скарги нові фактичні матеріали (ст.ст. 350, 387, 393 і ін. КПК) та посилатися на них в обґрунтування скарги. Захисники часто так і чинять, і поєднання логічного доказування та використання результатів доказування як дослідження завжди дає позитивний ефект.

Обґрунтування тези може набувати форм дедуктивних умовиводів (в яких перехід від загального знання до окремого є логічно необхідним), індуктивних (від окремого знання до за-

¹ Ножин Е. А. Знач. праця. — С. 181.

гального), умовиводів за аналогією (від окремого знання до окремого).

За способом обґрунтування тези розрізняють два різновиди аргументації: пряму і непряму.

Пряма аргументація — це обґрунтування, спрямоване від аргументів до тези. Непряма аргументація — це обґрунтування, в якому істинність тези обґрунтовується шляхом встановлення хибності антитези.

Досить часто захисникові доводиться не в позитивній формі доказувати тезу про фактичні обставини справи, а навпаки, в негативній, тобто спростовувати, припустимо, формулу обвинувачення в цілому чи в якійсь його частині, формулу обвинувального вироку про встановлені судом факти та обставини кримінальної справи тощо.

4. Логічну операцію, спрямовану на руйнування доказування, яке уже відбулося, називають спростуванням.

Оскільки операція спростування спрямована на руйнування доказування, яке відбулося раніше, залежно від мети спростування воно може виконуватися трьома окремими способами або кількома з них одночасно: спростуванням тези, спростуванням аргументів, спростуванням демонстрації.

Спростування тези має на меті показати безпідставність (помилковість або вірогідність) формули обвинувачення. Воно може бути прямим чи непрямым.

Пряме спростування будується у формі обґрунтування, яке дістало назву “зведення до абсурду”. Аргументація в цьому випадку така. Спочатку робиться аналогічний крок, тобто умовно припускається істинність сформульованого положення і виводять наслідки, що з нього випливають. Обґрунтовується це, наприклад, таким чином: припустимо, що теза правильна, але в такому разі з неї випливають такі і такі наслідки (всі можливі наслідки). Потім зіставляють наслідки і здійснюють їх аналіз. Якщо виявляється, що наслідки суперечать один одному або об’єктивним фактичним даним, роблять висновок про безпідставність самої тези за принципом: хибні наслідки завжди свідчать про хибність їх підстав.

Якщо виявляється неузгодженість між виведеними наслідками і сформульованим твердженням, то умовно висунута теза також відкидається, оскільки формула обвинувачення супере-

чить сама собі — одне положення у ній не узгоджується з іншим.

У процесі аргументації пряме спростування виконує деструктивну функцію. З його допомогою демонструють неспроможність тези, що спростовується, і в той же час не висувують жодної ідеї взамін. Проте, попри виключно критичну функцію, спростування “зведенням до абсурду” виявляється корисним, зокрема у випадках, коли предметом захисту є недоведеність обвинувачення¹.

Непряме спростування тези будується іншим шляхом, а саме, у такий спосіб формула обвинувачення не аналізується, не перевіряються ні аргументи, ні їх демонстрація. Тут висувається і всебічно обґрунтовується власна теза (антитеза), її істинність за допомогою аргументів критики (доводів захисту)². Наступний крок — робиться висновок про безпідставність тези обвинувачення.

Однак слід мати на увазі, що таке спростування може застосовуватися лише у тих випадках, коли теза та антитеза регулюються принципом “*tercia non datur*” (“третього не дано”). За наявності інших стосунків між твердженнями, що конкурують цей тип спростування не застосовується.

Спростування аргументів — це спосіб, спрямований на обґрунтування безпідставності (хибності або вірогідності) аргументів, які наведені в обґрунтування тези обвинувачення. Він можливий і допустимий, оскільки при обґрунтуванні тези слід користуватися лише доводами, істинність яких не становить сумнівів. Якщо захисникові вдається продемонструвати сумнівність або хибність доводів обвинувачення, то тим самим виявляється необґрунтованість його тези.

Спростування аргументів може полягати у тому, що захисник вказує на неточно викладені факти, їх двозначність, висловлює сумнів у компетентності експерта, на висновках якого робиться посилка в обвинуваченні тощо. На такого роду критичні зауваження орган чи посадова особа, яким адресована

¹ Як приклад спростування тези обвинувачення шляхом зведення до абсурду можна навести судову промову члена Київської обласної колегії адвокатів, адвоката С. Б. Любітова на захист Л. І. Лазаренка (1952р.) // Судові промови адвокатів України. — С. 36–43.

² Див. також: Молдован В. В. Судова риторика: Навч. посіб. — К., 1998. — С. 98.

скарга, не можуть не зважати. Вони повинні або погодитися з ними, або спростувати з посиланням на власні аргументи. Наприклад, відмова прокурора у задоволенні скарги на дії слідчого повинна бути мотивована (ч. 3 ст. 235 КПК); при залишенні апеляції без задоволення, в ухвалі апеляційного суду мають бути зазначені підстави, через які апеляцію визнано необґрунтованою (ч. 2 ст. 377 КПК) тощо.

Між тим, доведення хибності аргументів обвинувачення далеко не завжди означає доведеність хибності тези. Теза обвинувачення може бути істинною, але необґрунтованою. Це має місце у випадках використання сторонами у доведенні різних систем аргументів.

Спростування демонстрації — це вид спростування, спрямований на доведення відсутності логічного зв'язку між аргументами і тезою.

Якщо теза не впливає з аргументів, то вона ніби „висне у повітрі” та вважається необґрунтованою. Початковий і кінцевий етапи доказування виявляються поза логічним зв'язком, нескоординованими один з одним.

Спростування демонстрації, як і спростування аргументів, самі по собі лише руйнують доказування і вказують на необґрунтованість тези. Тому не слід переоцінювати значення цих способів і впадати в іншу крайність — зруйнувавши демонстрацію чи спростувавши аргументи обвинувачення, заявляти, що тим самим спростована і теза. В дійсності про таку тезу можна лише сказати, що вона не спирається на доводи чи спирається на недоброякісні, вимагає і може бути обґрунтована заново або додатковими доводами¹.

Вказані способи спростування в поєднанні застосовуються, наприклад, коли пряме спростування обвинувачення доповнюється критичним розбором її аргументів, коли поряд з помилками в доводах вказується на порушення в самому процесі доказування тощо.

Прикладів скарг захисників по кримінальних справах як методичних матеріалів цього виду захисної діяльності, на відміну від промов адвокатів, опубліковано не виправдано обмаль. Проте вони є. Для ілюстрації способів спростування адвокатами в скаргах обвинувачення пошлемося на таких два.

¹ Див. про це докладніше: *Хоменко І. В.* Логіка для юристів. — С. 164–165.

Перший. Логічне спростування адвокатами м. Одеси Й. Бронзом та М. Гуляковою тези обвинувачення — формули обвинувачення щодо способу вчинення злочину, та обвинувачення в частині спростування аргументів у підтвердження цієї тези.

У червні 1993 р. щодо працівника АТ “Южрекон” було порушено кримінальну справу, а в подальшому — засуджено за ст.ст. 70, 165, ч. 2, ст. 172 КК УРСР 1960 р.

Теза обвинувачення за ст. 70 КК УРСР зводилась до такого. 17 травня 1993 р. Б. перемістив на поромі через митний кордон Україна порт Іллічівськ в порт Варна поза митним контролем шляхом подання підроблених документів (теза) у великих розмірах, 600 т титану та 220 т магнію на загальну суму 7 млрд крб., подавши в Іллічівську митницю як підставу для перевезення вантажу за кордон документи, які свідчили про те, що вантаж належав молдовській фірмі “Лестер” і слідує в Болгарію через митний кордон України транзитом (аргументи).

Для спростування тези обвинувачення адвокати звернулися до логічного способу її непрямого спростування, зокрема, висунули антитезу та на її підтвердження навели сукупність відповідних доводів.

Антитеза — Б. вказаних у формулюванні обвинувачення документів на Іллічівську митницю не подавав.

Аргументи: 1) того, що Б. подавав в митницю документи, не показував жоден із свідків (В., Є., Н., Д.), причетних до подання документів; 2) перевірка одноразових перепусток, які виписуються особам для допуску на паромний комплекс, засвідчила, що Б. така перепустка не виписувалася; 3) представник МП “Імпост” П. показував, що ці документи на титан і магній в Іллічівську митницю подавав він; 4) начальник відділу паромної переправи Л. також свідчив, що документи в митницю подавав П.

Спростування аргументів (що ліцензія, отримана фірмою “Лестер” в МЗЕЗ Республіка Молдова — фальшива): 1) за висновком документальної ревізії “...Правомірність видачі ліцензій МЗЕЗ Молдови МП “Лестер” визначити не можемо, оскільки із законодавством Молдови з питань квотування і ліцензування, а також з порядком оформлення ліцензій в Молдові не знайомі”; 2) законність виданої фірмі “Лестер” ліцензії підтверджується листом началь-

ника Кишинівської митниці; 3) те саме підтверджується листом МЗЕЗ Республіки Молдова; 4) те ж саме підтверджується висновком урядової комісії Республіки Молдова; 5) згідно з тристороннім контрактом № 2 від 13 лютого 1993 р. молдовська фірма "Лестер" виступила як посередник (агент); 6) згідно з висновком документальної ревізії "вказаний документ складений у відповідності з вимогами, що пред'являються міжнародними нормами, а також існуючими типовими формами" (т. 7, а. с. 18)¹.

Як приклад спростування захисником одночасно тези, аргументів та демонстрації можна навести скаргу відомого московського адвоката Є. Арія по справі Колишніцина про вбивство і замах на вбивство своєї дружини.

Обставини цієї справи, за її матеріалами, такі.

Колишніцин мирно прожив у шлюбі з потерпілою біля 20 років. Останні роки сварився з дружиною з підстави неправильного, на його погляд, виховання дочки, яка не бажала вчитися, не слухалася.

На початку 1969 р. подружжя розлучилося. Почали проживати в різних квартирах. Колишніцин важко страждав через це, продовжував кохати дружину і просив її не поспішати виходити заміж.

У серпні 1969 р. відбулося весілля дочки Колишніцина, на яку був запрошений і засуджений. Повернувшись додому, він запідозрив, що присутній на весіллі Китманов і є претендентом на руку його колишньої дружини. Взявши сокиру, Колишніцин повернувся у двір будинку, де проходило весілля. Після того, як гості розійшлися, Колишніцин побачив у п'ятні двору свою дружину і Китманова, які стояли поруч. Підбігши, Колишніцин завдав сокирою смертельне поранення Китманову, а потім легко поранив дружину.

У вироку суду дії Колишніцина стосовно дружини були описані (формула обвинувачення-теза) так: "Коли потерпіла Колишніцина закричала про допомогу, підсудний з піднятою в руках сокирою накинувся на неї і з метою вбивства намагався нанести їй сильний удар сокирою по голові. Колишніцина встигла вчасно схопити його за руки, відвела їх в сторону і ухилилася від удару, в результаті чого не було нанесено смер-

¹ Адвокат. — 1996. — № 2. — С. 76–84.

тального поранення, і їй обухом злегка зачепило ліву частину голови і кутом леза порізало ліве плече”.

Спростування адвокатом одночасно тези і аргументів.

“Однак описання це..., спростовується матеріалами справи.

Як стверджував Колишніцин, він не нападав на дружину: після нанесення ним ударів Китманову дружина схопила його ззаду за тулуб, і він, щоб звільнитися від цього захвату, штовхнув її сокирою в руку, і, вирвавшись, тут же втік” (а. с. 226, 348).

Об’єктивні дані справи повністю підтверджують ці показання засудженого.

А. Свідок Голишева показувала:

“В той момент (після удару по Китманову) жінка чоловіка у плащі зі сторони спини обхватила в обхват руками і чоловік через плече, предметом, що у нього був, наніс їй удар...” (а.с. 76).

Б. Потерпіла Колишніцина на попередньому слідстві показувала:

“Я не пам’ятаю, з якої сторони схватила Колишніцина, збоку чи ззаду, але, відчувши удар обухом, відпустила, і він від мене вирвався і втік” (а. с. 119).

В. Судово-медичною експертизою встановлено у потерпілої легке, без розладу здоров’я, пошкодження руки (верхньої третини плеча), не встановлено будь-яких ознак травми голови, на які посилаються і суд, і касінстанція (акт СМЕ, а. 34).

Таким чином, ці об’єктивні докази спростовують всі вказані у вирокі ознаки замаху на вбивство потерпілої:

— Колишніцин не нападав на дружину (що очевидно з її ж показань про те, що вона схватила його “зі сторони спини”);

— він не завдавав їй удару в голову (жодних ознак подібного удару не виявлено);

— він не намагався вбити дружину (оскільки після незначного поранення руки “вирвався і втік”).

Засудження Колишніцина за спробу вбивства дружини за таких даних про його дії можна пояснити лише намаганням суду, всупереч обставинам справи, обтяжити ква-

ліфікацію злочину для застосування виключної міри покарання”.

Інші аргументи та їх демонстрація судом: “Та обставина, що підсудний наніс потерпілій тільки один удар і не здійснив подальших спроб для доведення злочину до кінця, зовсім не свідчить про відсутність у нього умислу на вбивство, оскільки і цього одного удару було достатньо для настання смертельного результату. Замах не був доведений Колишніциним до кінця з незалежних від нього підстав: через заходи самооборони потерпілої та появи людей, що бігли до неї” (а. 4 тексту, абзац б).

Спростування демонстрації суду захисником: “Таким чином, за логікою вироку відмова Колишніцина від спричинення дружині інших травм була викликана достатністю для її смерті одного незначного порізу руки.

Помилковість цього доводу не вимагає коментарів, оскільки відсутність в подібній травмі будь-якої загрози життю потерпілої повністю очевидна, не кажучи уже про “достатність” такого порізу для її вбивства. Знаючи, що ніяких інших травм він дружині не спричинив, Колишніцин втік з місця події, оскільки не мав умислу на спричинення більш серйозних поранень дружині”.

Спростування аргументів суду захисником про недоведення підсудним злочину до кінця через незалежні від нього причини: заходів самозахисту потерпілої і появи людей, що бігли до неї.

“Це твердження не відповідає матеріалам справи. З показань свідків Рижкової і Салишевої (а. с. 76 і 86) випливає, що вони, єдині з людей, що залишилися у дворі, після крику потерпілої кинулися бігти від неї до хати, а не до неї, тобто залишили Колишніцина наодинці з потерпілою.

Що ж стосується “заходів самозахисту” потерпілої від Колишніцина, озброєного сокирою з довгою ручкою, то дієвість подібного самозахисту була досить чітко спростована самою потерпілою, яка двічі вказувала:

“Він мав можливість убити мене” (а. с. 223)

“Вбити мене він мав можливість” (а. с. 354).

Викладений короткий аналіз дозволяє зробити висновок про неспроможність мотивів вироку в цій частині.

Слід враховувати також, що вчинки Колишніцина як у період, що передував злочині, так і під час його вчинен-

ня, диктувалися хворобливістю, нав'язливою ідеєю, що оволоділа ним: відновити подружній зв'язок із дружиною. Усунення суперника співпадало з цією метою, а вбивство потерпілої було абсолютно несумісним з нею.

Наведені міркування дозволяють захисту стверджувати, що для засудження Колишніцина за замах на вбивство дружини підстав не було.

З матеріалів справи видно, що потерпіла намагалася присікти напад Колишніцина на гр. Китманова. У зв'язку з цим Колишніцин і наніс їй удар, спричинивши легку травму плеча, після чого вирвався і втік.

Виправляючи помилку у кваліфікації по аналогічній з даною справою Бутирєва, Верховний Суд РРФСР вказав, що подібні дії слід кваліфікувати не за ст. 102, а за ст. 193, ч. 2 КК РРФСР (нанесення легкого тілесного ушкодження громадянину у зв'язку з його участю в попередженні, присканні злочину. Див. "Бюлетень Верховного Суду РРФСР", № 4, 1975, с.7).

Тому, прошу в порядку ст. 371 КПК РРФСР опротестувати вирок і скасувати ухвалу на предмет:

— перекваліфікації дії Колишніцина стосовно потерпілої на ст. 193, ч. 2 КК РРФСР,

— а також, відповідно, — про кваліфікацію вчиненого ним вбивства Китманова по ст. 103 КК РРФСР з визначенням покарання в рамках санкції цього закону"¹.

Скаргу за протестом було задоволено Президією Верховного Суду РРФСР повністю.

5. При складанні скарг (заперечень на скарги) необхідно дотримуватися правил логічного доказування та спростування, уникати помилок, вміти розрізняти логічні помилки та хитрощі, допущені чи застосовані суб'єктом доказування оскаржуваного рішення, які можуть стосуватися усіх трьох елементів доказування-тези, аргументів та демонстрації.

Правила, помилки і хитрощі щодо тези.

Правило перше. Теза має бути логічно визначеною, сформульованою ясно та чітко.

Вимога логічної визначеності тези обвинувачення в основних процесуальних документах (постанові про притягнення особи як обвинуваченого, обвинувальному висновку, вироку)

¹ Ария С. Л. Защитительные речи и жалобы. — С.78–82.

означає, по-перше, що описання обвинувачення має бути сформульоване термінами, які точно і чітко відповідають змісту відповідних понять кримінального закону як структурних елементів предмета доказування розглядуваної справи.

Ця вимога, по-друге, означає, що тезу обвинувачення слід сформулювати не як загальне твердження, а як твердження (судження) про конкретне явище, подію, обмежену певним місцем, часом та обстановкою. Неконкретизоване обвинувачення у кримінальній справі — не обвинувачення. Його в жодному випадку неможливо ні довести, ні спростувати. Тому при неконкретизованій формулі обвинувачення захисник в усіх випадках, в першу чергу, мусить ставити питання про порушення права обвинуваченого на захист та недоведеність обвинувачення.

Вимога визначеності тези стосується, по-третє, чіткого вираження смислу власних суджень та викладення у скарзі положення, що спростовується, — антитези.

У стародавній індійській філософії з цього приводу існувало розумне правило: якщо ви збираєтеся критикувати чиесь положення, то слід повторити цю тезу, та отримати згоду присутнього опонента, що його думку викладено правильно. Лише після цього можна починати критичний розбір.

Дотримання наведеного правила робить спростування об'єктивним, точним і неупередженим. Тому зовсім не випадково досвідчені захисники тезу процесуального документа, яку оскаржують, викладають як цитату в лапках.

Друге правило. Теза повинна залишатися незмінною упродовж усього доведення або спростування.

Це правило в кримінальному судочинстві — пряма вимога закону, яка означає, що формула обвинувачення, сформульована в постанові про притягнення особи як обвинуваченого в подальшому, тобто в обвинувальному висновку, вирок, ухвалі суду не може істотно видозмінюватися стосовно описання фактичної сторони справи. Формулювання обвинувачення, яке за фактичними обставинами істотно відрізняється від формули постанови про притягнення особи як обвинуваченого (чи сформульованої прокурором в суді — ст. 277 КПК), є порушенням права обвинуваченого на захист, яке в будь-якому разі вимагає скасування вироку (п. 3 ч. 2 ст. 370 КПК).

Таку вимогу покладено в основу норм процесуального закону про межі судового розгляду (ч. 1 ст. 275 КПК), зміст

апеляції (п.п. 4, 5 ч. 1 ст. 350 КПК), зміну апеляції (ч.ч. 1, 2 ст. 355 КПК), обсяг перевірки справи апеляційним судом (ч.ч. 1 ст. 365 КПК) тощо.

Загальна назва помилки стосовно тези доказування чи спростування — підміна тези. Вона може виражатися у формі втрати тези або повної чи часткової її підміни.

Підміна тези має місце тоді, коли в процесуальному рішенні доводиться або в скарзі на це рішення спростовується не та теза, яку слід довести або спростувати.

Підміна тези буде, якщо замість доведення судження про предмет доказування чи якийсь його елемент, доводиться твердження про доказовий факт. Наприклад, коли у справі про привласнення майна шляхом зловживання службовим становищем (ст. 185 КПК), у вирокі суду доводиться лише факт нестачі ввіреного підсудному майна.

Різновидностями підміни тези є помилки або хитрощі, які іменуються аргумент до особи (*argumentum ad personam*), доведення до публіки (*argumentum ad populum*), хто занадто доводить, той нічого не доводить (*qui nimium probat nihil probat*), “логічна диверсія”.

Перша помилка, чи хитрість, полягає у тому, що замість тези про конкретне діяння особи, її істинність чи хибність, доведення зводиться до особистих позитивних чи негативних характеристик цієї особи. Такої помилки іноді припускаються і в судових дебатах, і в процесуальних документах, в тому числі в скаргах сторони захисту, коли питання про спростування самого факту злочину підміняється питанням, яким хорошим був, є і буде підсудний.

Другою формою аргументу до особи є випадки, коли замість того, щоб обґрунтовувати або спростовувати тезу, характеризують особу, яка висунула чи обґрунтувала цю тезу. Така підміна тези зі сторони захисту, коли теза не спростовується взагалі чи спростовується слабо, натомість характеризується слідчий чи суддя, рішення, яке оскаржується, є неприпустимою.

“Доведення до публіки” має місце тоді, коли замість логічного обґрунтування істинності чи хибності тези обвинувачення за допомогою аргументів суб’єкт доведення (спростування) звертається до почуттів людей-адресатів, намагається викликати у них емоційний стан, симпатію чи антипатію і таким чином примусити повірити в правильність висунутої тези (анти-

тези) або цю реакцію вважати доказом істинності положення, що обстоюється.

Можливо, час покаже, вказаний прийом придатний у суді присяжних¹, але стосовно професійних слідчих, прокурорів, суддів, як свідчить практика, він дає протилежний очікуваному ефект.

Логічна помилка “хто занадто доводить, той нічого не доводить” виникає внаслідок омани чи неохайності, недбалості в роздумах, коли, наприклад, скаржник попередньо не сформулює чітко та ясно свою основну тезу, а підправляє та уточнює її упродовж всього тексту (як і у виступі в дебатах), або коли замість доведення істинності висунутої тези обґрунтовується інше положення — настільки широке, що з нього не впливає істинність висунутої тези. Така логічна помилка найчастіше трапляється при складанні надто “затеоретизованого” процесуального документа, в тому числі скарги.

“Логічна диверсія” як різновид підміни тези застосовується суб’єктами доведення у випадках, коли вони не в змозі довести чи виправдати висунуте ними положення, а тому штучно переводять доказування іншого твердження, хоча й важливого, але такого, що не має безпосереднього зв’язку з первинною тезою. Наприклад, замість тези “вкрав”, в обвинувальному висновку доводиться теза “заволодів”.

Часткова підміна тези полягає у тому, що в процесі доказування видозмінюється власна теза у бік послаблення її аргументації чи посилення її спростування. Наприклад, в першому випадку твердження “всі обвинувачені завдавали ударів потерпілому” видозмінюється на твердження “окремі обвинувачені завдавали ударів потерпілому, а саме...”, у другому випадку — навпаки. Класичною фразою посилення чи пом’якшення тези є: “Стратити не можна помилувати”. У конкретній справі сторона обвинувачення посилює тезу “стратити”, а сторона захисту тезу “помилувати”.

¹ Опубліковані судові промови видатних дореволюційних адвокатів у суді присяжних красномовно свідчать, що рідко яка з них не була перенасичена “доведенням до публіки”. Між тим, до такого прийому часто вдаються і в суді професійних суддів. Наприклад, свою судову промову член Харківської обласної колегії адвокатів Л. А. Грінфельд на захист Т. Ф. Герасимової (1950 р.) так і почав: “Перш ніж перейти до головної тези захисту — про безмірні страждання моєї підзахисної, змученої скаженими ревнощами свого чоловіка, — я зупинюсь на пролозі цієї драми” // Судові промови адвокатів України. — С. 25.

6. Правила, помилки і хитрощі щодо аргументів.

Логічна переконливість і доказове значення тверджень та висновків скарг багато в чому залежать від якості вихідного фактичного та теоретичного матеріалу — переконливої сили аргументів.

Процес доказування завжди передбачає необхідність кропіткого попереднього аналізу наявного фактичного матеріалу справи, наукових даних тощо. Слабкі та сумнівні аргументи відкидаються чи уточнюються, найбільш вагомі синтезуються в струнку і несуперечливу систему доводів.

Попередня робота здійснюється при цьому з урахуванням особливої стратегії та тактики аргументації. Під тактикою мають на увазі пошук і відбір таких аргументів, які виявляються найбільш переконливими для певної процесуальної ситуації. Вирішення ж стратегічного завдання аргументації визначається логічними вимогами до доводів¹.

Правила ці такі.

Перше. Аргументом можуть бути лише такі положення, істинність яких доведена.

Вимога істинності та доведеності аргументів визначається тим, що вони є логічними підставами, спираючись на які, за правилами логіки виводять тезу. Наскільки б вірогідними не були доводи, з них може випливати лише правдоподібна, але не достовірна теза.

Доводи виконують роль фундамента, на якому будується доказування. Якщо в фундамент покладено неперевірений чи сумнівний факт, то тим самим ставиться під загрозу весь процес доказування.

У кримінальному судочинстві наведене правило має винятково важливе значення, оскільки висновки, яких тут доходять, висновки про фактичні обставини справи, в кінцевих процесуальних рішеннях зокрема, в усіх випадках мають бути достовірними.

Порушення цього логічного правила призводять до помилок, які дістали назву “основна помилка”, або “хибний аргумент” (*error fundamentalis*), “упередження підстави” (*patitio principii*).

Помилка “хибний аргумент” полягає у тому, що для обґрунтування тези береться хибне положення. Як довід використо-

¹ Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика. — С. 236.

ується твердження про факти, події, дії, що не існують, наприклад, хибні, неправдиві, суперечливі показання обвинуваченого, потерпілого, свідка, неправильний висновок експерта тощо.

Помилка “упередження підстави” тому так і зветься, що за аргумент береться положення, хоча і не явно хибне, проте таке, яке саме ще потребує доведення. У кримінальній справі це ще припущення, версія, які потребують перевірки, а тому висновки, основані на них, неможливо вважати обґрунтованими. В судочинстві є аксіомою: судові рішення не можуть ґрунтуватися на припущеннях, а тому підлягають безумовному скасуванню.

Друге. Аргументи обґрунтовуються автономно, тобто незалежно від тези.

Це означає, що оскільки доводи мають бути істинними, то перш ніж обґрунтовувати тезу, спочатку слід перевірити самі ці доводи, причому перевірити на підставі інших аргументів, без звернення до тези.

Порушення цього правила призводить до логічної помилки, яку називають “коло в доказуванні” (*circulus in demonstrando*) — обґрунтування тези за допомогою аргументів, які, своєю чергою виводяться із тези.

Третє. Аргументи не повинні суперечити один одному.

Це правило впливає з логічної ідеї, згідно з якою із суперечності формально виходить все що завгодно — як теза, так і антитеза. Змістовно ж із суперечливих підстав не може з необхідністю впливати жодне положення. На цій логічній ідеї засноване процесуальне правило про невідповідність висновків суду фактичним обставинам справи, “коли при наявності суперечливих доказів, які мають істотне значення для висновків суду, у вирокі (постанові) не зазначено, чому суд взяв до уваги одні докази і відхилив інші” (п. 3 ч. 1 ст. 368 КПК).

Четверте. Аргументи повинні бути достатніми для обґрунтування тези.

Правило достатності аргументів є надзвичайно важливим у процесуальній діяльності, в тому числі у діяльності захисника при оскарженні процесуальних рішень.

Зміст цього правила полягає у тому, що аргументи мають неодмінно обґрунтовувати істинність тези, на підтвердження якої вони висунуті. Якщо ж істинність тези із наведених аргу-

ментів з необхідністю не впливає, то такі аргументи є недостатніми, вони не обґрунтовують тези.

Правило достатності аргументів відображено в кримінальному процесі у приписах про невідповідність висновків суду фактичним обставинам справи: “коли висновки суду не підтверджуються доказами, дослідженими в суді” (п. 1 ч. 1 ст. 369 КПК) та “коли суд не взяв до уваги докази, які могли істотно вплинути на його висновки” (п. 2 ч. 1 ст. 369 КПК).

При цьому, особливо при складанні захисником скарг, слід мати на увазі таке. Правило достатності аргументів пов’язане з логічною мірою речей: сукупність доводів повинна бути такою, щоб із неї за правилами логіки теза, що доводиться, випливала з необхідністю. Причому відхилення від вимоги достатності аргументів несумісне ні в один, ні в інший бік. Адже, безумовно, в кримінальній справі “один доказ — не доказ”, принцип “чим більше, тим краще” не завжди дає позитивний результат. Ще давньоримські юристи говорили, що “сила аргументів не в їх кількості, а у вагомості”. Інколи важко визнати переконливою скаргу захисника, яка на підтвердження висунутої тези надмірно “переповнена” посиланнями на доводи. У таких випадках скаржник непомітно для себе в азарті доведення посилається на доводи, явно суперечливі, хибні, недостатньо обґрунтовані тощо. Між тим, не лише такі аргументи, а кожен зайвий аргумент послаблює аргументацію. В логіці це відносять до помилок, які називають “надмірне обґрунтування”.

Найкращим принципом при обґрунтуванні скарги є правило — “краще менше, та краще”, тобто наводяться всі доводи, що стосуються тези, але доводи ретельно відібрані, зважені, такі, що становлять не просто сукупність, а надійну та переконливу систему аргументів. Тому правило достатності аргументів необхідно сприймати не в розумінні їх кількості, а з урахуванням їх ваги та сили.

Порушення правила достатності аргументів зумовлює також помилки, які називають “не впливає” (*non seguster*) та “від сказаного в принципі до сказаного в усіх випадках без винятку”.

Суть першої помилки є зрозумілою. Доказувана теза не впливає із наведених аргументів.

Суть другої помилки у тому, що правильне в принципі положення, яке характеризує загальний стан речей, поширюється

на кожен конкретний випадок. Наприклад, положення, що службові особи добре знають свої обов'язки і нормативні матеріали, пов'язані з їх роботою, в принципі є правильним, але далеко не стосовно кожної конкретної службової особи. Тому презюмування цього принципового положення в процесуальних документах конкретної справи щодо окремих підсудних — службових осіб, буде логічною помилкою, яку може бути піддано обґрунтованій критиці¹.

З логічними правилами щодо аргументів пов'язані також хитрощі, такі, як “аргумент до особи”, “аргумент до публіки”, “аргумент до жалю”, “аргумент до фізичної сили” тощо.

Як приклад застосування адвокатом “аргументу до фізичної сили” (а прокурором — умовиводу (міркування) у вигляді повної індукції, але з підміною тези) можна навести випадок, описаний в книзі В. Званцева “Справа Вальяно”. Автор описує 80-ті роки XIX ст. В Таганрозі судили Вальяно — молодого контрабандиста. Йому загрожувало три місяці тюрми та штраф за контрабанду — 12 млн рублів.

Прокурор аргументував обвинувачення з перевезення підсудним систематично на турецьких фелюгах цінної контрабанди так:

“— вантаж прибував за адресою Вальяно;

— неоплачений зборами вантаж перевантажувався на фелюги;

— вантаж на фелюгах підвозився до підполу в будинку Вальяно. Отже, Вальяно — контрабандист”.

Коротка судова промова адвоката А. Я. Пассовера звелась до такого:

“Вальяно ввозив товари, не оплачені зборами на турецьких фелюгах? Так, пан прокурор це блискуче довів, і я, захисник, спростовувати ці дії підсудного не збираюсь. Але чи становлять ці дії злочин контрабанди, ось в чому питання, панове судді і панове присяжні!”

Після сценічної паузи Пассовер процитував на пам'ять роз'яснення судового департаменту сенату з вичерпним пере-

¹ Як приклад спростування обвинувачення (в його частині), побудованого з порушенням правила достатності аргументів “від сказаного в принципі до сказаного в усіх випадках без винятку”, можна навести судову промову члена Київської колегії адвокатів Л. О. Ветвінського на захист фон Чаммера (1946 р.) // Судові промови адвокатів України. — С. 14–23.

ліком всіх видів морської контрабанди: човни, баркаси, плоти, шлюпки, яхти, рятувальні катери.

Згадувались як засоби для перевезення контрабанди навіть рятувальні пояси і уламки від корабельних аварій, навіть порожні бочки з-під рому, але про турецькі плоскодонні фелюги не йшлося.

“Між тим, панове судді і панове присяжні, — з чемним подихом на адресу обімлівшого прокурора сказав потім Пассовер, — вам добре відомо, що роз’яснення урядового сенату мають вичерпний характер, так, саме вичерпний характер і розширювальному тлумаченню не підлягають. А тому, оскільки підсудний Вальяно перевозив свої вантажі, на чому особливо наполягав пан прокурор, саме на турецьких фелюгах, а не на бочках з-під рому, наприклад, в його діях немає, з точки зору роз’яснень сенату, ознак складу морської контрабанди, і він підлягає виправданню”.

Перед тим як сісти, Пассовер, у мертвій тиші, що настала, додав зовсім утихомирювально: “А якщо би ви, панове, — чого я не можу допустити, — його не виправдали, ваш вирок все одно буде скасований сенатом як незаконний і такий, що вступив у суперечність із сенатським роз’ясненням”¹.

Адвокат вдало використав і риторичні, і спекулятивні аргументації.

Зустрічається і хитрість, яку називають “адвокатський аргумент”. Суть її зводиться до того, що одна із сторін помилку іншої сторони видає за свій аргумент. Наприклад, сторона обвинувачення в апеляції наводить хибні доводи про вчинення обвинуваченим діяння менш суспільно небезпечного і кримінально караного, ніж це мало місце в дійсності і визнано вироком суду, а захисник у запереченні на інші частини апеляції в даному випадку погоджується з ними і одночасно видає ці думки обвинувача з цього приводу як свої власні.

Подібного роду хитрощі є некоректними. Тому їх можна лише зрозуміти, але не виправдати.

7. Логічні правила і помилки щодо демонстрації.

Оскільки логічний зв’язок аргументів з тезою має форму таких умовиводів, як дедукція, індукція і аналогія, то логічна

¹ Цит. за: *Михалкин Н. В.* Логика и аргументация в судебной практике: Учебник для вузов. — Спб., 2004. — С. 123–124.

коректність демонстрації залежить від дотримання правил відповідних умовиводів.

При дедуктивному способі аргументації вимагається, поперше, точне визначення чи описання в більшій посилці, яка виконує роль доводу, вихідного теоретичного чи емпіричного положення. Таким положенням є припис процесуального закону про обставини предмета доказування чи окремі його елементи.

По-друге, в процесі такої аргументації вимагається точне і достовірне описання конкретної події, яка дана в меншій посилці. Цю вимогу диктує принцип конкретності істини. Роль меншої посилки тут виконує описання (відтворення) змісту певного доказу: показань обвинуваченого, потерпілого, свідка, властивостей речового доказу, змісту документа тощо.

На підставі цього дедуктивну аргументацію здійснюють з дотриманням специфічних правил цієї форми висновку і логічних зв'язків між посилками умовиводу за правилами категоричного силогізму.

За індуктивного способу аргументації як довід використовується описання (відтворення) змісту тих чи інших доказів. Тому за такого способу аргументації, а саме він переважає в логічному доказуванні в сфері кримінального судочинства, необхідно дотримуватися правил індуктивних умовиводів: повної індукції, неповної індукції, індукції через простий перелік, індукції через відбір фактів, які виключають випадкові узагальнення, наукової індукції.

Аргументація у вигляді аналогії повинна здійснюватися, відповідно, за правилами умовиводів за аналогією. Однак слід зазначити, що для доведення тези обвинувачення чи тези захисту як тез про предмет доказування сторонами процесу, та й судом при постановленні рішень, вона застосовується дуже рідко і в обмежених випадках, наприклад, при вирішенні цивільного позову в кримінальній справі. Широке застосування аналогії має місце лише на початкових етапах розслідування справи — при висуненні версій, плануванні розслідування тощо. Між тим, є приклад майстерного застосування аналогії в історії адвокатури — адвокатської практики відомого російського адвоката Ф. Плевако. Захищаючи в Сизрані самотню стару жінку, яка вкрала у сусідки п'ятикопійочного чайника, він використав такий варіант аналогії.

“Що я скажу на захист цієї нещасної жінки? — почав він — Росія за тисячу років свого існування перенесла чимало

страждань і трагедій. Йшов на неї Мамай, терзали її печеніги, татари і половці — вистояла. Йшов Наполеон з дванадцятьма овами — вистояла. Але тепер, панове присяжні засідателі, після того, як моя підзахисна вкрала цей жалюгідний чайник, мимоволі робиться моторошно. Такого випробування не витримає свята Русь — обов'язково загине”¹. Підсудну виправдали.

Порушення правил застосування дедуктивного, індуктивного умовиводу чи умовиводу за аналогією неодмінно призводить до помилки в доказуванні. Основною помилкою при порушенні правил щодо демонстрації є “не слідує...”, “не впливає...”, що означає відсутність необхідного логічного зв'язку між аргументами і тезою.

Логіки полюбляють наводити за приклад логічної помилки та застосованих адвокатом хитрощів при обґрунтуванні висунутої тези витяг із судової промови відомого російського адвоката С. Андрієвського у справі братів Келеш, яких було обвинувачено у підпалі з метою отримання страхової винагороди. Хоча ними аналізується промова адвоката у судових дебатах, цей логічний аналіз за аналогією можна розглядати і як аналіз скарги, оскільки і перший, і другий вид захисної діяльності ґрунтується на одних і тих самих логічних засадах.

Ось цей витяг.

“16 січня о 6 годині вечора тютюнова комірчина братів Келеш була зачинена і опечатана контролером Некрасовим. Опівночі всередині цієї комірчини з'явилися ознаки пожежі. Постає запитання, як же вона могла статися? Хто і як міг туди проникнути? (тези — Авт.). Замок, ключ від якого був у контролера, виявився замкненим і нешкодженним. Печатка затримувала двері своїм липким складом і, отже, не була знята. Інших ходів до комірчини не існувало і прокладено не було. Щоправда, Бобров, домовласник, пропонує нам зупинитися на припущенні, що туди можна було проникнути через квартиру, а до квартири на четвертий поверх дістатися сходами або водостоком. Але ж будемо міркувати у межах розумного і не станемо допускати такого. Драбини, що була б приставлена до стіни, ніхто не бачив, а для того, щоб лізти водостоком до четвертого поверху, треба бути мавпою або акроба-

¹ Цит. за: Пиккуль В. С. Каждому своё: Роман. Реквием каравану PQ-17: Документальная повесть. Миниатюры. — М., 1990. — С. 643.

том — привчитися до цього з дитинства, а брати Келеш — 40-літні люди — гнучкістю тіла не відзначаються. Нарешті, квартира на четвертому поверсі замикається зсередини: якби її було залишено при зимовій холоднечі відкритою, то контролер Некрасов, замикаючи комірчину, помітив би це, й усі вікна встигли б вкритися кригою. Крім того, квартирки робляться не у нижній частині вікна, а трішки вище, перегнутися через вікно жодний з Келешів не зміг би — треба було б його розбити, однак усі вікна при пожежі знайдені цілими. Отже, якщо не припускати казок, якщо не вірити, що хто-небудь з Келешів міг забратися комаром в щілину або залізти в комірчину через трубу, як відьма, — то треба буде визнати, що з тієї хвилини, як Некрасов зачинив комірчину, і до того часу, коли через шість годин в ній почалася пожежа (аргументи і демонстрації — Авт.), комірчина як і раніше була зачиною, — ніхто до неї не входив і не міг увійти...”¹ (повторення тези — Авт.).

Логічний аналіз витягу із промови, здійснений І. В. Хоменко: “З’ясуємо аргументи і тезу наведеної аргументації.

Аргументи:

1) У комірчину можна було проникнути або відкривши замок, або знявши двері, або пролізши через квартиру, або до комірчини ніхто не проникав.

2) Замка ніхто не відкривав.

3) Двері не знімали.

4) У квартиру брати Келеш пролізти не могли.

Теза:

У комірчину ніхто не проникав і не міг проникнути з того моменту, як Некрасов зачинив комірчину, і до того часу, як почалася пожежа.

Як бачимо, адвокат у цьому випадку застосовує непряму аргументацію, а саме — її розділовий вид. Однак при застосуванні такої обґрунтувати істинність тези можна лише тоді, коли перелічені всі можливості (у нашому випадку всі можливості проникнення до комірчини). Однак всередину приміщення можна було б, наприклад проникнути через дах, можна було б за гроші запропонувати комусь залізти в квартиру, якщо вже брати Келеш за фізичним станом не могли цього зробити,

¹ Речи извесных русских юристов. — М., 1985. — С. 86.

нарешті, сам контролер міг відкрити комірчину своїм ключем...

Це означає, що наведена аргументація побудована за схемою неправильного модусу розділово-категоричного міркування. Враховуючи це, можна зробити висновок, що теза цього блоку має лише правдоподібний характер. Адвокат не міг довести її істинність. У цілому наведену аргументацію можна охарактеризувати як недоказову аргументацію другого виду.

У наведеній аргументації допущено логічну помилку “не підтверджую”. Адвокат застосовує тут хитрощі, пов’язані з цією помилкою. Він будує аргументацію за схемою недедуктивного міркування, однак намагається видати цю схему за схему дедуктивного міркування для того, щоб показати необхідний зв’язок між наведеними аргументами і тезою, істинність якої він хоче довести”¹.

8. Насамкінець, виходячи із наведеного щодо захисної діяльності у формі логічного доказування обставин предмета захисту (у судових дебатах чи при оскарженні основних процесуальних рішень), слід сказати таке. Якщо дотримуватися логічних правил доказування, не припускатися логічних помилок та не вдаватися до логічних хитрощів, при обґрунтуванні (спростуванні) фактичних обставин предмета захисту альтернативи у своїй позиції захисник позбавлений. Іншим варіантом її може бути лише теза про недоведеність фактичних обставин справи — недоведеність події злочину, недоведеність участі підзахисного у його вчиненні.

Г. Гегель колись дотепно зазначив, що перетравлювати страву можна і без знання фізіології стравоперетравлювання, але без сумніву, що знання фізіології дозволяє нам налагодити раціональне харчування. Щось подібне можна сказати про значення логіки у доказовій діяльності захисника в кримінальному судочинстві. Річ у тім, що у розпорядженні слідчого, прокурора є могутній арсенал засобів для доказування винуватості особи. У розпорядженні ж захисника, головним чином, — сцементована логіка мислення.

¹ Хоменко І.В. Логіка. — К., 2001. — С. 178.

Вийшли друком в серії “Юридична бібліотека”

Трудове право України: Навч. посіб. / Карлицький С.М. – К.: Прецедент, 2004. – 216 с. – 14 грн.

Навчальний посібник містить стислий виклад загальних положень трудового права згідно з програмами викладання курсу у вищих навчальних закладах. Матеріал поданий з урахуванням останніх змін у законодавстві України, споряджений практикумом та глосарієм термінів. Розрахований на студентів вищих навчальних закладів, викладачів, аспірантів, юристів, управлінців та усіх, хто цікавиться питаннями правового регулювання відносин праці.

Кримінальне право України: Навч. посіб. / Д.Л.Виговський, С.Г.Волкотруб, Т.І.Іванюк та ін. – К.: Наукова думка; Прецедент, 2004. – 304 с. – 16 грн.

Системно та у відповідності до чинного Кримінального кодексу України викладено положення Загальної та Особливої частин кримінального права. Для студентів, аспірантів та викладачів вищих юридичних навчальних закладів та юридичних факультетів навчальних закладів неюридичного профілю.

Теорія держави і права: Навч. посіб. / Упоряд. Л.М.Шестопалова. – К.: Прецедент, 2004. – 224 с. – 14 грн.

Посібник містить стислий виклад курсу теорії держави і права, упорядкований відповідно до програм юридичних закладів освіти та юридичних факультетів. Ретельно розбудований пошуковий апарат посібника дозволяє користуватися ним як довідником. Розрахований на студентів вищих навчальних закладів, викладачів, аспірантів та усіх, хто цікавиться державно-правовими питаннями. Придатний для використання в загальноосвітніх школах та коледжах.

Цивільне право України: Навч. посіб. / Ю.В.Білоусов, В.А.Ватрас, С.Ф.Домбровський та ін. – За заг. ред. Р.О.Стефанчука. – К.: Наукова думка; Прецедент, 2004. – 456 с. – 22 грн.

Навчальний посібник підготовлено колективом кафедри цивільно-правових дисциплін Хмельницького університету управління та права на основі нового цивільного законодавства, зокрема Цивільного кодексу України. Системно викладено загальні положення цивільного права. Особливу роль відведено новаціям в сфері приватноправового регулювання в Україні та перспективам його розвитку у зв'язку з інтеграцією України до Європейського Союзу. Для студентів, аспірантів та викладачів вищих юридичних навчальних закладів та юридичних факультетів навчальних закладів неюридичного профілю.

Цивільний процес: Навч. посіб. / А.В. Андрушко, Ю.В. Білоусов, Н.Л. Бондаренко. – К.: Наукова думка; Прецедент, 2005. – 292 с. – 19 грн.

У навчальному посібнику розкриті загальні положення правового регулювання порядку розгляду та вирішення цивільних справ, окремі теоретичні проблеми теорії цивільного процесуального права. Розкриваються інститути цивільного процесуального права, які складають його систему, у тому числі цивільні процесуальні правовідносини, докази та доказування, розвиток цивільного процесу за стадіями та провадженнями, звернення судових постанов до виконання. Розрахований на студентів вищих навчальних закладів, викладачів, юристів-практиків.

Вексельний обіг в Україні: Законодавство, коментарі, роз'яснення, практика судів, зразки документів (Серія "Юридична бібліотека")

Упорядкування, коментарі
відомого експерта О.М.Єфімова.

2003 р. 476 с.

Обкладинка тверда.

Ціна 24 грн.

Ця книга являє собою повний збірник законодавства, нормативних актів та інших документів, що регулюють вексельний обіг в Україні, з коментарями та роз'ясненнями.

Ексклюзивність даного видання полягає не лише в тому, що воно містить два основоположних вексельних закони: Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі та Закон України "Про обіг векселів в Україні", численні нормативні акти, якими регулюється вексельний обіг в Україні, а ще й у тому, що вказані два основних вексельних закони мають по-статейний коментар.

При коментуванні одних статей законів використані перехресні посилання до інших статей, що надає йому вигляду однієї комплексної системи сприйняття вексельного законодавства та дозволяє зрозуміти правовідносини у поєднанні усіх норм вексельного права.

Окремі спірні моменти вексельного права автор подає із висвітленням протилежних точок зору, що дозволить читачам самим поміркувати над такими проблемами та визначитися із своєю власною позицією щодо цього.

Крім коментарів, видання містить нормативні акти, якими слід керуватися в повсякденній роботі з векселями, та які необхідні задля систематичного сприйняття вексельного права, як системи права України.

Книга буде корисною юристам, економістам, бухгалтерам, податківцям, студентам юридичних та економічних спеціальностей.

Читацький клуб
ЮРИДИЧНА БІБЛІОТЕКА
видавництва “Прецедент”

Придбавши будь-яке з видань серії ЮРИДИЧНА БІБЛІОТЕКА,
Ви маєте можливість вступити до нашого читацького клубу та отримати
постійну знижку 5% на всі книжки серії.

Для цього необхідно заповнити та направити на нашу адресу
(03067, м. Київ-67, Аб./скр. 3) заяву такого змісту:

*“Прошу прийняти мене до читацького клубу “Юридична бібліотека”
видавництва “Прецедент”. Про себе сповіщаю такі дані:*

- 1) Прізвище, ім'я, по батькові _____
- 2) Поштова адреса _____
- 3) Електронна адреса _____
- 4) Домашній телефон _____
- 5) Місце роботи, посада _____
- 6) Місце навчання, курс _____
- 7) Мене здебільшого цікавить література: ... _____
- 8) Підпис _____”

Після отримання заяви, ми надамо Вам індивідуальний номер
та запропонуємо нашу літературу на пільгових засадах:

скільки б книжок Ви не замовили —
**платите за поштову пересилку тільки однієї,
доставка решти — безкоштовно;**

якщо Ви придбали будь-яку з книжок серії, надішліть нам купон —
отримаєте знижку 1 грн. на придбання іншого видання;

✂

Купон на знижку 1 грн.

ПІБ читача _____

Індивідуальний номер члена клубу ЮБ _____

Придбано видання: *Попелюшко В. О.* Предмет захисту та його доказування
в кримінальній справі: Монографія. — К.: Прецедент, 2005.

Місце придбання _____

✂

Видання серії “ЮРИДИЧНА БІБЛІОТЕКА” можна
передплатити на кожному поштовому відділенні.
(передплатний індекс 09883),

а також замовити на сайті
www.lawlibrary.com.ua