

**Дмитро Олегович ЦИПЛИЧКИЙ**

(Національний науковий центр «Інститут судових експертиз ім. Засл. проф. М. С. Бокаріуса» Міністерства юстиції України, м. Харків)

ВІДБРАННЯ ПОЯСНЕНЬ ЗАХИСНИКОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЯК СПОСІБ ЗБИРАННЯ ДОКАЗІВ: ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті обґрунтовано позицію реформатування розподілу повноважень сторони обвинувачення та сторони захисту у збиранні доказів, зокрема, запровадження можливості проведення опитування захисником і віднесення зібраних пояснень до процесуальних джерел доказів. Окреслено шляхи запровадження механізму правового регулювання такої діяльності, зокрема, шляхом: 1) внесення змін до ч.2 ст. 84 КПК України щодо доповнення процесуальних джерел доказів поясненнями; 2) доповнення глави 4 «Докази і доказування» параграфом, який би визначав процесуальний механізм відібрання пояснень, документальне оформлення результатів їх отримання у вигляді протоколу, та такого реквізиту як згода на участь в опитуванні тощо; 3) виключення з ч. 8 ст. 84 КПК України формулювання «які не є джерелом доказів, крім випадків, передбачених цим Кодексом». Аргументовано, що такі нормативні зміни збалансують процесуальні можливості сторони захисту й обвинувачення, що в свою чергу виведе принцип змагальності зі стану правової фікції, стане ефективним інструментом для досягнення мети кримінального провадження та втілення на практиці симетричної процедури формування доказової бази опонуючих сторін.

Ключові слова: кримінальне процесуальне законодавство, кримінальне провадження, сторона захисту, адвокат, норма права, пояснення, джерело доказу.

Постановка проблеми. Аналіз окремих аспектів участі сторони

захисту у процесі збирання доказового матеріалу у кримінальному провадженні дав змогу констатувати наявність проблем законодавчої техніки та прогалин у сучасному Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України). Незважаючи на те, що законодавець наділив сторону захисту правом збирати докази, однак механізм реалізації цього права не був належним чином врегульованим, це призвело до виникнення дисбалансу можливостей сторони обвинувачення та захисту у процесі збирання та подання доказів задля доведення власної правової позиції.

Така ситуація формується попри те, що однією з основних засад кримінального провадження в Україні визнається принцип змагальності, який знайшов своє відображення у статті 22 КПК України, згідно з яким сторона захисту та обвинувачення повинні бути наділені рівними процесуальними правами, зокрема, у процесі подання до суду своїх доказів і доведення перед судом їх переконливості¹.

У цьому контексті слід згадати, що неодноразово і Європейський суд з прав людини звертав увагу на те, що головними компонентами концепції справедливого судового розгляду є здійснення судочинства на засадах рівності та змагальності сторін. Так, у п. 24 рішення ЄСПЛ у справі «Надточій проти України» та п. 23 рішення ЄСПЛ у справі «Гурепка проти України №2» наголошується на тому, що кожна сторона повинна мати розумну можливість відстоювати свою позицію у справі в умовах, які не ставлять її в суттєво менш сприятливе становище в порівнянні з опонентом^{2,3}. У розумінні концепту «справедливого балансу» кожній стороні повинна надаватися розумна можливість представити справу в таких умовах, які не ставлять цю сторону у суттєво не вигідне становище відносно другої сторони (рішення у справі «Ankerl v. Switzerland»)⁴.

Мета статті – сформулювати пропозиції щодо забезпечення можливості проведення опитування захисником і визнання зібраних пояснень як процесуальних джерел доказів.

Виклад основного матеріалу. Змагальність, як правове явище, має певну структуру, котру пов'язують з чотирма взаємопов'язаними елементами, серед яких: «1) наявність сторони обвинувачення та сторони захисту; 2) наявність у сторони обвинувачення та сторони захисту рівних процесуальних прав; 3) наявність та чітке відокремлення функцій державного обвинувачення, захисту та судового розгляду; 4) наявність

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/-4651-17> (дата звернення: 01.08.2024).

² Справа «Надточій проти України» (Заява № 32899/13). Європейський суд з прав людини, Міжнародні суди; Рішення, Справа, Заява від 20.09.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_h34 (дата звернення: 01.08.2024).

³ Справа «Гурепка проти України (№ 2)» (Заява N 38789/04). Європейський суд з прав людини, Міжнародні суди; Рішення, Справа від 08.04.2010. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_565 (дата звернення: 01.08.2024).

⁴ Case of Ankerl v. Switzerland (Application no. 17748/91). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58067%22%5D%7D> (дата звернення: 01.08.2024).

об'єктивного та неупередженого суду»¹. Окреслені складові мають знаходити своє об'єктивне вираження та закріплення у нормах кримінального процесуального законодавства.

Наразі деякі положення чинного КПК України сформульовані всупереч вітчизняному та міжнародному тлумаченню принципу змагальності, що призводить до утиску й обмеження права сторони захисту на відстоювання своїх прав під час досудового розслідування. Тому, незважаючи на те, що захисник нарівні зі слідчим та прокурором є однією з центральних фігур у процесі збирання доказів, процесуальні можливості опонуючих сторін не є рівними.

У свою чергу, діяльність захисника щодо отримання доказів стає подекуди вирішальною для долі його підзахисного. Однак, для того, щоб певна інформація, яка на думку як сторони захисту, так і обвинувачення, має доказове значення, була врахована на стадії досудового розслідування та набула процесуальної форми доказу, необхідно, щоб вона відповідала обов'язковим критеріям. Серед них такі:

1) належний (уповноважений) суб'єкт проведення процесуальних дій, спрямованих на одержання доказів;

2) належне (передбачене законом) джерело даних, які утворюють зміст доказу;

3) належна (передбачена законом) процесуальна дія, що застосовується для одержання доказів;

4) належний (встановлений законом) порядок проведення процесуальної дії та форма фіксації її результатів².

У практиці найбільш поширеним джерелом доказів, без якого не обходиться жодне кримінальне провадження, є показання, тобто відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинуваченим, свідком, потерпілим, експертом щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження³.

Зважаючи на те, що показання отримуються під час слідчої (розшукової) дії – допиту, сторона захисту позбавлена можливості самостійно збирати докази із цього процесуального джерела.

У той же час КПК України надає право стороні захисту отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення (ч. 8 ст. 95), а Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» уповноважує адвоката опитувати осіб за їх згодою (п. 7 ст. 20)⁴. Однак,

¹ Стрілецька О. В., Габрелян А. Ю. Реалізація принципу змагальності в ході проведення досудового розслідування. *Науковий вісник УжНУ. Серія «Право»*. 2024. Т. 81. № 1. С. 171.

² Степанов О. С. Належність та допустимість доказів у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2007. 26 с.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/-4651-17> (дата звернення: 01.08.2024).

⁴ Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення: 01.08.2024).

отримані в такому порядку відомості, не будуть доказами, оскільки пояснення відповідно до кримінального процесуального законодавства не віднесені до процесуальних джерел доказів.

Крім того, як вбачається з вищенаведеного, законодавство в певній мірі є неузгодженим та має прогалини, оскільки передбачене спеціальним законом, який регламентує діяльність адвокатів, «опитування» зовсім не знайшло свого відображення в КПК України. А якщо взяти до уваги передбачене ч. 8 ст. 95 КПК України право сторони захисту отримувати показання, то процесуальний механізм відібрання в такий спосіб відомостей від особи взагалі відсутній у кримінальному процесуальному законі.

Також необхідно звернути увагу на те, що показання, які визнаються джерелом доказів, отримуються в ході проведення передбаченої законом процесуальної дії – допиту, та відомості, отримані під час вказаної слідчої дії, мають відповідну процесуальну фіксацію у вигляді протоколу допиту.

У свою чергу, до пояснень, які має право відбирати захисник, жодних вимог щодо процедури проведення такого відбору та процесуального оформлення КПК України не ставить, а лише зазначає, що вони не визнаються джерелом доказів, а тому на практиці виникають проблеми у використанні такої інформації під час обстоювання власної правової позиції сторони захисту та опонуванню стороні обвинувачення.

Особливо вказана нерівність сторін проявляється на стадії обрання підозрюваному запобіжного заходу, яке слідчий суддя зобов'язаний розглянути невідкладно, але не пізніше 72 годин з моменту затримання підозрюваного (ст. 186 КПК України)¹.

Законодавець фактично встановив стороні захисту максимум 72 години для збирання доказів та надання їх слідчому судді в обґрунтування заперечень проти клопотання сторони обвинувачення. Проте, навіть у випадку віднайдення свідків стороною захисту, остання позбавлена надати до суду в якості доказів їх показання. При цьому, сторона обвинувачення у переважній більшості випадків обґрунтовує необхідність застосування запобіжного заходу протоколами допитів свідків.

Кримінальним процесуальним законом визначено можливість стороні захисту клопотати перед слідчим суддею про виклик і допит свідків (п. 7 ч. 2, ч. 4 ст. 193 КПК України), проте, таке право все одно не ставить сторону обвинувачення та сторону захисту у рівні умови. Слідчий суддя може відмовити стороні захисту у виклику свідків або їх фізично буде неможливо допитати у встановлені 72 години, а протоколи допитів свідків, надані стороною захисту, будуть прийматися судом як належні та допустимі докази навіть без надання свідчень свідками особисто в суді.

За таких обставин, можна цілком впевнено говорити про наявність нерівного процесуального становища сторони обвинувачення та захисту у процесі збирання доказів, що призводить до порушення принципу

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/-4651-17> (дата звернення: 01.08.2024).

змагальності сторін кримінального провадження.

Зазначену проблему не можна назвати суто теоретичною, оскільки в судовій практиці вже наявні прецеденти, коли суд приймав до уваги пояснення осіб, отримані стороною захисту в якості допустимого доказу. Взірцевим для вирішення питання можливості використання пояснень, відібраних стороною захисту, як доказу, є висновок Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, викладений у постанові від 15.08.2018 р. по справі № 750/2282/15-к. У цій справі прокурор просив скасувати ухвалу апеляційного суду у зв'язку з істотним порушенням кримінального процесуального закону через те, що суд першої інстанції послався у вирокі на позасудові пояснення свідка, надані захисником, а в свою чергу, апеляційний суд не задовольнив доводи прокурора.

Верховний Суд вказав, що відповідно до «точного» змісту ч. 8 ст. 95 КПК України пояснення, надані стороною, не можуть бути використані як джерело доказів, однак, ВС відзначив, що суд першої інстанції у вирокі послався не виключно на оскаржені пояснення свідка, а в сукупності з показаннями того ж свідка, які він давав під час минулого судового розгляду, тобто під час змагального процесу за повної можливості для всіх сторін піддати свідка перехресному допиту. За таких обставин Верховний Суд вважає, що згадка оскаржених пояснень свідка у сукупності з посиланням на його судові показання не суперечить ч. 8 ст. 95 КПК і не може розглядатися як істотне порушення процесуального закону¹.

Аналіз вищевказаного рішення дає можливість зробити висновок, що суди приймають до уваги пояснення, відібрані захисником, виключно у випадку, якщо вони будуть перевірені шляхом дачі такою особою показань під час судового розгляду. Тільки за сукупністю вказаних обставин пояснення будуть вважатися допустимими доказами.

Окремо необхідно звернути увагу на неоднаковий підхід законодавця щодо визначення процесуальних джерел доказів під час розслідування кримінальних проступків та злочинів.

Так, статтею 298-1 КПК України передбачено, що процесуальними джерелами доказів у кримінальному провадженні про кримінальні проступки, крім визначених ст. 84 КПК України, також є пояснення осіб, результати медичного освідчення, висновок спеціаліста, показання технічних приладів і технічних засобів, що мають функції фото- й кінозйомки, відеозапису, чи засобів фото- й кінозйомки, відеозапису. Проте такі процесуальні джерела доказів не можуть бути використані у кримінальному провадженні щодо злочину, окрім як на підставі ухвали слідчого судді, яка постановляється за клопотанням прокурора².

Однак, кримінальне процесуальне законодавство не має визначення

¹ Постанова ВС/ККС № 750/2282/15-К від 15.05.2018 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74218746> (дата звернення: 01.08.2024).

² Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/-4651-17> (дата звернення: 01.08.2024).

поняття «пояснення» та не передбачає процедуру їх відібрання й процесуального оформлення органами досудового розслідування під час розслідування кримінальних проступків, що призводить до проблеми розмежування понять «пояснення» та «показання» під час правозастосування.

Таким чином, невід'ємною частиною діяльності адвоката щодо здійснення ефективного захисту підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному провадженні є збирання та подача доказів для відстоювання власної правової позиції та спростування фактів, зібраних стороною обвинувачення. Однак, законодавча регламентація в аспекті реалізації процесуальних можливостей сторони захисту з приводу збирання доказового матеріалу є недосконалою, що в результаті на практиці ставить під сумнів зібрані стороною захисту матеріали за критеріями допустимості та достовірності.

Крім того, закріплення законодавцем принципу змагальності, як однієї з основних засад кримінального провадження, має суто декларативний характер, оскільки процесуальні права сторони захисту і обвинувачення мають певний дисбаланс у частині формування доказової бази. Так, положення частини 2 статті 84 та частини 8 статті 95 КПК України суперечать принципу змагальності, оскільки пояснення отримані стороною захисту, не визнаються джерелом доказів, а тому їх не можна використати для обстоювання правової позиції сторони захисту та для спростування обставин, покладених стороною обвинувачення для підтвердження підозри чи обвинувачення особи.

В свою чергу, показання, які відбираються стороною обвинувачення, мають процесуальне оформлення та визначену законодавством процедуру їх отримання, а тому мають доказове значення й визнаються джерелом доказів у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування.

Висновки. Задля вирішення досліджуваної нами проблеми, спрямованої на врегулювання рівномірності у розподілі процесуальних можливостей сторони обвинувачення та захисту в збиранні доказів, вважаємо за доцільне внести зміни до чинного Кримінального процесуального кодексу України, зокрема:

1) викласти частину 2 статті 84 КПК України в наступній редакції: «Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів та пояснення»;

2) доповнити Главу 4 «Докази і доказування» КПК України, параграфом, яким передбачити процесуальний механізм відібрання пояснень, документальне оформлення результатів їх отримання у вигляді протоколу, в якому обов'язково передбачити фіксацію факту згоди проведення опитування тощо;

3) виключити з частини 8 статті 84 КПК України слова «які не є джерелом доказів, крім випадків, передбачених цим Кодексом».

Вважаємо, що лише після внесення зазначених змін можна збалансувати процесуальні можливості сторони захисту й обвинувачення,

що в свою чергу виведе принцип змагальності зі стану правової фікції, стане ефективним інструментом для досягнення мети кримінального провадження та втілення на практиці симетричної процедури формування доказової бази опонуючих сторін.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/-4651-17> (дата звернення: 01.08.2024).
2. Постанова ВС/ККС № 750/2282/15-К від 15.05.2018 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74218746> (дата звернення: 01.08.2024).
3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення: 01.08.2024).
4. Справа «Гурепка проти України (N 2)» (Заява N 38789/04). Європейський суд з прав людини, Міжнародні суди; Рішення, Справа від 08.04.2010. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_565 (дата звернення: 01.08.2024).
5. Справа «Надточій проти України» (Заява № 32899/13). Європейський суд з прав людини, Міжнародні суди; Рішення, Справа, Заява від 20.09.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_h34 (дата звернення: 01.08.2024).
6. Степанов О. С. Належність та допустимість доказів у кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2007. 26 с.
7. Стрілецька О. В., Габрелян А. Ю. Реалізація принципу змагальності в ході проведення досудового розслідування. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2024. Т. 81. № 1. С. 168-179. DOI: <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2024.81.3.25>.
8. Case of Ankerl v. Switzerland (Application no. 17748/91). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58067%22%5D%7D> (дата звернення: 01.08.2024).

Стаття надійшла до редакції 08.11.2024

Dmytro OI. TSYPLITSKYI,
Postgraduate Student
(National Scientific Center «Hon. Prof. M. S. Bokarius Forensic Science Institute», Kharkiv, Ukraine)

INTERVIEW BY LAWYER IN CRIMINAL PROCEEDINGS AS A METHOD OF COLLECTING EVIDENCE: PROSPECTS FOR IMPROVING THE LEGAL REGULATION MECHANISM

The article substantiates the position of reformatting the division of powers of the prosecution and the defense in gathering evidence, in particular, introducing the possibility of conducting an interview by the defense attorney and assigning the collected explanations to the procedural sources of evidence. The ways of introducing the mechanism of legal regulation of such activities are outlined, in particular, by: 1) making changes to Part 2 of Art. 84 of the Criminal Procedure Code of Ukraine regarding supplementing procedural sources of evidence with explanations; 2) supplementing Chapter 4 "Evidence and proof" with a paragraph that would determine the procedural mechanism for selecting explanations, documenting the results of their receipt in the form of a protocol, and such requisites as consent to participate in the survey, etc.; 3) exclusion from Part 8 of Art. 84 of the Criminal Procedure Code of Ukraine wording "which is not a source of evidence, except for the cases provided for by this Code." It is argued that such regulatory changes will balance the procedural capabilities of the defense and the prosecution, which in turn will remove the principle of competition from the state of legal fiction, will become an effective tool for achieving the goal of criminal proceedings and implementing in practice a symmetrical procedure for forming the evidence base of the opposing parties.

Key words: *criminal procedural legislation, criminal proceedings, defense party, lawyer, rule of law, explanation, source of evidence.*