

Summary

The article examines such requirements to the objects of criminal portrait research as trustworthiness, accordance, completeness and high quality. The peculiarities of requirements that are claimed to different kinds of materials which are sent to the portrait expertise and research are established.

Key words: criminal investigation, portrait expertise, setting of expertise, objects of investigation, requirements to the objects.

Ю. Б. ПАСТЕРНАК

Юрій Богданович Пастернак, аспірант Національної академії прокуратури України

ПРОБЛЕМИ УЧАСТІ СТОРОНИ ЗАХИСТУ У КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ДОКАЗУВАННІ

Сьогодні вітчизняна система кримінальної юстиції намагається віднайти найбільш оптимальну модель реалізації принципу змагальності, одним із елементів якого являється процесуальна рівноправність сторін. Відповідно на даному етапі реформування кримінального судочинства вирішення проблем оптимізації діяльності сторін у кримінально-процесуальному доказуванні займає одне з найвизначніших місць.

Питання участі суб'єктів захисту у процесі доказування як напрямок наукових пошуків є порівняно молодим у порівнянні із проблемами функціонування органів кримінального переслідування, яким традиційно приділяється більша увага. У той же час, не можна не відмітити тих вчених, роботи яких стали теоретичною базою нашої статті. Проблематики діяльності захисту торкалися дослідження дореволюційних вчених Л. Е. Владімірова, І. Я. Фойницького, В. П. Даневського. Вагомий внесок у цьому напрямку зробили Ю. І. Стецовський, Ю. М. Грошевой, М. М. Михеєнко, В. Т. Маляренко, Т. В. Варфоломєєва, О. Д. Святоцький, Н. М. Кіпніс, Н. В. Сибільова. З останніх слід відмітити роботи В. О. Попелюшка, П. М. Маланчука, А. М. Титова, Р. А. Чайки, С. О. Ковальчука, Н. М. Обрізан.

Визначаючи межі наших наукових пошуків потрібно відмітити, що незважаючи на наявні дослідження, проблеми участі суб'єктів захисту у кримінально-процесуальному доказуванні не отримали свого однозначного вирішення. Відповідно метою нашої роботи буде окреслення теоретично і практично обґрунтованих меж активності сторони захисту в доказуванні по кримінальних справах.

Слід погодитися, що потреба в перегляді методологічних та методичних аспектів доказування значною мірою зумовлена сучасною редакцією принципу змагальності сторін¹. О. В. Смирнов змагальний тип кримінального процесу характеризує наступними ознаками: 1) наявністю двох протилежних сторін; 2) процесуальною рівноправністю або рівністю сторін; 3) наявністю незалежного від сторін суду². Всі ці елементи знаходяться у взаємозв'язку і мають безпосереднє практичне значення для реалізації кримінально-процесуального доказування захисту. У той же час слід визнати, що наявність двох сторін, по великому рахунку, ще не означає безумовної ефективності їх доказування. Для останньої найбільшу вагу має другий елемент змагальності, який фактично є критерієм методологічної обґрунтованості для процедур доказування захисту. Водночас у літературі справедливо відмічено, що рівності сторін приділяється значно менше уваги (якщо взагалі про неї згадується у відповідних дослідженнях)³. Один термін «рівність», на жаль, не відображає всього змісту даної категорії на практиці. Етимологічно він трактується як «однаковість». Водночас про ніяку однаковість прав сторін мову вести не доводиться. Більше того слід погодитися, що було б неправильно вимагати, щоб права захисника, органів дізнання і досудового слідства були у всьому однаковими⁴. Складність вирішення цього питання зумовлюється тим, що права сторін можуть бути зрівняні тільки формально, що й відображено у відповідних статтях кримінально-процесуального закону, в яких містяться норми з переліками прав заінтересованих у вирішенні справи суб'єктів⁵. Більшість вчених все-таки притримуються думки, що рівність потрібно розуміти як баланс між можливостями сторін відстоювати власні інтереси. Очевидно, що зробити це іншим шляхом окрім доказування в кримінальному процесі, неможливо. Проте і у способах реалізації своїх доказових можливостей ідентичності також немає.

У літературі неодноразово відмічено, що однією з головних гарантій захисту в цьому плані є сукупність так званих його переваг – *favor defensionis*⁶. Не вдаючись до ґрунтового аналізу всіх елементів переваг захисту (їх зміст досить детально розкрито в літературі⁷) ми все-таки спробуємо проаналізувати, які можливості доказування вони дають для сторони захисту та одночасно з'ясувати: чи достатньо таких гарантій для врівноваження балансу сторін?

Слід відмітити, що більшою мірою такі переваги мають значення на досудових стадіях процесу, де сторони знаходяться в явно нерівних умовах. Основою *favor defensionis* фактично становлять всі елементи презумпції невинуватості. Врахування їх змісту дає підстави для висновку, що такі гарантії дають наступні доказові можливості для захисту. По-перше, він може сформулювати досить ефективну позицію пославшись на правила презумпції невинуватості. Тобто в силу логічної побудови доказування захисту по схемі спростуван-

ня, воно може зводитися до констатації недоліків у позиції обвинувачення. При цьому аргументами захисту також можуть стати правила допустимості доказів. Більше того враховуючи «асиметрію» таких правил деколи захист може використати на свою користь і фактичні доводи обвинувачення. Адже, як зазначають вчені, одним із важливих аспектів, які характеризують статус захисту в кримінальному судочинстві, спектр її можливостей у процесі доказування, являється наявність чи відсутність відмінностей у вимогах, які ставляться до відомостей, що представляються суду з одного боку обвинуваченням, а з іншого – захистом⁸. У контексті цього Н. М. Кіпніс закономірно підкреслив, що є несправедливим позбавлення сторони захисту права використовувати для обґрунтування своєї позиції відомості, отримані слідчим з порушенням закону, переносючи тим самим відповідальність за процесуально протиправну поведінку державних органів та посадових осіб на підсудного⁹.

Таким чином використання *favor defensionis* для формування позиції захисту дає йому теоретичну можливість оспорювати позицію обвинувачення і без залучення власних фактичних аргументів. У такому ракурсі доказування захисту відрізняється в порівнянні із стороною обвинувачення, яка очевидно може формувати обґрунтовану позицію по справі тільки за рахунок накопичення фактичних даних. Ще Л. Е. Владіміров відмічав це через вислів французьких адвокатів: «Пане прокурор! Я тут не для того, щоб доводити; я тут для того, щоб показати, що ви нічого не довели»¹⁰.

Однак зроблені висновки ще не вносять ясності у питання: чи достатньо таких гарантій для врівноваження можливостей сторін у доказуванні? Продовжуючи міркування у цьому напрямку, на нашу думку, слід враховувати динаміку стану рівноваги між сторонами. Як влучно відмічено, баланс можливостей (і прав) сторін може зазнавати певних змін у ході провадження у справі. Мова йде про виникнення в деяких випадках дисбалансу можливостей сторін¹¹.

Ми вже показали, що позиція захисту фактично залежить від обвинувачення. Недаремно З. З. Зіна-туллін відмітив, що захист може бути представлений як у матеріальному (як *антитеза обвинувачення*), так і в процесуальному аспекті (як сукупність процесуальних дій та відносин, що вживаються у відповідності із законом та спрямовані на повне або часткове *спростування пред'явленого обвинувачення*, покращення становища обвинуваченого та забезпечення його прав і свобод)¹² – (виділено нами – Ю.П.).

Таким чином для визначення його доказових можливостей (з умовою їх співмірності з обвинуваченням) потрібно врахувати динаміку розвитку позиції обвинувачення. У силу зростання її обґрунтованості (фактично – це зростання її сили та ефективності) захист повинен отримати відповідні можливості для спростування. Такі міркування підтверджує і практика Європейського суду з прав людини, аналізуючи яку вчені правильно відмітили, що при визначенні справедливості всього розгляду характер отриманих доказів і способів їх отримання мають значення. Зокрема, у сфері кримінального процесу для дотримання прав сторони, яка виконує функцію захисту, потрібно, щоб докази пред'являлися у присутності обвинуваченого на відкритому розгляді і щоб вони могли оспорюватися під час змагального процесу. Ця вимога включає можливість ставити запитання свідкам і оспорювати докази (Рішення у справі «Костовські проти Нідерландів»)¹³.

Слід визнати, що дані положення повинні стосуватися і підготовчого провадження (досудових стадій). Адже, якщо їх існування – це практична проблема підготовки обвинувачення до обґрунтування кримінального позову перед судом, то цілком закономірним буде висновок, що і захисту потрібно готуватися до аргументування власної позиції. Як відмічають вчені, рівність сторін на стадіях дізнання і слідства мала б полягати в можливості захисту висувати контраргументи, висловлювати сумніви, безумовно, без порушення таємниці слідства¹⁴. Як продовження висловленого виникає запитання: як має визначатися характер та зміст доказових можливостей захисту? Тобто чи повинні це бути тільки пасивні гарантії, чи можливо останні можуть або повинні доповнюватися правом активного збирання фактичних даних по справі? Для відповіді на сформульовану дилему, на нашу думку, потрібно звернутися до процесу спростування як способу ведення доказування та його особливостей породжених логічною природою такого явища. Так, у кінцевому випадку захист бореться із таким результатом як досягнення обвинуваченням «достатності аргументів для своєї тези». Відповідно враховуючи протилежність захисту для нього, вигідним і бажаним являється ситуація «недостатньої сукупності аргументів» обвинувачення. На жаль, у літературі не так багато уваги приділено ситуації «недостатності доказів» та причинам її виникнення. Хоча цілком зрозуміло, що створення саме таких причин і цікавить захист. Для прикладу С. В. Курильов визначив такі випадки констатації недостатності доказів: а) При відсутності певної сукупності непрямих доказів. Один непрямий доказ являється недостатнім доказом. б) При наявності обставин, які ставлять під сумнів існування зв'язку між доказом і доказуємим фактом або які вказують на можливість втручання в такий зв'язок (процес формування доказу) інших сторонніх зв'язків. Серед них він називає вплив суб'єктивних і об'єктивних умов сприйняття, збереження і відтворення сприйнятого факту, тощо. г) При наявності істотного і не поясненого протиріччя з іншими доказами¹⁵. Автор відмічає в подальшому, що наведений перелік не є вичерпним¹⁶. Проте для демонстрації причин, що породжують потребу захисту у відповідних доказових можливостях нам видається достатньо і наведених прикладів.

Логічний аналіз способів досягнення вищеописаних наслідків показує наступне. Щодо першого варіанту причина полягає в тому, що «суд не володіє повною сукупністю непрямих доказів, у зв'язку з чим наявні непрямі докази не дають можливості робити висновок про те, що вони пов'язані тільки із доказуємим фактом»¹⁷. Відповідно в такій ситуації захист може сформулювати досить ефективну позицію, вказавши на «логічну дефектність» обвинувачення та звернувшись до положень презумпції невинуватості щодо тракту-

вання сумнівів та неможливість прийняття рішень на припущеннях. Тобто, в принципі, для захисту може бути достатньо і *favor defensionis*.

У другому випадку доказ є прямим, однак наявність тих чи інших обставин, що відносяться до джерела чи процесу формування доказу може допускати інший варіант зв'язку між аргументом і висновком¹⁸. Фактично – це варіант спростування через вказівку на правову (порушення допустимості) чи гносеологічну (порушення достовірності) дефектність окремих фактичних даних. Знову ж таки для цього теоретично може бути достатньо формальних гарантій, проте одразу відмітимо, що тут вельми вірогідна ситуація, коли для з'ясування факту вищеописаних порушень доведеться таки збирати ще й додаткові фактичні дані. Очевидно, що для ефективності використання такого способу спростування захист потребує таких аргументів, оскільки він і повинен довести такі факти.

Третя ситуація вимагає для належного спростування наявність протиріччя в позиції обвинувачення. Це передбачає, що фактичні дані, які породжують його вже повинні міститися у накопиченій по справі сукупності доказів. При цьому потрібно враховувати, що на момент, коли захист захоче зніщувати спростування обвинувачення таких даних у сукупності, може і не бути. Оскільки інша сторона в силу однобічності сприйняття обставин справи не визнала за потрібне їх збирати.

Аналіз цих трьох ситуацій з урахуванням потреби надання захисту реальних можливостей спростування обвинувачення (тобто можливість скористатися всіма такими способами в залежності від конкретної ситуації по справі) дає підстави для наступних висновків. В першому випадку захист захищаючи свою позицію може виходити із накопиченої обвинуваченням сукупності фактичних даних. Оскільки спростування зводиться до вказівки на дефектність обвинувачення шляхом використання як аргументів фактичних даних, що лежать в основі тези обвинувачення та положень процесуальних гарантій. У другому випадку ситуація в основному є аналогічною, хоча вона не виключає виникнення потреби захисту у відповідних фактичних даних. У третьому варіанті з високою вірогідністю може виникнути ситуація, коли для ефективного спростування обвинувачення захисту будуть необхідні фактичні дані, що протирічать елементам позиції обвинувачення і тим самим ставлять під сумнів наявність зв'язку між такими аргументами (*factum probans*) та фактом, що доказується (*factum probandum*). Однак наявність таких даних у позиції обвинувачення є малоімовірною з огляду на функціональний інтерес цієї сторони. Мається на увазі те, що обвинувачення навряд чи буде реалізувати обвинувачення, яке містить очевидні протиріччя.

Також слід врахувати, що особа, яка достовірно знає, що вона невинна у вчиненні злочину, може ефективніше визначити сам факт наявності обставини, що протирічить обвинуваченню та відповідно способи її залучення до розгляду. Крім цього потрібно визнати, що поки захист дочекається можливості ефективно опорювати обвинувачення таким способом (за сьогоденної побудови процесу це може відбутися аж на стадії судового розгляду) фактичні дані, які могли б породити протиріччя у обвинуваченні, вже можуть бути втрачені.

Водночас формування обвинувачення – це динамічний процес, який веде до якісного зростання аж до досягнення стану, достатнього для винесення його на розсуд суду. Відповідно, якщо на початковому етапі для ефективного захисту може бути достатньо використання процесуальних гарантій (по аналогії з першим описаним С. В. Курильовим прикладом), то в міру якісного зростання обвинувачення такий спосіб виявиться неефективним. У даному контексті також слід звернути увагу, що сторона обвинувачення на досудових стадіях має можливість приймати рішення, які суттєво посягають на права та інтереси суб'єктів захисту (застосування запобіжних заходів) та можуть обмежувати їх можливості щодо доказування. При цьому такі рішення в силу закону можуть ґрунтуватися і не на категоричній достовірності. Тобто одними посиланнями на сумнівність тверджень обвинувачення тут керуватися не зовсім доречно. Відповідно цілком справедливо, з точки зору дотримання балансу сторін, видається потреба в ефективних можливостях доказування і в таких ситуаціях.

Для більшої переконливості слід також ще раз повернутися до наведених прикладів спростування та відмітити, що сам С. В. Курильов вказав, що розглянуті три випадки, коли докази являються недостатніми для встановлення шуканого факту, на практиці, як правило, зустрічаються не в чистому вигляді, а в тому чи іншому сполученні між собою. Наприклад, у справі може виявитися певна сукупність непрямих доказів, недостатня для встановлення шуканого факту, крім цього, – докази, які протирічать такій сукупності чи окремих її частині, та недостовірні докази¹⁹. Тобто доцільність використання того чи іншого способу спростування визначити наперед неможливо, як неможливо передбачити всю варіативність ситуацій у ході розслідування кримінальної справи.

Таким чином, слід зробити висновок, що забезпечення рівнозначних можливостей сторін у доказуванні в будь-якому випадку повинно передбачати механізм реалізації ініціативи сторони захисту, щодо збирання фактичних даних по справі. Надання одних процесуальних гарантій (*favor defensionis*) не достатньо для підтримання балансу сторін. У протилежному випадку матиме місце очевидне обмеження свободи сторони у виборі способів захисту. Недаремно І. Л. Петрухін до числа ознак, які відмежовують суб'єктів доказування від інших учасників кримінального процесу, відносив такі ознаки як: 1) постійна участь у доказуванні; 2) відповідальність за доказування; 3) *наявність права на активну участь в доказуванні*²⁰ – (виділено авт. – Ю.П.).

- ¹ Татаров Л. А. Методические и методологические проблемы доказывания обстоятельств преступления [Текст]: дис.... канд. юрид. наук / Л. А. Татаров. – Ростов-на-Дону, 2007. – 194 с. – С. 17.
- ² Смирнов А. В. Состязательный процесс [Текст] / А. В. Смирнов. – Санкт-Петербург: Альфа, 2001. – 320 с. – С. 18.
- ³ Лобойко Л. М. Методи правового регулювання у кримінальному процесі України [Текст]: дис.... док. юрид. наук / Л. М. Лобойко. – Дніпропетровськ, 2006. – 437 с. – С. 295.
- ⁴ Ісмаїлова Л. Б. Забезпечення рівності і змагальності сторін у кримінальному судочинстві [Текст] / Л. Б. Ісмаїлова // Адвокат. – 2006. – № 10. – С. 18.
- ⁵ Лобойко Л. М. Вказана праця. – С. 295.
- ⁶ Див.: Михайловская И. Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе [Текст] / И. Б. Михайловская. – М.: ТК Велби, Проспект, 2008. – 192 с. – С. 138; Гловацкий И. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі [Текст]: навч. посіб. / І. Ю. Гловацький. – К.: Атіка, 2003. – 352 с. – С. 123.
- ⁷ Лобойко Л. М. Вказана праця. – С. 348-351.
- ⁸ Михайловская И. Б. Вказана праця. – С. 145.
- ⁹ Доказывание в уголовном процессе. Традиции и современность [Текст] / Под ред. В. А. Власихина. – Москва: Юристь, 2000. – 270 с. – С. 190.
- ¹⁰ Владимирова Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Части: Общая и Особенная [Текст] / Л. Е. Владимирова. – Санкт-Петербург: Кн. маг. «Законоведение», 1910. – 440 с. – С. 137.
- ¹¹ Лобойко Л. М. Вказана праця – С. 296.
- ¹² Зинатуллин З. З. Уголовно-процессуальные функции [Текст] / З. З. Зинатуллин. – Ижевск, 1994. – С. 40-41.
- ¹³ Толочко О. М. Право на справедливый судебный розгляд кримінальних справ: [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2091>
- ¹⁴ Ісмаїлова Л. Б. Вказана праця – С. 18.
- ¹⁵ Курьлев С. В. Основы теории доказывания в советском правосудии [Текст] / С. В. Курьлев. – Минск: Изд. БГУ им. В. И. Ленина, 1969. – 203 с. – С. 194-195.
- ¹⁶ Там само. – С. 199.
- ¹⁷ Там само. – С. 195.
- ¹⁸ Там само. – С. 195.
- ¹⁹ Там само. – С. 199.
- ²⁰ Теория доказательств в советском уголовном процессе [Текст]. 2-е изд. / Под общ. ред. Н. В. Жогина. – М.: Юрид. лит., 1973. – 735 с. – С. 494.

Резюме

У даній статті автором досліджуються проблеми участі сторони захисту в кримінально-процесуальному доказуванні. Аналізуються способи спростування позиції обвинувачення. На основі цього автор обґрунтовує, що забезпечення рівнозначних можливостей сторін у доказуванні в будь-якому випадку вимагає реалізації ініціативи захисту щодо збирання фактичних даних.

Ключові слова: кримінально-процесуальне доказування, рівність сторін, переваги захисту, спростування, позиція сторони.

Резюме

В данной статье автором исследуются проблемы участия стороны защиты в уголовно-процессуальном доказывании. Анализируются способы опровержения позиции обвинения. На основании этого автор обосновывает, что обеспечение равнозначных возможностей сторон в доказывании в любом случае требует реализации инициативы защиты относительно собирания фактических данных.

Ключевые слова: уголовно-процессуальное доказывание, равенство сторон, преимущества защиты, опровержение, позиция стороны.

Summary

In this article the author studies the problems of the defense party's activity in criminal procedural proof. The ways of the charge disproof are analyzed. On this ground author substantiates that the provision of the parties equal proof abilities in any case requires the realization of the defense initiative concerning collecting factual data.

Key words: criminal-procedural proof, equality of the parties, defence preferences, disproof, position of the party.

Отримано 8.04.2010