

Д.М. ГОВОРУН
Національний університет
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

АДВОКАТСЬКЕ РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ПРИНЦИП ПУБЛІЧНОСТІ

Чинним кримінально-процесуальним кодексом України (далі по тексту — КПК України) в ст. 16-1 закріплено положення відповідно до якого судочинство здійснюється на засадах змагальності. Це в свою чергу спричинило появу наукових статей, дисертацій стосовно дії цього принципу у кримінально-процесуальних стадіях, його значення для побудови кримінального процесу загалом.

У зв'язку із вказаними змінами питання можливості проведення адвокатського розслідування стає досить актуальним і дискусійним. В теорії кримінального процесу склалося дві точки зору з цього приводу. Одні науковці, притримуючись традиційних поглядів, вважають, що адвокатське розслідування є не характерним для вітчизняного кримінального процесу. Разом з тим, з'явилася значна кількість прихильників подібного нововведення (Стойков В., Маслов І., Мурадян Е., Баєв О., Болтошев Є., Бойков А., Краснова Н., Горя Н., Алексеева Л., Петрухін І., Рогаткін А., Мартинчик Є., Сурдукова О., Попелюшко В., Мірошніченко Т., Борзих Н. та ін).

Інститут адвокатського розслідування є досить відомим в державах з англосаксонською системою права. Як вказує Решетнікова І. В., у США та Англії «сторони через своїх адвокатів збирають, подають до суду і досліджують докази, вирішують, кого зі свідків викликати до суду, проводити чи ні експертизу у справі. Через своїх представників вони обмінюються змагальними паперами, надають одна одній пов'язані зі спором докази. Слухання справи будується в змагальній формі за активної участі сторін». У Франції та Німеччині, які є яскравими представниками системи континентального права, збирання доказів здійснюється шляхом передачі права збирання-легалізації доказів незалежному від сторін органу юстиції — дільничному судді (як у Німеччині) або судовому слідчому (як у Франції). При цьому органи кримінального переслідування, втрачаючи ці процесуальні повноваження, зрівнюються зі стороною захисту. Сторони лише приймають участь у доказуванні.

Що стосується пропозицій вітчизняних вчених, то вони застосовували на позначення діяльності адвоката з проведення слідчих дій з метою самостійного збирання доказів у справі окрім терміну «адвокатське розслідування» і інші — «паралельне розслідування чи слідство», «приватні розслідувальні заходи», «пізнавально-розшукова діяльність адвоката», «розшукова діяльність захисника».

На теперішній час широкоживаним стало використання терміну «адвокатське розслідування» під яким розуміють «заснований на законі, такий, що спирається на правові основи вид публічно-правової діяльності, здійснюваної адвокатом на досудовому провадженні у кримінальних справах в інтересах підзахисного або довірителя з метою виявлення, встановлення та закріплення доказів і обставин, що мають значення для захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача» або «право самостійно і вільно здійснювати для здобуття доказів будь-які юридично допустимі дії («власне провадження захисника»), забороняючи при цьому дії, які мали б примусовий характер, обмежували права і свободи інших учасників процесу, будь-яких фізичних і юридичних осіб».

Обґрунтовуючи необхідність впровадження інституту адвокатського розслідування вказані автори виходять з того, що: 1) цього вимагає принцип змагальності судочинства; 2) необхідно забезпечити рівноправність сторін у процесі доказування; 3) це вид публічно-правової діяльності адвокатів; 4) у п. 13 ч.2 ст. 48 КПК України, яка регламентує права захисника, прямо вказано, «що з моменту допуску до участі у справі він має право: збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі, в тому 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.

На нашу думку, впровадження цього інституту у кримінальний процес України суперечить публічній природі кримінального процесу, є прямим порушенням принципу публічності.

Публічна природа кримінального процесу беззаперечна. Є всі підстави погодитися з думкою Савицького В.М. про те, що публічність є тою якістю, яка відрізняє кримінальний процес від цивільного. Виявом принципу публічності є владне начало, яке унеможливорює застосування кримінально-процесуальної норми за своєї відсутності. Погоджуємося з точкою зору Божьева В.П., який зазначає, що «припускаючи можливість застосування кримінально-процесуальних норм громадянами і громадськими організаціями автори не дають оцінки тому факту, що для визнання, притягнення чи допуску цих осіб у кримінальний процес необхідний акт застосування норми права представниками влади».

Таким чином, для того, щоб застосовувати кримінально-процесуальні норми, а в нашому випадку проводити слідчі дії, адвокат має бути наділений владно-розпорядчими повноваженнями. Крім того, проведення слідчих дій, а тим паче паралельного розслідування пов'язане з застосуванням заходів процесуального

примусу, що також вимагає наявності у суб'єкта владних повноважень.

Посилання окремих авторів на положення ст. 66 п. 13 ч.2 ст. 48 КПК України виглядає сумнівним, оскільки в ч. 2 ст. 66 таке джерело доказів як «акти адвоката» не зазначено, а вживання у п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК України терміну «збирання відомостей про факти, які можуть бути використані як доказ» прямо вказує на можливість отримання такої інформації непроцесуальним шляхом з наступним залученням її як доказів у справі. Мірошниченко Т.М. досить влучно зазначає, що «в КПК навіть не передбачена процесуальна форма цього способу збирання доказів. Практика всіма правдами і неправдами долає цю прогалину у законодавстві, приймаючи предмети і документи у режимі слідчих дій допитів та виїмок». Однак ця обставина свідчить про недосконалість законодавчого врегулювання, а не про необхідність надання адвокатам права проводити слідчі дії, спрямовані на збирання доказів.

Рівноправність сторін, варто погодитись з Вільчик Т.Б., досягається іншими засобами: «рівність» тут слід тлумачити не в сенсі абсолютної рівності прав слідчого та захисника, але в сенсі рівності можливостей реалізації своїх процесуальних функцій і завдань кожним з них. Це, очевидно, потребує надання різних прав слідчому і захисникові як за обсягом, так і за змістом, що не заперечує їх рівності, а навпаки, забезпечуватиме змагальність.

Крім суто теоретичних проблем запровадження адвокатського розслідування може викликати і низку практичних. Так, наприклад, це може призвести до затягування процесу через неодноразове повторювання одних і тих самих процесуальних дій і, як наслідок, можливості втрати доказової інформації; виникненням проблем з фінансуванням слідчої діяльності адвокатів, що в свою чергу призведе до порушення принципу права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист та ін. Навіть прихильник введення інституту адвокатського розслідування Баєв А.М. відзначав, що «на теперішньому етапі еволюції вітчизняний кримінальний процес не готовий до введення зазначеного інституту. Передчасність введення цієї процесуальної форми обумовлюється масовим характером не завжди добросовісних дій з боку захисника щодо впливу на докази та іншу потенційно значущу інформацію».

Таким чином, змагальна форма судочинства не вимагає відмови від публічності і не змінює суть кримінального процесу. Інститут адвокатського розслідування — це чужорідний і передчасний елемент для вітчизняної правової системи навіть в умовах гуманізації кримінального судочинства та запровадження змагального кримінального процесу.