

## ЩОДО ПИТАННЯ ІНСТИТУТУ АДВОКАТСЬКОГО РОЗ- СЛІДУВАННЯ ТА ЙОГО ДЖЕРЕЛЬНОЇ БАЗИ

УДК 343.9

Із внесенням змін до чинного законодавства, пов'язаних з проведенням так званої “малої судової реформи”, Кримінально-процесуальний кодекс України був доповнений статтею 161, яка закріплює принцип змагальності. Однак дія даного принципу поширюється лише на стадію судового розгляду кримінальних справ. А тому, незважаючи на зміни, внесені до кримінально-процесуального законодавства, у стадії досудового слідства обвинувачений та його захисник знаходяться в нерівному процесуальному становищі відносно органів досудового розслідування. Це вимагає перегляду цілої низки положень чинного кримінально-процесуального законодавства, зокрема, зміни та доповнення норм, які регулюють участь захисника у стадії досудового слідства, з метою надання йому більш широкого комплексу прав. Розширення прав захисника обумовлене потребою підвищення ефективності його діяльності по захисту прав та інтересів обвинуваченого.

Проблеми удосконалення механізму правового регулювання діяльності захисника на досудовому слідстві завжди знаходилися в центрі уваги вчених і практиків. Зокрема, вони досліджувалися у працях Н.А.Акінча, Є.Д.Болтошева, Ю.І.Волченка, Т.Варфоломєєвої, І.М.Гуткіна, Н.Горі, В.Зубарева, Л.П.Іжніної, Л.В.Кречетової, А.С.Коблікова, З.В.Макарової, Є.Г.Мартинчика Т.Н.Ніколасвої, І.Л.Петрухіна, Н.К.Панька, Г.П.Саркісянца, О.В.Сурдукової, Д.П.Фіолєвського, Л.Фріса, Є.А.Шейна та ін.

Чи припустима постановка питання про адвокатське розслідування та відповідний йому правовий інститут?

Мабуть, вперше на рубежі радянського та пострадянського просторів за запровадження “адвокатського розслідування” виступив і такий термін вжив Н. Горя, обґрунтовуючи це необхідністю посилення змагальних засад у кримінальному судочинстві [5, 22]. Його позиція була підтримана багатьма процесуалістами, здебільшого російськими. Пропонувалися й інші терміни для означення доказової діяльності захисника у кримінальній справі – “паралельне розслідування або слідство” [1, 17], “приватні розслідувальні заходи” [2, 82] тощо. Однак у прийнятому 22 листопада 2001 р. КПК РФ повнокровного втілення ця ідея не знайшла, хоча і дотепер провідні вчені Росії не перестають наполягати на запровадженні паралельного адвокатського розслідування з обов'язковим долученням до кримінальної справи отриманих таким чином доказів,

як на безальтернативній умові для подолання інквізиційного характеру досудового розслідування [20, 31].

Питання про розширення доказових можливостей захисника-адвоката є споконвіку й українським. У свій час за це ратував ще В.П.Даневський [7, 60-72]. Особливо гостро воно постало із набуттям Україною незалежності, прийняттям Закону про адвокатуру, Конституції України, яка проголосила змагальність сторін та свободу в наданні ними своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості однією із основних засад судочинства (п.4 ч.3 ст. 129), розробкою та необхідністю прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу України.

Українською кримінально-процесуальною наукою цей інститут фактично визнається, хоча сам термін поки що вживається рідко, а поняття, як категорія кримінально-процесуального права, спеціальному дослідженню піддається мало [24, 97-103].

Вважаю, є усі підстави для твердження – інститут адвокатського розслідування, як споріднена сукупність правових норм, які регулюють кримінально-процесуальні відносини, пов'язані із доказовою діяльністю захисника у кримінальній справі та мають специфічний, притаманий їм метод правового впливу на ці суспільні відносини містить і чинна система кримінально-процесуального та адвокатського права. Причому, хоча нормативне наповнення даного інституту різноджерельне, проте, як і належить інституту права, його складають норми загального характеру, норми-принципи, норми, що визначають цілі, завдання діяльності захисника у кримінальній справі, його доказові повноваження, які об'єднують в єдиний комплекс усі інші норми даного інституту і тим самим забезпечують різносторонній вплив на свою частку суспільних відносин кримінального судочинства.

Норми – загальні положення щодо прав, свобод та законних інтересів особи у сфері кримінального судочинства як об'єктів захисної діяльності, норми-гарантії, норми-принципи, пов'язані із захистом від обвинувачення, містить Конституція України. Зокрема, Конституція закріплює та визначає принципи презумпції невинуватості (ст. 62), свідоського імунітету (ч. 1 ст. 63), права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист (ч. 2 ст. 63), змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (п. 4 ч. 3 ст. 129), забезпечення обвинуваченому права на захист (п. 6 ч. 3 ст. 129). Конституція України встановлює й організаційно-функціональну основу останнього із названих принципів: “Для забезпечення права на захист від обвинувачення ... в Україні діє адвокатура” (ч. 2 ст. 59).

Як видно, Конституція України визначає основоположні правові параметри, пов'язані із захистом особи у сфері кримінального судочинства, підвалини, що окреслюють (повинні окреслювати) його спрямованість та головний зміст.

Зрозуміло, що як єдине ціле за предметом регулювання, норми щодо доказової діяльності захисника, як складової кримінально-процесуальної діяльності в цілому, закріплені у чинному КПК України з огляду необхідності забезпечення змагальних засад вітчизняного кримінального судочинства, тобто як неодмінний елемент його структури.

Конкретизуючи конституційні норми щодо права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист, в тому числі на правову допомогу захисника (ст. 43, 431, 236 КПК), Кодекс визначає, хто може бути захисником у кримінальній справі (ст. 44 КПК), його доказові завдання, доказові повноваження (права, необхідні для виконання цих завдань (ч. 2 ст. 48 КПК). Участі захисника в доказуванні із зазначенням терміну “захисник” присвячені також приписи ст. ст. 73, 161, 45, 107, 143, 1652, 1653, 205, 218, 219, 220, 221, 222, 237, 246, 253, 255, 261, 266, 277, 289, 303, 309, 310, 311, 315, 318, 348, 349, 350, 358, 384, 4009, 411, 419, 438, 477 КПК. Ще в інших нормах статей КПК доказові повноваження захисника конкретизуються стосовно тієї чи іншої процесуальної ситуації як одного із її учасників, учасника тієї чи іншої слідчої та судової дії (ст. 194, 307, 313 та ін. КПК), як рівноправного учасника процесу на заявленні відводів, клопотань, обговорення тих чи інших питань, пов'язаних із доказуванням у справі на оскарження судових рішень (ст. 110, 240, 248, 287, 296 та ін. КПК). Доказові повноваження захисника регламентовані також у нормах статей, які дозволяють застосовувати аналогію закону при провадженні кримінальної справи (ст. 388, 432 та ін. КПК) тощо.

Оскільки адвокатське розслідування є в той же час складовою усієї адвокатської діяльності, урегульованої відповідною комплексною галуззю права – адвокатським правом, норми, що регулюють правовідносини, пов'язані із захистом у кримінальних справах, містить не тільки КПК, а й Закон України “Про адвокатуру”. Так, кримінально-процесуальний доказовий аспект регулювання має місце в положеннях Закону “Про адвокатуру” щодо призначення адвокатури та визначення її завдань (ст. 1), хто може бути адвокатом (ст. 2), про принципи і організаційні форми діяльності (ст. 5), професійні права та обов'язки адвоката (ст. 6 і 7), адвокатську таємницю (ст.9), гарантії адвокатської діяльності (ст. 10) тощо.

Між тим, це дає підстави стверджувати лише те, що адвокатське розслідування, як з'ясування обставин справи, є міжгалузевим правовим інститутом комплексної галузі адвокатського права, яке розповсюджу-

ється на усі види адвокатської діяльності (у цивільних, господарських, адміністративних справах тощо), а не про міжгалузевий його характер у кримінальному судочинстві [16, 60].

Наведені вище норми Конституції, Закону про адвокатуру, що стосуються захисної діяльності у кримінальному судочинстві, як і відповідні норми КПК, є нормами саме кримінально-процесуальними. Якщо вони в цілому охоплюють більш широке коло суспільних відносин, ніж тих, які безпосередньо пов'язані із кримінальним процесом, це означає, що такі норми та їх реалізація мають міжгалузевий, комплексний характер в тому розумінні, що вони тісно пов'язані з іншими галузями права. Але кримінально-процесуальний аспект їх змісту при цьому не втрачається, не має комплексного характеру. Навпаки, він у змісті норми, як і у разі розбіжностей з нормами інших галузей права, має пріоритетний характер [17, 27-28].

До джерел інституту адвокатського розслідування, далі, належать також норми деяких інших законів України, таких як Закон “Про судоустрій” (ст. 8), Закон “Про попереднє ув'язнення” (ст. 9), Закон “Про міліцію” (ст.5) і ін. Норму, що стосується правил, пов'язаних з доказовою діяльністю захисника у кримінальній справі має навіть Закон “Про банки і банківську діяльність” в тому плані, що вона не називає захисника (на відміну від суду, органів прокуратури України, Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України) суб'єктом витребування документів, які містять банківську таємницю (ст. 62).

Оскільки чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України (ч. 1 ст. 9 Конституції), норми таких договорів, що стосуються захисту у кримінальному судочинстві, захисної доказової діяльності адвоката, зокрема, органічно вплітаються в систему норм інституту адвокатського розслідування як принципи та світові і європейські стандарти. До таких норм-принципів та норм-стандартів відносяться щонайменше: ч. 1 ст. 11 Загальної декларації прав людини (1948 р.), в “а” і “в” ч. 3 ст. 2; п. “b” і “c” ч. 3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966 р.); п.1 ст. 7, ст. 15 Мінімальних стандартних правил Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя відносно неповнолітніх (Пекінські правила) (1985 р.), усі норми статей Основних положень ООН про роль адвокатів (Нью-Йорк, вересень 1990 р.), ст. 14, 16, 17, 128, Основних принципів ООН щодо юристів (Гавана, вересень 1990 р.), ст. 6, 8, 9, 10, 13, 34, ст. 2 Протоколу № 7, ст. 1 протоколу № 11 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (1950 р.), норми усіх статей Європейської

Угоди про осіб, що беруть участь у процесі Європейського суду з прав людини (1996 р.), норми Резолюції (78) 8 Комітету міністрів Ради Європи про юридичну допомогу і консультації (1978 р.), п. 4 принципу В (Спростення) Рекомендації R (81) 7 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно Рекомендації R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків (2000 р.) тощо.

Норми щодо адвокатської діяльності у кримінальних справах передбачені також у міждержавних (регіональних) та двосторонніх угодах, підписаних та ратифікованих Україною.

Не можна не визнати джерельних проявів права й за рішеннями Конституційного Суду України, в тому числі права кримінально-процесуального, а деякі із яких тією чи іншою стороною належать і до галузі адвокатського права й до інституту адвокатського розслідування, зокрема, як, наприклад, рішення від 16 листопада 2000 р. № 13-рн/2000 (справа Солдатова), рішення від 30 січня 2003 р. № 3-рн/2003 (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора).

De facto до джерел кримінально-процесуального права, а звідси й до норм інституту адвокатського розслідування відноситься також судовий прецедент.

Судовий прецедент, як джерельна форма вираження права, має троякий прояв: 1) у вигляді правил, сформульованих в постановах Пленуму Верховного Суду України; 2) у вигляді правил, сформульованих у постановах Судової палати у кримінальних справах (Військової судової колегії) Верховного Суду України при вирішенні нею конкретних кримінальних справ; 3) у вигляді рішень Європейського Суду з прав людини.

Прецедентна практика, як одне із джерел національного кримінально-процесуального права, не може викликати сумніви хоча б з тієї причини, що в силу ст. 46 ратифікованої Україною “Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод”, під назвою “Обов'язкова сила судових рішень та їх виконання”, однозначно вказано: “1. Високі Договірні Сторони зобов'язуються виконувати остаточне рішення Суду в будь-якій справі, в якій вони є сторонами”. Значна частина рішень Суду у справах, у яких Україна була стороною, стосується саме кримінально-процесуальних питань, в тому числі тих, які мають безпосереднє відношення до діяльності захисника у кримінальній справі.

Рішення Верховного Суду України, як у вигляді постанов Пленуму, так і у вигляді постанов Судової палати (Військової судової колегії), мають двояке значення. По-перше, вони використовуються нижчестоячими судами, іншими правозастосовчими органами, учасниками процесу

тощо, при тлумаченні-з'ясуванні тих чи інших норм процесуального права. По-друге, виражені у таких рішеннях правила мають характер правової норми як юридичної підстави при вирішенні того чи іншого питання у конкретній справі, особливо у випадках прогалини, протиріччя кримінально-процесуального закону або його неясності. Сам же Верховний Суд України і “легалізує” нормативний характер постанов Пленуму, вказуючи в інших постановках, що при вирішенні тих чи інших неурегульованих законом питань слід керуватися відповідними роз'ясненнями відповідної постанови Пленуму Верховного Суду України [8], та шляхом посилання на постанови Пленуму при перегляді кримінальних справ у касаційному порядку чи в порядку виключного провадження [9, 29]. А вироки та інші рішення нижчестоящих судів просто майорять такими посиланнями. В науці кримінально-процесуального права небезпідставно іменують такого роду судову нормотворчість “прецедентом тлумачення” [4, 8]. Оскільки такого роду тлумачення поширюються на необмежену кількість випадків, воно, безумовно, має нормативний характер.

Застосування “чистого” прецедента, тобто правила, вираженого судом в мотивувальній частині рішення у конкретній справі як джерела права, офіційно не визнавалося і не визнається дотепер. Між тим, незалежно від цього та замовчуючи це, вітчизняна судова практика фактично визнавала і визнає судовий прецедент (після закону та прецедента-тлумачення) одним із джерел права. Для того судова практика й публікувалася в радянські часи і публікується тепер в офіційних виданнях Верховного Суду України, щоби суди України її дотримувалися, в тому числі при розгляді кримінальних справ. Практики завжди розуміли та дотримувалися такого стану речей, повсемірно використовуючи опубліковану судову практику при вирішенні аналогічних питань при розгляді подібних справ, хоча із зрозумілих причин не посилалися на це у своїх рішеннях. Сьогодні така позиція набуває все більше прихильників і серед науковців [10].

Отже, норми інституту адвокатського розслідування регулюють не якийсь один чи декілька видів чи етапів доказової діяльності захисника при провадженні кримінальної справи, а носять універсальний характер, тобто регулюють всю цю ділянку, весь напрям та усі види його діяльності упродовж усього провадження кримінальної справи. Тому цей правовий інститут є не тільки предметним, - він є предметно-функціональним. Більше того, нормами розглядуваного інституту притаманна не лише вказана предметно-функціональна спеціалізація, а й специфічний, відмінний від характерного для кримінально-процесуального права в ці-

лому метод правового регулювання відповідних суспільних відносин, а саме, загальнодозвільний, що виражається формулою: “дозволяється усе, окрім того, що забороняється”.

На відміну від органу дізнання, слідчого, прокурора та суду для адвоката-захисника кримінальний процес у доказовому плані, а саме, в плані збирання та закріплення потрібних для захисту фактичних даних є відкритою інформаційною системою. В. п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК, яка регламентує права захисника, прямо записано, що з моменту допуску до участі у справі він має право: “збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі, В ТОМУ ЧИСЛІ (виділено – В.П.) запитувати і одержувати документи чи їх копії від громадян та юридичних осіб, ... одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян”, а ч. 2 ст. 66 КПК жодним чином не обмежує його у поданні доказів.

Підсумовуючи сказане, можна дати таке визначення інституту адвокатського розслідування. Інститут адвокатського розслідування – це система кримінально-процесуальних норм та основана на них і не заборонена законом діяльність захисника-адвоката у кримінальній справі по збиранню та роботі з доказами, з метою спростування підозри (обвинувачення), з’ясування обставин справи, що виправдовують та пом’якшують відповідальність чи покарання підзахисного.

1. Балтошев Е.Ф. К вопросу о состязательности в досудебных стадиях уголовного судопроизводства// Российский суд. – 2001. - № 10.
2. Барщевский М.Ю. Организация и деятельность адвокатуры в России. – М., 1997. – 312 с.
3. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.
4. Богдановская И.Ю. Судебный прецедент – источник права? // Государство и право. – 2002. - № 12.
5. Горя Н. Принцип состязательности в уголовном процессе// Советская юстиция. – 1990. - № 7.
6. Гошовський М.І., Кучинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 192 с.
7. Даневский В.П. Наше предварительное следствие, его недостатки и реформа. – К.: Семенко Сергей, 2003. – 142 с.
8. Див. наприклад: Вісник Верховного Суду України. – 2005. - № 2 (54);
9. Див. наприклад: Вісник Верховного Суду України. – 2005. - № 3 (55).
10. Див. наприклад: Кисіль В.І. Судова практика як чинник розвитку норм та інститутів міжнародного приватного права// Вісник Верховного Суду України. – 2001. - № 3 (25); Погоріло В., Федоренко В. Джерела конституційного права України: поняття, види і система// Право України. – 2002. - № 3; Дмитрій Луспенік. Практика как источник права// «ЮП» - 2004. - № 23; Вадим

- Беляневич. Судебный прецедент// «ЮП» - 2004. - № 31.
11. Експертизи у судовій практиці. (За заг. ред. В.Г.Гончаренка). – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 388 с.
  12. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – М.: Юрид. лит-ра, 1972. – 372 с.
  13. Ларин А.М. Уголовный процесс: структура права и структура законодательства. – М.: Наука, 1985. – 240 с.
  14. Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права. – М.: Изд-во НОРМА, 2003. – 234 с.
  15. Маляренко В.Т., Вернидубов І.В. Прокурор у кримінальному судочинстві: деякі проблеми та шляхи їх вирішення. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 240 с.
  16. Мартыничек Е.Г. Адвокатское расследование как институт уголовно-процессуального права и уголовного судопроизводства // Revista de stiinte penale. - ANUL, № 1. – 2005.
  17. Михеенко М.М., Нор В.Т., Шибіко В.П. Кримінальний процес України: Підручник. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Либідь, 1999. – 536 с.
  18. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. – М.: Госиздат.юрид. лит-ры, 1960. – 509 с.
  19. Нор В.Т., Павлишин А.А. Судові витрати у кримінальному процесі України. Монографія. – К.: Атіка, 2003. – 176 с.
  20. Петрухин И.Л. От инквизиции к состязательности// Государство и право. – 2003. -№ 7
  21. Погорецький М.А. Кримінально-процесуальні правовідносини: структура і система: Монографія. – Харків: Арсіс, 2002. – 160 с.
  22. Рабінювич П.М. Основи загальної теорії права та держави. Видання 5-те, зі змінами. Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2001. – 192 с.
  23. Стахівський С.М. Показання свідків як джерело доказів у кримінальному процесі: Навчальний посібник. – К.: Орлан, 2001. – 95 с.
  24. Сурдукова О.В. Адвокатське розслідування як інститут кримінально-процесуального права// Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2005. – Вип. 4.
  25. Теория юридического процесса/ Под общ. ред. проф. В.М. Горшенева. – Х.: Изд-во при Харьковском гос. ун-те изд. Объединения “Высшая школа”, 1985. – 192 с.
  26. Шумило М.Є. Реабілітація в кримінальному процесі України: Монографія. – Х.: Арсіс, 2001. – 320 с.

Popelyushko V.O.

On the question of lawyer investigation and its source base institute

The article deals with the problems in lawyer investigation sphere. The author also gives the explanations and the definition of the lawyer investigation's source base institute.

Keywords: institute, advocate, attorney, advocate investigation, legislation, defender, generals, Constitution, legal precedent.