

КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

Попелюшко Василь Олександрович

УДК 343.1

**ФУНКЦІЯ ЗАХИСТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ: ПРАВОВІ,
ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ**

Спеціальність 12.00.09 – кримінальний процес
та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність

АВТОРЕФЕРАТ
дисертації на здобуття наукового ступеня
доктора юридичних наук

Київ-2009

Дисертацією є рукопис

Робота виконана у Національному університеті “Острозька академія”

Науковий консультант:

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Академії правових наук України
Нор Василь Тимофійович,
Львівський національний університет імені Івана Франка,
завідувач кафедри кримінального процесу та криміналістики

Офіційні опоненти:

доктор юридичних наук, професор, академік Академії правових наук
України, заслужений діяч науки і техніки України
Гончаренко Владлен Гнатович,
Академія адвокатури України,
завідувач кафедри кримінального процесу та криміналістики;

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Академії правових наук України
Маляренко Василь Тимофійович,
НДІ Національної академії прокуратури України,
головний науковий співробітник;

доктор юридичних наук, професор
Шумило Микола Єгорович,
Національна академія Служби безпеки України,
проректор

Захист відбудеться “28” грудня 2009 р. о 10 год. на засіданні спеціалізованої вченої ради Д 26.001.05 у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка за адресою: вул. Володимирська, 60, м. Київ, 01601.

З дисертацією можна ознайомитися у Науковій бібліотеці імені М. Максимовича Київського національного університету імені Тараса Шевченка за адресою: вул. Володимирська, 58, м. Київ, 01601.

Автореферат розісланий “24” листопада 2009 р.

Учений секретар
спеціалізованої вченої ради

Сиза Н.П.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

Актуальність теми. В сучасній Україні продовжується складний процес побудови правової держави, відбувається переусвідомлення цінностей та значення багатьох правових інститутів і механізмів. Одним із головних напрямів розвитку вітчизняної правової системи став пріоритет особи, її прав і свобод, що знайшло закріплення в Конституції України. Цей фундаментальний принцип по-новому розставив акценти в розвитку конституційного та усіх інших галузей законодавства, зокрема, законодавства кримінально-процесуального та законодавства про адвокатуру.

Але лише формальне проголошення прав і свобод людини не має суттєвої практичної значущості без наявності правового механізму забезпечення цих прав і свобод, без розвиненої системи конституційних та інших правових, у першу чергу процесуально-правових, гарантій їх реалізації.

Нині в Україні набирає силу новий виток судово-правової реформи, зокрема реформи кримінальної юстиції, а в її складі кримінального судочинства, яке б функціонувало на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і гарантувало право особи на справедливий кримінальний суд. Це вимагає його побудови на основі чіткого розподілу основних процесуальних функцій: функції обвинувачення, захисту та вирішення кримінальної справи; їх організаційного, кадрового забезпечення та надійних юридичних механізмів реалізації.

Чільне місце у забезпеченні справедливого правосуддя, захисті прав і законних інтересів особи в кримінальному судочинстві та гарантіях ефективного здійснення функції захисту в кримінальному суді належить адвокатурі та єдиному сьогодні професійному суб'єкту виконання даної функції – адвокату-захиснику. У зв'язку з цим сьогодні актуальним є поглиблене дослідження правових, теоретичних та практичних проблем кримінально-процесуальної функції захисту, у тому числі проблем, пов'язаних із діяльністю адвоката-захисника щодо реалізації даної функції.

Цій проблематиці з позицій структурної побудови кримінального судочинства, утвердження принципів змагальності та забезпечення обвинуваченому права на захист присвячували свої праці чимало науковців. У юридичній літературі дореволюційного періоду категорія функції захисту та її реалізація досліджувалися С.І. Вікторським, Л.Є. Владимировим, В.П. Даневським, О.Ф. Кістяківським, В.М. Плазуновим, В.К. Случевським, Д.Г. Тальбергом, І.Я. Фойницьким та ін. В радянські часи вагомий доробок у розвиток вчення про функції та функцію захисту зокрема внесли В.Д. Адаменко, О.Д. Бойков, І.С. Галаган, Ю.М. Грошевий, В.С. Дасв, П.С. Елькінд, З.З. Зіннатулін, В.С. Зеленецький, О.М. Ларін, Я.О. Мотовиловкер, В.П. Нажимов, І.Д. Перлов, Н.Н. Полянський, Р.Д. Рахунов, Г.П. Саркісянц, Ю.І. Стецовський, М.С. Строгович, В.І. Тирічев, Ф.Н. Фаткуллін, Д.П. Фіолевський, А.Л. Ципкін та інші вчені. В незалежній Україні цією проблемою, в тому чи іншому аспекті переймалися С.А. Альперт, Ю.П. Аленін, А.М. Бірюкова, Т.В. Варфоломеева, І.Ю. Гловацький, В.Г. Гончаренко, С.В. Гончаренко, Я.П. Зейкан, С.О. Ковальчук, Т.В. Корчева, Л.М. Лобойко, В.Т. Маляренко, М.А. Маркуш, О.Р. Михайленко, В.Т. Нор, Н.М. Обрізан, Т.В. Омельченко, О.В. Острогляд, А.М. Тітов, Ю.В. Хоматов, П.В. Хотинець, О.О. Чепурний, О.Г. Шило, М. Є. Шумило, О.Г. Яновська, Ю.П. Янович та ін. Було здійснено також і кандидатське дисертаційне дослідження П.М. Маланчуком на тему “Функція захисту у кримінальному процесі України” (2008 рік), у якому дано її загальну характеристику, як одній з основних кримінально-процесуальних функцій, її місця в системі конституційних гарантій прав і свобод особи, її розвитку в контексті європейських стандартів. Втім численні дослідження проблеми захисту обвинуваченого у кримінальному судочинстві далеко ще не означають ні підведення підсумку багатолітньої наукової дискусії вчених-правознавців і практикуючих юристів в цьому напрямі, ані кінця проблем, що існують і виникають у цій сфері. Низка із них, насамперед пов'язаних із поняттям функції захисту, її змістом та

реалізацією залишаються невирішеними, недостатньо глибоко вивченими, або ж взагалі не дослідженими. Ці фактори, а також намагання провести оновлення Конституції України, нагальна необхідність прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу України і нового Закону України про адвокатуру й обумовили вибір теми дисертації.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Тема докторської дисертації обговорена і затверджена на засіданні Вченої ради Національного університету “Острозька академія” 25.10.2007 р. (протокол № 3).

Напрямок дисертаційного дослідження відповідає вимогам ст. 7 Закону України “Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки” від 11 липня 2001 року, узгоджується з вимогами Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленої Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006 та Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 31/2008. Робота виконана згідно з планом науково-дослідних робіт Національного університету “Острозька академія” і є складовою тематичного плану науково-дослідних робіт кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін університету “Розробка проблем захисту прав людини в кримінальному судочинстві. Дослідження принципів кримінального процесу та правового статусу його суб'єктів” (протокол № 1 від 29 серпня 2006 року).

Мета і завдання дослідження. Метою дослідження є комплексний аналіз правових, теоретичних та прикладних проблем функції захисту у кримінальному судочинстві України: її генеза, місце та значення в системі інших основних процесуальних функцій, практична реалізація на сучасному етапі, поглиблення наукових уявлень про зміст даної функції та її елементів, роль адвоката-захисника як суб'єкта її виконання, напрацювання на цій основі науково обґрунтованих рекомендацій та пропозицій щодо вдосконалення кримінально-процесуального та інших законів, спрямованих на істотне зміцнення даної функції для утвердження справедливого кримінального правосуддя.

Поставлена мета зумовила **вирішення таких завдань**: 1) розкрити історичні передумови зародження, становлення та закономірності розвитку функції захисту, її роль, місце та значення в кримінальному судочинстві; 2) визначити поняття кримінально-процесуальних функцій та, зокрема, функції захисту через розкриття структури та змісту їх складових, – власне захисту, його предмету, суб'єктів та їх мети і завдань; 3) охарактеризувати предмет виправдання (реабілітації) та практику його застосування шляхом аналізу його видів, їх структури та змісту у справах усіх кримінально-процесуальних категорій; 4) визначити та охарактеризувати предмет захисту у справах, що вирішуються за нереабілітуючими особою та нейтральними (процесуальними) підставами; 5) з'ясувати правові підстави, суть, характер, способи доказової діяльності захисника-адвоката у кримінальній справі як способу здійснення ним функції захисту; 6) визначити та проаналізувати процесуально-правовий інститут адвокатського розслідування і конкретні форми самостійного збирання адвокатом-захисником доказів у кримінальній справі, окреслити їх зміст та обсяг; 7) обґрунтувати, сформулювати та внести конкретні пропозиції щодо удосконалення вітчизняного кримінально-процесуального законодавства та законодавства про адвокатуру.

Об'єктом дослідження є функція захисту як кримінально-процесуальне явище та діяльність і відносини у сфері кримінального судочинства України, пов'язані з її реалізацією.

Предметом дослідження є правові, теоретичні та прикладні проблеми формування і реалізації функції захисту в кримінальному судочинстві України.

Методи дослідження обрані з урахуванням його теми, мети та завдань. Для забезпечення наукової об'єктивності, повноти і достовірності отриманих результатів в дослідженні було застосовано комплекс загальнонаукових і спеціальних методів, що є характерними для правової науки. Застосовувалися вони у взаємозв'язку, що забезпечило досягнення мети і завдань дослідження, а також переконливість сформульованих висновків.

Зокрема, *історико-правовий* метод дозволив простежити витoki, законодавчий розвиток та еволюцію поглядів на функцію захисту в кримінальному судочинстві України. *Діалектичний* метод застосовувався для дослідження функції захисту у її взаємозв'язку із формою побудови кримінального судочинства та взаємообумовленістю з іншими процесуальними функціями, явищами соціально-політичного характеру тощо. *Системно-структурний* метод дозволив вивчити структуру функції захисту, предмета захисту, захисної доказової діяльності адвоката-захисника та взаємозалежність її складових. *Формально-логічний* метод використовувався при аналізі чинного законодавства та існуючих теоретичних конструкцій, що стосуються функції захисту. *Соціологічний* метод застосовувався при вивченні практики провадження кримінальних справ та ролі захисника у їх вирішенні по суті, а також при аналізі ставлення практикуючих юристів до власне адвокатського розслідування, а *статистичний* – для з'ясування кількісного співвідношення вирішення в Україні кримінальних справ за реабілітуючими та нереабілітуючими особою підставами, вивчення стану звернень адвокатів для отримання висновків фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань. *Формально-догматичний* метод використовувався при формулюванні пропозицій щодо змін, доповнення та запровадження нових норм чинного Кримінально-процесуального кодексу України.

Теоретичною основою дисертації стали наукові праці вітчизняних і зарубіжних вчених у галузі філософії, філософії права, теорії права, конституційного, кримінального, кримінально-процесуального права та інших галузей в аспекті теми дисертації.

Нормативною базою дослідження є Конституція України, чинні в Україні міжнародно-правові договори, Кримінально-процесуальний та Кримінальний кодекси України, Закон України від 19 грудня 1992 року “Про адвокатуру”, інші вітчизняні нормативно-правові акти, а також кримінально-процесуальне законодавство зарубіжних держав (Франції, ФРН, Росії, Республіки Польща, Республіки Білорусь та ін.).

Емпіричну базу склали власний досвід дисертанта як судді та адвоката, кримінальні справи, у яких автор брав участь як адвокат та розглядав як суддя; рішення Європейського Суду з прав людини; рішення, висновки, ухвали Конституційного Суду України; офіційно-опублікована практика Верховного Суду України; постанови Пленуму Верховного Суду України; результати вивчення 967 кримінальних справ за 2006-2008 рр., які розглядалися судами Рівненської та Хмельницької областей; дані анкетування практикуючих юристів (568 анкет).

Наукова новизна одержаних результатів визначається тим, що дослідження є першим вітчизняним спеціальним комплексним, системним монографічним дослідженням правових, теоретичних і прикладних проблем функції захисту в кримінальному судочинстві України та формування її теоретичної концепції. Його наукова новизна конкретизується в одержаних наукових результатах, сформульованих теоретичних та практичних висновках і пропозиціях, зокрема:

вперше:

– на основі проведеного цілісного комплексного аналізу законодавчого регулювання, практичних проблем застосування та наукових уявлень стосовно функції захисту від самих її витоків до сьогодення хронологічно, залежно від соціально-політичних умов та рівня правового врегулювання, виділені наступні етапи її функціонування і розвитку: 1864-1917 рр.; 1917-1960 рр.; 1960-2001 рр.; 2001 р. і дотепер;

– запропоновано структуру функції захисту як категорії кримінально-процесуального права та процесу, а саме: власне захист як діяльність (робота) у кримінальній справі; суб'єкти здійснення цієї діяльності; предмет захисту (діяльності); його завдання та цілі;

– запропоновано розрізняти захист в широкому, конституційно-правовому, та вузькому – кримінально-процесуальному значенні. Останній – захист за допомогою захисника та самозахист;

– обґрунтовано універсальний характер функції захисту, на відміну від функції обвинувачення, та визначено початковий та завершальний її моменти – від початку прояву кримінального переслідування, до моменту припинення останнього, а в подальшому функція захисту продовжується або завершується в залежності від розсуду суб'єктів сторони захисту;

– доведено необхідність заміни допускного порядку вступу адвоката у справу як захисника на явочний;

– обґрунтовано необхідність зміни статусу близьких родичів обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікунів або піклувальників як захисників (ч. 2 ст. 44 КПК) на представників (ст. 52 КПК);

– запропоновано новий концептуальний підхід до визначення предмета захисту адвоката-захисника у кримінальній справі, на підставі правових наслідків вирішення справи здійснена його класифікація на три види (предмет виправдання (реабілітації); предмет захисту у справах, що вирішуються за нереабілітуючими особою підставами; нейтральний (процесуальний) предмет захисту), їх підвиди та різновидності; всі вони охарактеризовані з точки зору їх змісту та практичної реалізації;

– обґрунтовано положення про те, що підставою закриття справи щодо обвинуваченого та виправдання підсудного за недоведеністю їх участі у вчиненні злочину є не докази (доказова ситуація), а, аналогічно як і при вирішенні справ з усіх інших підстав, юридичний факт, власне процесуально-правовий факт, як урегульований диспозиціями ч. 2 ст. 213, ч. 5 ст. 327 КПК соціальний факт, тобто реальна життєва ситуація, що склалася при розслідуванні (судовому розгляді) справи;

– обґрунтовано, що принцип презумпції невинуватості не є припущенням про невинуватість особи доти, доки її вину не буде встановлено вироком суду, який набрав законної сили, і, що цей принцип не є спростовним. Він означає об'єктивний правовий стан особи, згідно якого до набрання обвинувальним вироком законної сили до неї слід ставитися як до невинуватої, і цього принципу, як і усіх інших, можна дотримуватися (або не дотримуватися) і не більше;

– доведено потребу у скасуванні інституту повернення справи на новий судовий розгляд (ст. 374, п. 2 ч. 1 ст. 396 КПК);

– запропоновано і обґрунтовано здійснення реабілітації особи у кримінальному судочинстві лише судом;

– доведено, що адвокат-захисник є суб'єктом доказування, причому суб'єктом обов'язку доказування, як дослідження – з'ясування (спростування) фактів та обставин кримінальної справи, та логічного доказування як доведення (спростування) певної процесуальної тези;

– обґрунтовано, що адвокат-захисник (та й інші учасники процесу) є суб'єктом застосування уповноважених (дозвільних) процесуальних норм;

– здійснено класифікацію доказових повноважень захисника щодо їх узгодженості та ефективності за критерієм ступеня самостійності у їх реалізації і розкрито зміст усієї системи прав виділених груп;

– обґрунтовано, що доказова діяльність захисника-адвоката здійснюється у двох формах: 1) у формі участі при проведенні слідчих (судових) дій, та 2) у формі самостійного збирання доказів та роботи з ними. На цій основі висунено і доведено концепцію інституту адвокатського розслідування та охарактеризовано його джерельну базу, предмет і метод правового регулювання;

– доведено, що стосовно адвоката-захисника кримінальний процес є відкритою інформаційно-доказовою системою, а тому він вправі збирати будь-які не заборонені законом докази та у будь-який спосіб (формі), за умови непорушення прав та законних інтересів інших осіб;

– обґрунтовано, що адвокатське розслідування не є паралельним до офіційного, а здійснюється у його межах і лише у тих справах і в такому обсязі, у яких орган, що здійснює

провадження у справі, допускає неповноту, однобічність або обвинувальний ухил, з метою усунення таких явищ та їх подолання;

- запропоновано процедуру (форму) подання захисником доказів та обґрунтовано положення, згідно якого орган, у провадженні якого перебуває справа, не вправі відмовити у процесуальному прийнятті поданих доказів та приєднанні їх до справи і зобов'язаний дослідити та оцінити їх в сукупності з іншими наявними у справі доказами;

- визначена доказово-правова природа результатів, одержаних адвокатом-захисником за допомогою передбачених та не заборонених законом способів здійснення адвокатського розслідування (запитування і одержання документів, письмових висновків фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитування громадян, збирання речових доказів);

- запропоновано низку змін та доповнень до чинного кримінально-процесуального законодавства, які, на думку дисертанта, впливають із суті та призначення функції захисту в кримінальному судочинстві та в змозі вплинути на її істотне зміцнення.

Набули подальшого розвитку та обґрунтування:

- наукові пропозиції щодо скасування інститутів повернення судом справи для додаткового розслідування та судових доручень;

- наукові ідеї про реформування досудового слідства, у якому слідчий мав би бути відомчо-адміністративно та процесуально незалежним і виконував би єдину функцію – розслідування як встановлення фактичних обставин кримінальної справи;

- вчення про носіїв та види спеціальних знань у кримінальному судочинстві;

- наукові пропозиції про виведення експертних установ із підпорядкування правоохоронних органів та надання їм статусу незалежних;

- створення адвокатури України, як професійної, незалежної, самоврядної корпорації адвокатів, здатної забезпечити належний захист особи у кримінальному судочинстві, в т. ч. захист матеріально неспроможних;

- запровадження в Україні інституту приватного детективу.

Удосконалено:

- поняття мети та завдань адвоката-захисника у кримінальній справі;

- розуміння характеру та змісту правовідносин між захисником та підзахисним;

- зміст та співвідношення термінів-понять “обов'язок” та “тягар” доказування.

Практичне значення одержаних результатів. Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що вони становлять як науково-теоретичний, так і прикладний інтерес, зокрема:

- в науково-дослідній сфері – результати дослідження можуть бути основою для подальшої розробки теоретичних проблем кримінально-процесуальної функції захисту, а також проблем науки адвокатології;

- в правотворчості – сформульовані в дисертації пропозиції можуть бути використані для удосконалення чинного, розробки та прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу України та нового Закону про адвокатуру України, а також при підготовці постанов Пленуму Верховного Суду України. Вони використані у двох рішеннях Конституційного Суду України при вирішенні проблем кримінально-процесуального законодавства України (лист судді Конституційного Суду України № 329-16/83а від 06 липня 2009 року) і можуть бути використані цим судом у майбутньому;

- у правозастосовчій діяльності – результати дослідження можуть бути використані у судово-слідчій практиці та у діяльності захисників-адвокатів при виконанні функції захисту;

- у навчальному процесі – матеріали дослідження використовуються та можуть використовуватися в подальшому як матеріали для підготовки підручників і навчальних посібників з курсів “Кримінальний процес України”, “Адвокатура України”, “Криміналістика”, “Прокуратура України” та з спецкурсів “Теорія доказів”, “Актуальні проблеми кримінального процесу України”, “Європейська конвенція з прав людини. Основні положення, практика застосування: український контекст”, а також як основа для викладання

цих дисциплін в Національному університеті “Острозька академія” (акт впровадження від 12 січня 2009 року), Львівському національному університеті імені Івана Франка (акт впровадження від 27 травня 2009 року), Академії адвокатури України (акт впровадження від 15 червня 2009 року), Волинському національному університеті імені Лесі Українки (акт впровадження № 3/2098 від 23 червня 2009 року).

Особистий внесок здобувача. Положення, які викладені в дисертації та виносяться на захист, розроблені автором особисто. Наукові ідеї та розробки, що належать співавторам опублікованої роботи, в дисертації не використовуються. В науковій праці, опублікованій в співавторстві, 50% змісту складають власні теоретичні розробки дисертанта.

Апробація результатів дослідження. Теоретичні положення та висновки дисертації були оприлюднені на конференціях, семінарах, круглих столах, найбільш значимими з яких є *вісім міжнародних конференцій*: “Судова реформа в Україні: стан і перспективи” (18-19 квітня 2002 р., м. Харків); “Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві” (18-19 жовтня 2002 р., м. Київ); “Тактика, методика, етика захисту і представництва” (28 листопада 2003 р., м. Київ); “Еволюція уголовного судопроизводства на постсоветском пространстве” (22-23 июля 2006 г., г. Киев); “Актуальні питання реформування правової системи України” (1-2 червня 2007 р., м. Луцьк); “Актуальні проблеми тлумачення і застосування юридичних норм” (28-29 березня 2008 р.); “Нові тенденції в розвитку кримінального та кримінально-процесуального законодавства України” (26-27 жовтня 2007 р., м. Львів); “Методологія сучасної криміналістики” (23-24 травня 2008 р., м. Київ), *двадцять одна всеукраїнська*: “Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні” (13-14 лютого 2002 р., 13-14 лютого 2003 р., 9-10 лютого 2006 р., 8-9 лютого 2007 р., м. Львів); “Нові Цивільний та Кримінальний кодекси – важливий етап кодифікації законодавства України” (2-3 жовтня 2002 р., м. Івано-Франківськ); “Проблеми вдосконалення правового регулювання щодо забезпечення прав та основних свобод людини і громадянина України” (16-17 квітня 2004 р., м. Івано-Франківськ); “Реформування кримінального та кримінально-процесуального законодавства України: сучасний стан та перспективи” (30 вересня - 1 жовтня 2005 р., м. Івано-Франківськ); “Актуальні проблеми розвитку державності та правової системи України” (8-9 лютого 2007 р., м. Львів); “Формування правової держави в Україні. Проблеми і перспективи” (13 квітня 2007 р., м. Тернопіль); “Право на приватність: тенденції і перспективи” (14 листопада 2008 р., м. Львів); “Проблеми вдосконалення правового забезпечення прав та основних свобод людини і громадянина” (11 квітня 2008 р., м. Івано-Франківськ); “Формування правової держави в Україні в плебсологічному, як філософсько-правовому, осмисленні” (20 червня 2008 р., м. Київ); “Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини” (Острог, 2000-2008 рр.), *двох семінарах*: “Актуальні проблеми боротьби та попередження злочинності” (20 лютого 2004 р., 12-13 травня 2006 р., м. Івано-Франківськ), *двох “круглих” столів*: “Проблеми нового КПК України” (26 січня 2007 р., м. Київ); “Адвокатська таємниця” (28 січня 2008 р., м. Київ).

Публікації. За матеріалами дослідження опубліковано 4 монографії, 5 навчальних та навчально-методичних посібників, 38 наукових статей, 24 з яких у фахових виданнях, перелік яких затверджено ВАК України.

Структура роботи зумовлена поставленою метою, завданнями дослідження і складається зі вступу, шести розділів, що містять 28 підрозділів, висновків, додатків та списку використаних джерел. Загальний обсяг дисертації становить 502 сторінки, з яких основний текст дисертації – 410 сторінок, 8 додатків на 21 сторінці, список використаних джерел (910 найменувань) – 71 сторінка.

ОСНОВНИЙ ЗМІСТ РОБОТИ

У **вступі** обґрунтовано вибір теми дисертаційного дослідження, актуальність, визначено мету, завдання, об'єкт, предмет та методи дослідження, обумовлено наукову новизну одержаних результатів, а також їх практичне значення, рівень їх апробації.

Розділ перший “Функція захисту в кримінальному судочинстві: історичний аспект” складається з чотирьох підрозділів.

У підрозділі 1.1 “Функція захисту в кримінальному судочинстві України в складі Російської Імперії (1864–1917 рр.)” досліджено, що ідея кримінально-процесуальних функцій в теоретичному, правовому та прикладному аспектах вперше постала на теренах України (в складі Російської імперії) в середині XIX ст. у зв'язку з необхідністю відокремлення судової влади від адміністративної, а функція захисту, на протипагу функції обвинувачення (кримінального переслідування), як необхідна умова перебудови чинного тоді інквізиційного (розшукового) процесу в змагальний та знайшла своє втілення у судових стадіях процесу в Статуті кримінального судочинства (1864 р.).

В історичному плані функція захисту розвивалася ніби “по спіралі”. Перший етап (1864 – 1917 рр.) її становлення та розвиток знаменувалися перебудовою розшукового кримінального судочинства у змагальне та запровадження в цілому незалежної самоврядної, високопрофесійної, публічно-правової інституції держави – організації присяжних повірених, а занепад – контрреформуванням кримінально-процесуального законодавства, зупиненням розвитку присяжної адвокатури, допуском до захисту приватних повірених, масовим засиллям підпільної адвокатури, а відтак – обмежене забезпечення захисту бідних верств населення. Крах же завершили відомі події восени 1917 р.

У підрозділі 1.2 “Функція захисту в кримінальному судочинстві радянської України в складі СРСР (1917-1960 рр.)” встановлено, що другий етап (1917 – 1960 рр.) в розвитку функції захисту в Україні розпочався її відродженням на принципах Статуту 1864 р. (1917 – 1918 рр.), становленням за фактично тими ж принципами, проте з класових позицій (1919 – 1927 рр.) та деформуванням аж до повного заперечення з огляду на специфічний характер радянського соціалістичного судочинства, особливо в період сталінського терору (1927 – середина 1950 рр.). Організаційне та методичне забезпечення даної функції адвокатури повністю здійснювалося під партійним та радянським керівництвом.

У підрозділі 1.3 “Функція захисту в кримінальному судочинстві після останньої радянської кодифікації та упродовж десятиріччя незалежності України (1960-2001 рр.)” проаналізовано третій етап розвитку функції захисту, якому передувало теоретичне обґрунтування необхідності побудови судового розгляду кримінальних справ на засадах змагальності, а його початком виявилось законодавче запровадження цього принципу в Основах кримінального судочинства Союзу РСР та в КПК союзних республік, в т. ч. в КПК УРСР (1958 – 1961 рр.). Тема кримінально-процесуальних функцій в даний період постала в правовій науці однією із основних, була піддана ґрунтовному дослідженню, що сприяло їх поступовому розвитку на рівні законодавства та практики його застосування. Йдеться також і про функцію захисту, що проявилось у формі розширення прав обвинуваченого на захист, зміцнення повноважень захисника, аж до поширення істотних елементів захисту на досудове слідство (1989 р.) та конституційного закріплення засади змагальності сторін (1996 р.) і законодавчого чіткого розподілу процесуальних функцій при розгляді справи в суді на обвинувачення, захист та вирішення справи і закріплення цих функцій за рівноправними сторонами та, відповідно, судом (2001 р.). Проте функція захисту, на відміну від інших основних процесуальних функцій, організаційно виявилася недостатньо забезпеченою через відсутність в Україні адвокатури.

У підрозділі 1.4 “Функція захисту в кримінальному судочинстві України на сучасному етапі” розкривається в цілому базове положення, що четвертий, нинішній етап характеризується теоретичним осмисленням категорій кримінально-процесуальних функцій та функції захисту у їх числі з огляду на відповідність їх основним європейським та міжнародним стандартам з метою удосконалення кримінально-процесуального

законодавства України. Насамперед в плані підготовки та прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу. При цьому набуває поширення розуміння того, що суттєве зміцнення функції захисту можливе лише при комплексному вирішенні проблем, пов'язаних із реформуванням органів кримінальної юстиції в цілому та законодавчого регулювання їх функціональної сторони.

Розділ другий “Функція захисту як категорія кримінально-процесуального права та процесу” складається з чотирьох підрозділів.

У підрозділі 2.1. *“Поняття захисту”* обґрунтовано, що захист як категорію права та напрям діяльності уповноважених на його виконання органів держави та інших осіб, слід розглядати в широкому розумінні, конституційно-правовому, та вузькому, суто кримінально-процесуальному. У широкому розумінні захист означає основу на нормах Конституції України, визнаних Україною міжнародно-правових та інших юридичних актах діяльність держави, її органів, громадських організацій, особи, спрямовану на запобігання, подолання справжньої чи уявної протиправної шкоди, що загрожує, або уже спричинена правам, свободам, законним інтересам особи, суспільства, держави. У кримінальному судочинстві термін та поняття захисту має більш вузьке, спеціальне значення і охоплює: 1) осіб, учасників процесу, суб'єктів, правомочних здійснювати захист (обвинувачений та його захисник), які, власне, і становлять сторону захисту; 2) найменування процесуальної функції; 3) діяльність суб'єктів захисту щодо реалізації наданих їм прав та повноважень у процесі здійснення виконуваної ними функції.

Дається визначення захисту як системи передбачених і не заборонених законом дій суб'єктів захисту та відносин, що виникають при цьому, спрямованих на повне чи часткове спростування фактичного та юридичного боку підозри у вчиненні злочину або обвинувачення у його вчиненні, з'ясування обставин, які спростовують підозру або обвинувачення, виключають кримінальну відповідальність та покарання, забезпечують права, свободи та законні інтереси підзахисних.

Зміст захисту у вузькому його значенні охоплює: 1) доказова діяльність захисника-адвоката; 2) його роботу у правовому (матеріально – та процесуально-правовому) полі справи; 3) надання підзахисному необхідної юридичної допомоги. Звідси, для правильного вирішення проблем, пов'язаних із співвідношенням таких суб'єктів процесу як обвинувачений і захисник в плані їх процесуального становища, а також для адекватного визначення змісту їх діяльності, методологічно раціонально було б повернутися до поділу захисту на матеріальний та формальний.

Захист, на відміну від обвинувачення, має в кримінальному процесі універсальний характер. Захист, в тому числі захист за допомогою захисника, виникає у особи з моменту початку появи кримінального переслідування, діє він до моменту припинення останнього, а в подальшому продовжується або завершується, в залежності від розсуду суб'єктів сторони захисту, насамперед, обвинуваченого, тобто реалізується на засаді диспозитивності.

У підрозділі 2.2 *“Суб'єкти захисту та процедура їх вступу у справу”* на основі аналізу міжнародно-правового досвіду та сучасних вітчизняних реалій зроблено висновок, що як захисників до захисту слід допускати лише адвокатів та науковців у галузі права. Близьких же родичів обвинуваченого, його опікунів або піклувальників необхідно наділити статусом його представників. У цьому зв'язку відповідних змін потребують ст. 52, ч. 2 ст. 44 КПК.

З метою вчасного та безперешкодного вступу захисника у справу з самого моменту виникнення у підзахисного права на захист та на усіх стадіях і етапах провадження у справі, чинний нині допускний порядок потребує заміни на явочний.

У підрозділі 2.3 *“Предмет захисту (захисника-адвоката) у кримінальному судочинстві”* обґрунтовується, що предметом захисту у кримінальному процесі є сукупність фактичних обставин справи та їх формулювання у вигляді тез захисту і обвинувачення, з'ясування та доказування чи заперечення яких спростовує підозру або обвинувачення, виключає та/чи пом'якшує кримінальну відповідальність підзахисного.

У підрозділі 2.4 “*Мета та завдання захисника-адвоката у кримінальній справі*” обґрунтовано, що метою захисту є очікуваний, найбільш сприятливий результат для підзахисного, що досягається при вирішенні кримінальної справи по суті. Зважаючи на те, що кримінально-процесуальний закон чітко визначає види кінцевих рішень у кримінальних справах, систему моделей ідеальних результатів сприятливого вирішення справи складають: 1) відмова у порушенні справи; 2) закриття справи з реабілітуючих підстав; 3) закриття справи із звільненням від кримінальної відповідальності, покарання та/чи його відбування; 4) виправдання за реабілітуючими підставами; 5) кваліфікація діяння за ознаками статті КК, яка передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин, ніж той, що ставився у вину, та призначення покарання більш м'якого, аніж запропоноване прокурором чи призначене судом. Для досягнення зазначених цілей захисник має довести (з'ясувати, доказати, спростувати) сукупність відповідних фактичних обставин справи. Доведення таких сукупностей фактичних підстав прийняття відповідного кінцевого рішення і є завданням захисника у кримінальній справі.

Розділ третій “Предмет виправдання (реабілітації) та практика його застосування” складається з семи підрозділів.

У підрозділі 3.1 “*Види, структура та зміст предмета виправдання*” розкривається, що предмет виправдання (реабілітації) складають три сукупності обставин як його підстав: 1) відсутність події злочину (п. 1 ч. 1 ст. 6 КПК) та невстановлення події злочину (ч. 5 ст. 327 КПК); 2) відсутність у діянні складу злочину (п. 2 ч. 1 ст. 6, ч. 5 ст. 327 КПК); 3) недоведеність участі обвинуваченого або підсудного у вчиненні злочину (п. 2 ст. 213, ч. 5 ст. 327 КПК). В усіх випадках предмет захисту безпосередньо та в повному обсязі виражається та доказується через формулювання обвинувачення, взяте зі знаком мінус. Скільки і яких є видів предмета доказування, пов'язаних з обвинуваченням, стільки ж і таких самих є видів предмета захисту як предметів спростування.

Хоча захист часто обирає предметом доказування ту чи іншу реабілітуючу обвинуваченого підставу, його успіхи в цьому напрямі незначні через суб'єктивні та об'єктивні фактори. З-поміж суб'єктивних факторів основними є: 1) оцінка роботи слідчих при закритті справ за реабілітуючими підставами як негативна; 2) уособлення себе слідчими та суддями як органів боротьби із злочинністю; 3) існування у вітчизняному кримінальному процесі на усіх його рівнях обвинувального ухилу. Серед об'єктивних факторів є підстави виділити наступні: 1) переважно розшукова конструкція досудового слідства; 2) рудименти відчасти розшукового (інквізиційного) характеру судового розгляду кримінальних справ (судових доручень, надмірної активності суду у збиранні додаткових доказів тощо); 3) існування інститутів повернення справ на додаткове розслідування та на новий судовий розгляд.

У підрозділі 3.2 “*Обставини об'єкта злочину як предмет виправдання (реабілітації)*” обґрунтовано, що предмет захисту, пов'язаний із доказуванням чи спростуванням об'єкта злочину та його обставин, не обмежується встановленням фактичної основи вирішення матеріально-правових питань. Він має й процесуальний аспект, який ґрунтується на вимогах процесуального закону щодо конкретизації та деталізації об'єкта та його елементів.

З позицій захисту (та й обвинувачення) неабияке практичне значення має ступінь конкретизації ознак об'єкта злочину. Він залежить від кримінально-правової категорії справи, особливо від того, які сторони об'єкта (предмет злочину, потерпілий тощо) вказані як ознаки складу злочину, та від фактичної специфіки справи.

У підрозділі 3.3 “*Обставини об'єктивної сторони злочину як предмет захисту (реабілітації)*” підкреслюється, що для притягнення особи до кримінальної відповідальності обов'язково слід встановити конкретний акт об'єктивної поведінки цієї особи, тобто суспільно небезпечне діяння, дію або бездіяльність, як його називає законодавець. І навпаки, для її реабілітації належить спростувати вчинення нею інкримінованого їй діяння, тобто, спростувати відповідність ознак діяння відповідним ознакам складу злочину. Досліджується

також значення і інших елементів об'єктивної сторони складу злочину. Зокрема, в кожному конкретному випадку надто суттєвим є визначення необхідних та достатніх меж їх встановлення. Видається, що у вирішенні питання про конкретизацію часу, місця, способу вчинення злочину з позицій захисту слід одночасно виходити з таких критеріїв: 1) об'єктивної можливості їх встановлення; 2) повного забезпечення гарантій дотримання прав обвинуваченого.

У підрозділі 3.4 *“Суб'єкт злочину та його ознаки як елементи предмета захисту”* встановлюється, що процесуальний закон не містить спеціальної вказівки про встановлення суб'єкта злочину. Такий підхід законодавця впливає із приписів ст. 64 КПК. З позицій кримінального права це означає, безумовно, що у кожній кримінальній справі слід встановити певну сукупність обставин, які характеризують того, чия винність є предметом обвинувачення у вчиненні злочину, і впливають на покарання даної особи. Ця сукупність обставин за їх правовим значенням поділяється на дві групи: 1) обставини, що характеризують особу як суб'єкта злочину, та 2) обставини, що характеризують обвинуваченого з позицій засад призначення покарання. Крім загальних обставин, які характеризують суб'єкта злочину (фізична особа, яка вчинила злочин і підлягає кримінальній відповідальності, вік, осудність), іноді, коли це передбачено складом злочину, виникає потреба встановлювати спеціальні ознаки суб'єкта. Маючи справу зі спеціальним суб'єктом, захисник завжди повинен мати на увазі, що майже у кожній справі для адекватного встановлення ознак спеціального суб'єкта необхідно звертатись до відповідних правових актів, законів, постанов, інструкцій, наказів, статутів тощо, а то й до індивідуальних наказів та розпоряджень щодо дійсного правового статусу особи, у нашому випадку, щодо підзахисного. Самостійна вимога – це встановлення (ідентифікація) особи обвинуваченого (підсудного).

У підрозділі 3.5 *“Обставини суб'єктивної сторони злочину та її ознаки як елементи предмета захисту (реабілітації)”* обґрунтовується теза, що в зміст суб'єктивної сторони такі її елементи як мотив, ціль, емоції тощо входять поряд з виною. Тому вони самостійно підлягають доказуванню в процесі кримінального судочинства, а зі сторони захисту – спростуванню, в тому числі й для виправдання підзахисного за відсутності у вчиненому ним складу злочину.

Діяльність захисника у кримінальній справі, пов'язана з доказуванням, може стосуватися усіх змістових елементів вини усіх без винятку її форм та видів. Предметом захисту у формі предмета виправдання може виступати і такий “негативний” елемент суб'єктивної сторони діяння – вини зокрема, який в науці та практиці називається випадком або “казусом”.

Процесуально-правовий аспект встановлення вини ширший від кримінально-правового за рахунок конкретизації та деталізації вини в цілому, її форм та видів. Якщо той чи інший злочин може бути вчинено з будь-якою формою вини, то при провадженні в кримінальній справі повинно бути доведено конкретні форму і вид вини, інакше існує загроза об'єктивного поставлення у винуватість.

У підрозділі 3.6 *“Недоведеність участі обвинуваченого у вчиненні злочину як предмет виправдання (реабілітації)”* визначається, що недоведеність участі обвинуваченого як підстава реабілітації є виключно процесуальною і базується вона на принципі презумпції невинуватості. Принцип презумпції невинуватості не означає, як багатьма вважається, припущення про невинуватість особи доти, доки її винуватість не буде встановлена вироком суду, який набрав законної сили, а звідси, не означає спростовуваність даного принципу. Припущення, це явище психіки, мислення і регулюватись законом не може (не повинно). Презумпція невинуватості особи, це такий її об'єктивний правовий стан, при якому до постановлення щодо цієї особи обвинувального вироку і набрання ним законної сили до неї має бути таке процесуальне ставлення з боку насамперед органів, що здійснюють провадження у справі та учасників процесу, як до невинуватої (“як до самого себе”). Звідси,

цей принцип, як і усі інші принципи не може характеризуватися з позицій спростовності чи неспростовності. Його можна дотримуватися або не дотримуватися.

Правила презумпції невинуватості щодо реабілітації особи через недоведеність її участі у вчиненні злочину та недоведеність вини розповсюджуються (мають розповсюджуватися) не лише на обвинуваченого, а на усіх (“кожного”), тобто, підозрюваного (в усіх процесуальних формах підозри), обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого.

Наявність принципу презумпції невинуватості не звільняє захисника від обов'язку доказування, спростування обвинувачення.

Правовою процесуальною суттю виправдання за недоведеністю участі обвинуваченого є не докази, їх обвинувальна та виправдувальна рівновага, а юридичний, процесуально-правовий факт, тобто реальна соціальна ситуація, що склалася, при провадженні справи, при якій: 1) не доведено причетності особи до вчинення злочину або 2) не доведено її вини у вчиненні злочину. У цьому зв'язку ч. 6 ст. 327 КПК підлягає виключенню, а ч. 5 ст. 327 КПК після слів “недоведеності участі”, доповненню словами “або вини”.

У підрозділі 3.7 “*Особливості предмета виправдання у справах про злочини неповнолітніх та предмета реабілітації у справах про застосування примусових заходів медичного характеру*” обґрунтовується, що процесуальні підстави реабілітації у справах про злочини неповнолітніх та у справах про застосування примусових заходів медичного характеру підлягають удосконаленню, в т. ч. у зв'язку із приведенням їх у відповідність до кореспондуючих їм норм чинного матеріального кримінального закону. Зокрема: у п. 2 ч. 1 ст. 433 КПК слова “не пов'язану з душевним захворюванням” слід замінити словами “не пов'язану з хронічним психічним захворюванням, тимчасовим розладом психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки”; у ст. 455 КПК після слів “суд зобов'язаний”, доповнити словами “вирішити, чи відповідає неповнолітній за рівнем розумового розвитку віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність” – і далі за текстом.

Розділ четвертий “Предмет захисту у справах, що вирішуються за nereабілітуючими особою та нейтральними (процесуальними) підставами” складається з трьох підрозділів.

У підрозділі 4.1 “*Предмет захисту у справах, що вирішуються обвинувальним вироком суду із призначенням покарання*” обґрунтовується, що предмет захисту у справах, що вирішуються обвинувальним вироком суду із призначенням покарання завжди двохаспектний. Перший аспект – кримінально-правовий, який полягає у спростуванні кваліфікації вчиненого підзахисним в обвинуваченні та обґрунтуванні власної з позицій захисту (більш м'якої) і необхідності застосування норм кримінального закону про призначення більш м'якого покарання, аніж запропоноване обвинувачем. Другий аспект – кримінально-процесуальний, доказовий, який полягає у спростуванні обставин-підстав для більш м'якої кваліфікації і міри покарання.

У підрозділі 4.2 “*Предмет захисту у справах про звільнення особи від кримінальної відповідальності, покарання та його відбування*” визначено, що сукупності обставин, що підлягають встановленню у справах, у яких особа звільняється від кримінальної відповідальності, покарання або його відбування є комплексними – матеріально- та процесуально-правовими. Кожній матеріально-правовій підставі, як правило, відповідає процесуальна (ст. 48 КК – ч. 1 ст. 7 КПК тощо).

Оскільки кримінальний закон передбачає обов'язкові (імперативні) та необов'язкові (дискреційні) види звільнення особи від кримінальної відповідальності, покарання чи його відбування, сторона захисту при обранні того чи іншого його предмету і його достовірного встановлення може в одних випадках однозначно ставити питання перед судом про постановлення адекватного рішення, в інших – лише звертатись з проханням про прийняття такого, що вимагає від захисту доведення додаткових сприятливих для підзахисного обставин, крім тих, які передбачені в законі як обов'язкові.

З метою приведення у відповідність приписів процесуального закону та правил матеріального закону і усунення суперечностей у цих законах, слід було б: 1) у ч. 6 ст. 7 КПК слова “відповідальність і” – виключити; 2) у ч. 1 ст. 105 КПК слова “на момент постановлення вироку” замінити словами – “на момент розгляду справи”; 3) у ч. 1 ст. 248 КПК слова і цифри “частиною першою статті 7, статтями 7-1, 7-2, 8, 9, 10, 11-1” виключити.

У підрозділі 4.3 “Предмет захисту у справах, що вирішуються за наявності нейтральних (процесуальних) підстав” стверджується, що предмет захисту у справах, що вирішуються за наявності нейтральних підстав є суто процесуальний.

Розділ п’ятий “Доказування у кримінальній справі як засіб здійснення захисником процесуальної функції захисту” складається з п’яти підрозділів.

У підрозділі 5.1 “Адвокат-захисник як суб’єкт доказування” обґрунтовується, що адвокат-захисник є і суб’єктом доказування як з’ясування фактів та обставин кримінальної справи, тобто збирання, перевірки та оцінки доказів, і суб’єктом логічного доказування, тобто оперування доказами-доводами при обґрунтуванні (спростуванні) тієї чи іншої процесуальної тези.

Збирання ним доказів здійснюється у двох формах: 1) у формі участі при проведенні слідчих (судових) дій зі збирання доказів органом, у провадженні якого знаходиться справа; 2) у формі самостійного збирання доказів. При цьому захисник вправі самостійно збирати будь-які докази і не лише шляхами (способами) і у формах, передбачених в законі, а й усіма іншими, законом не забороненими.

Адвокат-захисник, в тому числі і щодо доказування є суб’єктом застосування уповноважених (дозвільних) процесуальних норм, зокрема диспозитивних – суб’єктом, який здійснює та організовує застосування “своїх” частини диспозицій таких норм. Проте у багатьох випадках відносини, пов’язані із самостійною доказовою діяльністю захисника, на сьогодні належним чином не врегульовані і чекають свого законодавчого доурегулювання.

У підрозділі 5.2 “Доказування як обов’язок захисника” доводиться, що адвокат-захисник є суб’єктом обов’язку доказування сприятливих для підзахисного обставин справи та спростування обставин – підстав обвинувачення, оскільки у кримінальній справі він перебуває одночасно у двох “іпостасях”, і як представник підзахисного, і як самостійний учасник процесу. Саме як самостійного учасника процесу закон зобов’язує його використовувати передбачені в КПК та інших законодавчих актах засоби з метою з’ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом’якшують чи виключають кримінальну відповідальність підзахисного (ч. 1 ст. 48 КПК).

У підрозділі 5.3 “Доказові права захисника та їх класифікація” здійснена класифікація та аналіз чинних нині прав захисника з метою з’ясування їх узгодженості та ефективності за критерієм ступеню його самостійності у їх реалізації. Це дозволило виявити взаємообумовленість одних груп прав з іншими і їх жорстку взаємозалежність щодо самої можливості їх реального здійснення, відповідність (невідповідність) цим правам кореспондуючих обов’язків інших суб’єктів процесу, а відтак, сформулювати пропозиції спрямовані на удосконалення кримінально-процесуального закону, зокрема:

1) Статтю 48 КПК доповнити (а точніше поновити) абзацом такого змісту: “Якщо захисник присутній при провадженні слідчих дій, він має право ставити запитання особам, яких допитують, подавати письмові зауваження з приводу неповноти або неправильності запису в протоколі відомостей про слідчі дії. Особа, яка провадить дізнання, і слідчий можуть відхилити запитання, поставлене захисником, але вони зобов’язані занести їх до протоколу”;

2) Частину 6 ст. 48 КПК виключити;

3) Пункт 3 ч. 1 ст. 48 КПК доповнити словами “робити з них виписки, знімати копії з документів, в тому числі за допомогою технічних засобів”;

4) Пункт 11 ч. 2 ст. 48 КПК сформулювати у такій редакції: “11) знати про принесені в справі апеляції, касаційні скарги та подання прокурора, отримувати їх копії, подавати на них заперечення”;

5) Частину 3, 4, 5 ст. 299 КПК виключити;

6) Статтю 315 та п. 4 ч. 1 ст. 358 КПК виключити;

7) Частину 4 ст. 87 КПК викласти у такій редакції: “У суді першої та апеляційної інстанції здійснюється повне фіксування судового процесу з допомогою звукозаписувального технічного засобу”;

8) Частину 1 ст. 106 КПК викласти у такій редакції: “Орган дізнання вправі затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, лише у разі нагальної необхідності запобігти злочині чи його перепинити”;

9) Частину 2 цієї статті виключити.

У підрозділі 5.4 “Реалізація захисником прав – передумов доказової діяльності” аналізується реалізація захисником-адвокатом прав, передбачених законодавством. Зокрема, 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, в доказовому аспекті. Безперечно, порядок першого побачення захисника з підзахисним вимагає чіткої нормативної регламентації у КПК, а можливо, й має бути предметом судового контролю. Конфіденційність спілкування захисника з підзахисним є, з одного боку, однією з гарантій професійної незалежності захисника, а з другого, – гарантією забезпечення обвинуваченому права доступу до послуг адвоката, які в сукупності входять до числа основних вимог справедливого розгляду справи, сформульованих у прецедентних рішеннях Європейського суду з прав людини.

Використання захисником права ознайомлюватися з матеріалами, якими обґрунтовується пред’явлення обвинувачення, ускладнено прогалинами закону. В законі не регламентовано ні характеру, ні обсягу таких матеріалів. Очевидно, що на цьому етапі провадження у справі захисникові мають надаватися для ознайомлення усі матеріали, на яких ґрунтується обвинувачення.

У підрозділі 5.5 “Участь захисника у доказуванні” визначається, що участь захисника в доказуванні означає здійснення ним процесуальних дій, спрямованих на збирання, перевірку та оцінку доказів при проведенні тієї чи іншої слідчої або судової дії чи їх комплексу органом, у провадженні якого перебуває справа.

Розділ шостий “Адвокатське розслідування” складається з п’яти підрозділів.

У підрозділі 6.1 “Інститут адвокатського розслідування” на основі дослідження чинного в Україні законодавства щодо самостійної роботи захисника-адвоката з доказами у кримінальній справі, аналізу наукових напрацювань в цьому плані, поєднані з аналізом аналогічного законодавства та на основі позицій науковців низки зарубіжних держав (Франції, ФРН, США, Російської Федерації) стверджується, що інститут адвокатського розслідування, як споріднена система правових норм, які регулюють кримінально-процесуальні відносини, пов’язані із його самостійною доказовою діяльністю та мають специфічний, притаманний їм метод правового впливу на ці суспільні відносини, сьогодні є фактом, що відбувся. Нормативне наповнення даного інституту різноджерельне. Як і належить інституту права, його складають норми загального характеру, норми-принципи, норми, що визначають цілі, завдання діяльності захисника у кримінальній справі, його доказові можливості (способи) самостійної роботи з доказами, які об’єднують в єдиний комплекс усі інші норми даного інституту і тим самим забезпечують різносторонній вплив на свою частку суспільних відносин у кримінальному судочинстві. Джерельною базою інституту адвокатського розслідування є Конституція України, КПК України, Закон про адвокатуру України та деякі інші Закони України, чинні в Україні міжнародні договори, рішення Конституційного Суду України, судові прецеденти.

Адвокатське розслідування, як функціональний інститут кримінального судочинства, є похідним від функції захисту і здійснюється в межах її реалізації. Воно здійснюється не поза досудовим слідством чи судовим розглядом справи, а виключно у зв'язку з цими провадженнями та у їх межах. Тому принципово невірно характеризувати його як “паралельне розслідування”. Адвокату-захиснику не обов'язково самостійно збирати докази захисту у кожній справі та у повному обсязі. У справах, у яких з'ясування слідчим (судом) обставин справи здійснюється всебічно, повно та неупереджено, захисник може обмежуватися лише участю у доказуванні та відстоювати свою позицію на наявних матеріалах справи. Проведення захисником самостійних дій по збиранню доказів необхідне лише у випадках неповноти досудового чи судового слідства або коли вони здійснюються з обвинувальним ухилом. Від цих же факторів залежить й обсяг власне адвокатського розслідування як противага цим явищам.

Запровадження адвокатського розслідування як альтернативи офіційному, при якому в обов'язок слідчого входило б збирання обвинувальних доказів, а в обов'язок захисника, – виправдувальних, є неприпустимим тому, що про повноцінний захист тоді б й не йшлося, бо можливості адвоката-захисника щодо збирання доказів у кримінальній справі і державних органів, наділених у цьому плані владними повноваженнями, були, є і завжди будуть неспіврозмірними.

Формулюються наступні правила подання доказів захисником. Перше. Подання захисником та прийняття слідчим доказів має оформлятися “протоколом подання-прийняття доказу”. У тих же випадках, коли є потреба у з'ясуванні походження доказу, порядку його отримання та того, яке значення він має для справи, таке подання слід супроводжувати письмовим “протоколом подання доказу” – процесуальним документом, що адекватно відображає дану процесуальну дію, з викладенням у ньому відповідних пояснень як логічних аргументів подання. Подання захисником доказів у суді першої інстанції та в апеляційному суді, в разі проведення ним судового слідства, має фіксуватися у протоколі судового засідання. При поданні доказів – додатків до апеляції чи касаційної скарги як нових та додаткових матеріалів про це має зазначатися, відповідно, в апеляції (касаційній скарзі). Друге. Слідчий та суд не вправі відмовити захисникові (як і іншим учасникам процесу) у прийнятті доказу та приєднанні його до справи. Третє. Дослідження та оцінка доказу при його поданні на предмет встановлення його належності, допустимості і тим більше достовірності, неприпустимі. Подані і приєднані до справи докази мають досліджуватися та оцінюватися у таких же умовах та у такі ж способи, як усі інші докази, в тому числі ті, що зібрані слідчим та судом.

У підрозділі 6.2 “Запитування і одержання захисником документів” доводиться, що документи мають бути досліджені та приєднані до справи постановою особи, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором, ухвалою (постановою) суду і зберігатись у справі.

Право адвоката-захисника на доступ до будь-якої інформації, корисної для захисту, в тому числі й конфіденційної, та процедуру такого доступу необхідно урегулювати в кримінально-процесуальному законі. У нормах законів про право захисника (адвоката) на запит відповідних документів чи їх копій необхідно передбачити обов'язок адресатів надати запитувані документи чи їх копії у термін, що не перевищує, найбільш оптимально, десяти діб з моменту надходження запиту.

У підрозділі 6.3 “Опитування громадян” аналізується реалізація передбаченого в п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК право захисника опитувати громадян. Відзначено, що у законі не визначено ні процедури опитування громадян, ні кола осіб, які можуть бути опитані захисником, ні конкретних прав та обов'язків того, хто опитує, та опитаного, ні доказового значення результатів такого опитування.

Обґрунтовується думка, що опитування адвокатом громадян за своєю ґносеологічною суттю аналогічне допитам свідків. Воно має оформлятися відповідно до повноваження захисника в законах (КПК та в Законі про адвокатуру) – протоколом опитування, який

обов'язково повинен бути письмовим, а якщо опитування супроводжувалося технічним записом – з відповідним додатком до нього, і в такій формі подаватися слідчому (суду) як окремий самостійний вид доказу захисту. Опитані захисником особи можуть бути в подальшому допитані слідчим (судом) як свідки захисту.

У підрозділі 6.4 “Одержання письмових висновків фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, та інші шляхи залучення у кримінальну справу спеціальних знань” визначається, що в об'єктивному аспекті до поняття спеціальних знань належать знання із будь-якої сфери людської діяльності. Визначення їх структури та меж відноситься до сфери правотлумачення і в кожному окремому випадку здійснюється правозастосовувачем, у нашому випадку захисником-адвокатом. Знання, які захисник (як і слідчий, прокурор, суддя) набуває під час своєї професійної підготовки у вищій школі за фахом юриста, щоб ефективно виконувати свої професійні обов'язки, і які є головною умовою доступу до відповідної професії (ст. 2 Закону про адвокатуру) не повинні розглядатися в кримінально-процесуальному сенсі як спеціальні.

Обґрунтовується, що рецензування висновку експерта має виключно консультативний характер, оскільки воно не включає безпосереднього дослідження об'єктів та матеріалів і ґрунтується лише на логічних судженнях, що базуються на спеціальних знаннях, а тому відповідає саме даній функції спеціаліста в процесуальному праві. Рецензія повинна сприяти судовій оцінці висновку експерта під кутом зору його належності, допустимості та достовірності, а не підмінювати висновок.

Організаційно-правове забезпечення інституту адвокатського розслідування передбачає виведення експертних установ із підпорядкування правоохоронних органів, запровадження в Україні інституту приватного детективу, а науково-методичне – потребує організаційного оформлення адвокатури України, а у її складі – відповідних наукових та науково-методичних установ.

У підрозділі 6.5 “Збирання захисником-адвокатом інших доказів” обґрунтовується, що адвокат-захисник вправі збирати та закріплювати інші види доказів будь-якими іншими шляхами, аби це не порушувало конституційних та інших охоронюваних законом прав, свобод і законних інтересів людини. Він вправі, максимально пристосовуючи свої дії до аналогічних слідчих дій, оглянути загальнодоступні місця, з дозволу власника обстежити його квартиру, склавши про це протокол огляду, план, схему, здійснити фото-, відеозйомку, як додатки до цих документів і у такому вигляді подати їх як докази слідчому (суду) тощо. Не заборонено захиснику-адвокату збирати самому чи отримувати від підзахисних або інших осіб речові докази.

Для збирання і закріплення доказів захисник вправі, а у необхідних випадках повинен залучати фахівців, в тому числі фахівців-криміналістів (а в майбутньому й приватних детективів), щоби, по-перше, забезпечити належний рівень роботи з доказовою інформацією та її носієм, а по-друге, оскільки він в жодному разі не може бути допитаний як свідок, убезпечити перебіг і результат адвокатських дій зі збирання доказів, “автором” яких завжди буде залишатися він – адвокат-захисник, показаннями цих осіб при дослідженні даних доказів у подальшому провадженні справи на досудовому слідстві та в суді.

ВИСНОВКИ

У висновках дисертації відображені результати, що свідчать про вирішення важливої наукової проблеми: на підставі комплексного дослідження сформовано теоретичну концепцію функції захисту в кримінальному судочинстві України та доктринально обґрунтовано вирішення проблем її реалізації в умовах реформування кримінально-процесуального законодавства, а саме:

1. Ідея виокремлення кримінально-процесуальних функцій в правовому, теоретичному та практичному аспектах вперше постала на теренах України (в складі Російської імперії) в

середині XIX ст. минулого тисячоліття у зв'язку з необхідністю відокремлення судової влади від адміністративної, а функції захисту, на противагу функції обвинувачення (кримінального переслідування). Хронологічно виділено чотири етапи розвитку функції захисту від самих її витоків до сьогодні, залежно від соціально-політичних умов та рівня правового врегулювання.

2. Перший етап (1864 – 1917 рр.) характеризувався перебудовою судового розгляду у змагальний і запровадженням інституту присяжних повірених, а занепад – контрреформуванням кримінально-процесуального законодавства, зупиненням розвитку присяжної адвокатури, допуском до захисту приватних повірених та інших осіб. Крах же завершили відомі події 1917 р.

Другий етап у розвитку функції захисту (1917 – 1960 рр.) розпочався її відродженням та становленням на принципах Статуту 1864 р. (1917 – 1918 рр.). Проте з класових позицій (1919 – 1927 рр.) вона піддалась деформуванню, аж до повного заперечення з огляду на специфічний характер радянського соціалістичного судочинства, особливо в період сталінського терору (1927 – середина 1950 рр.).

Третьому етапу (1960 – 2001 рр.) передувало теоретичне обґрунтування необхідності побудови судового розгляду кримінальних справ на засадах змагальності, а його початком стало законодавче запровадження цього принципу в Основах кримінального судочинства Союзу РСР та в КПК УРСР (1958 – 1961 рр.). Тема кримінально-процесуальних функцій в даний період постала в науці однією із основних, що сприяло їх поступовому розвитку на рівні законодавства та практики його застосування і функції захисту зокрема. Остання свій правовий розвиток одержала у формі розширення прав обвинуваченого на захист, зміцнення повноважень захисника, аж до поширення захисту на досудове слідство (1989 р.) та конституційного закріплення засади змагальності сторін (1996 р.). Нарешті відбувся законодавчий розподіл процесуальних функцій при розгляді справи в суді на обвинувачення, захист та вирішення справи і закріплення цих функцій за рівноправними сторонами та, відповідно, судом (2001 р.).

Четвертий, нинішній етап характеризується теоретичним осмисленням категорії кримінально-процесуальних функцій та функції захисту у їх числі з огляду на відповідність їх базовим європейським та міжнародним стандартам з метою удосконалення кримінально-процесуального законодавства України.

3. Система чинного кримінально-процесуального законодавства та подальший розвиток теорії кримінально-процесуального права і процесу дають підстави розглядати процесуальні функції як закріплені в законі основоположні підсистемні види (частини, компоненти, напрями) кримінально-процесуальної діяльності, що здійснюються різними за процесуальними інтересами суб'єктами (групами суб'єктів) процесу, з метою виконання поставлених перед ними завдань та досягнення визначених законом цілей, а в підсумку, як завдань та цілей кримінального судочинства в цілому. *Тож функція захисту – це породжений кримінальним переслідуванням та здійснюваний у відповідності з законом і виражений у формі правових відносин вид (частина, компонент, напрям) діяльності при провадженні у кримінальній справі, що реалізується суб'єктами захисту і спрямований на повне чи часткове спростування обвинувачення, реабілітацію невинного, пом'якшення відповідальності та покарання винного, охорону прав та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підзахисного, засудженого і виправданого.*

Таким чином, поняття функції захисту охоплює наступні структурні елементи його змісту: 1) власне захист, як діяльність, що реалізується у відповідності з законом та виражена у формі правових відносин (роботу у кримінальній справі); 2) суб'єктів цієї діяльності; 3) предмет захисту (діяльності); 4) його завдання та цілі.

4. Захист як категорія права та діяльність уповноважених на його виконання органів держави, інших осіб, має два значення, широке – конституційно-правове та вузьке – кримінально-процесуальне. В широкому значенні ця категорія означає діяльність держави, її

органів, громадських організацій, особи, що ґрунтується на нормах Конституції України та інших юридичних актах і спрямовану на запобігання, подолання дійсної чи уявної протиправної шкоди, що загрожує, або уже спричинена правам, свободам, законним інтересам особи, суспільства, держави. В такому розумінні суб'єктами права на захист є будь-які особи ("кожен"). У кримінальному ж судочинстві це поняття охоплює лише діяльність суб'єктів захисту щодо реалізації наданих їм прав та повноважень у процесі здійснення виконуваної ними функції.

5. Для оптимального вирішення проблем, пов'язаних із співвідношенням таких суб'єктів процесу як обвинувачений і захисник щодо їх процесуального становища та для адекватного визначення змісту їх діяльності, методологічно раціонально повернутися до поділу захисту на матеріальний та формальний і, своєю чергою, розглянути його, відповідно, у двох значеннях: 1) широкому, яке включає самозахист та захист за допомогою іншої особи, зокрема, захисника та 2) вузькому, яке означає захисну діяльність захисника.

У зміст захисту у вузькому його значенні входять: 1) доказова діяльність захисника; 2) його діяльність (робота) у правовому (матеріально – та процесуально-правовому) полі справи; 3) надання підзахисному необхідної юридичної допомоги.

6. Враховуючи реальний стан речей та міжнародно-правовий досвід, як захисників до захисту слід допускати лише адвокатів та науковців у галузі права. Близьких же родичів обвинуваченого, його опікунів або піклувальників необхідно наділити статусом його представників. У цьому зв'язку відповідних змін потребує ст. 52, а редакція ч. 2 ст. 44 КПК мала б виглядати так: "Як захисники можуть бути адвокати та особи, які мають науковий ступінь в Україні та/або вчене звання у галузі права".

7. Захист, на відміну від обвинувачення, має в кримінальному процесі універсальний характер. Захист, в тому числі захист за допомогою захисника, виникає з моменту початку прояву кримінального переслідування особи, діє він до моменту припинення останнього, а в подальшому продовжується або завершується, в залежності від розсуду суб'єктів сторони захисту, у першу чергу обвинуваченого, тобто реалізується на засаді диспозитивності.

З метою розширення захисту та водночас його зміцнення за рахунок вчасного та безперешкодного вступу захисника у справу з самого моменту виникнення у підзахисного права на захист та на усіх стадіях і етапах провадження у справі, чинний нині допускний порядок потребує заміни на явочний.

8. Метою захисту є очікуваний, найбільш сприятливий результат для підзахисного, що досягається при вирішенні кримінальної справи по суті. Оскільки ж кримінально-процесуальний закон чітко визначає види кінцевих рішень у кримінальних справах, сьогодні систему об'єктивних (заданих законом) моделей ідеальних результатів сприятливого для захисту вирішення справи складають: 1) відмова у порушенні справи; 2) закриття справи з реабілітуючих підстав; 3) закриття справи із звільненням особи від кримінальної відповідальності, покарання та/чи його відбування; 4) виправдання за реабілітуючими підставами; 5) кваліфікація діяння за ознаками статті КК, яка передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин, ніж той, що ставився у вину, та призначення покарання більш м'якого, аніж запропоноване прокурором чи призначене судом. Для досягнення наведених цілей захисник має довести (з'ясувати, доказати, спростувати) сукупність відповідних фактичних обставин справи. Доведення (спростування) таких сукупностей фактичних підстав прийняття відповідного кінцевого рішення є завданням захисника у кримінальній справі і в той же час предметом, на який спрямована доказова діяльність захисника, тобто предметом захисту. Звідси, *предметом захисту у кримінальному процесі є сукупність фактичних обставин справи, а також їх формулювання у вигляді тез захисту і обвинувачення, з'ясування та доказування чи заперечення яких спростовує підозру або обвинувачення, виключає та/чи пом'якшує кримінальну відповідальність підзахисного.* Він має декілька видів, підвидів та різновидностей, які відрізняються структурою і змістом елементів, що їх складають, зокрема: 1) предмет виправдання (реабілітації) (п. п. 1, 2 ч. 1 ст. 6, п. 2 ст. 213, ч. 5 ст. 327 КПК); 2)

предмет захисту у справах, що вирішуються за наявності нереабілітуючих особу підстав (п. п. 4, 8 ч. 1 ст. 6, ст. 7-11¹, ч. 3 ст. 327 КПК); 3) предмет захисту у справах, що вирішуються за наявності нейтральних (процесуальних) підстав (п. п. 6, 7, 9, 10, 11 ч. 1 ст. 6, ч. 3 ст. 282, ч. 2 ст. 276 КПК) і два особливі види: 4) у справах про застосування примусових заходів медичного характеру (ст. 421 КПК); 5) у справах про застосування примусових заходів виховного характеру (ст. 448 КПК).

9. Предмет захисту, передбачений п. п. 1, 2 ч. 1 ст. 6 та ч. 5 ст. 327 КПК, безпосередньо та в повному обсязі виражається та доказується через формулювання обвинувачення, взяте зі знаком мінус. Отже, скільки і яких є видів предмета доказування, пов'язаних з обвинуваченням, стільки ж і таких самих є видів предмета захисту як предметів спростування.

10. Предмет захисту, пов'язаний із доказуванням чи спростуванням складових елементів об'єкта, об'єктивної та суб'єктивної сторін, суб'єкта злочину, крім суто матеріально-правового аспекту, включає і виключно процесуальний. Він полягає у конкретизації та деталізації цих елементів поза межами кваліфікації досліджуваної події, у зв'язку з втіленням вимог про досягнення істинного знання про цю подію як конкретне одиничне явище об'єктивної діяльності та її опис в основних процесуальних документах (постанові про притягнення як обвинуваченого, обвинувальному висновку, вироку тощо). Без цього кримінально-правові ознаки події неможливо зіставити з доказовими фактами, а отже неможливо обґрунтувати чи спростувати доказами. Ознаки досліджуваної події, таким чином, і зміст інформації, яку містять докази мають бути одного рівня. Лише за такої умови можливо забезпечити, з одного боку, обґрунтованість обвинувачення, а з другого – захист проти даного обвинувачення.

11. Принцип презумпції невинуватості не є припущенням про невинуватість особи доти, доки її вину не буде встановлено вироком суду, який набрав законної сили, і, що цей принцип не є спростовним. Він означає об'єктивний правовий стан особи, згідно якого до набрання обвинувальним вироком законної сили до неї слід ставитися як до невинуватої, і цього принципу, як і усіх інших, можна дотримуватися (або не дотримуватися) і не більше.

12. Правила презумпції невинуватості щодо реабілітації особи за недоведеності її участі у вчиненні злочину та недоведеності вини розповсюджуються (мають розповсюджуватися) не лише на обвинуваченого, а на усіх ("кожного"), тобто, підозрюваного (в усіх процесуальних формах підозри), обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого. Проте вони жодним чином не стосуються захисника обвинуваченого, як інколи вважають. А тому наявність такого принципу не звільняє захисника від обов'язку доказування, спростування обвинувачення.

13. Правовою процесуальною суттю виправдання за недоведеністю участі обвинуваченого є не докази, їх обвинувальна та виправдувальна рівновага, а юридичний, процесуально-правовий факт, передбачений диспозиціями п. 2 ст. 213 та ч. 5 ст. 327 КПК, тобто реальна соціальна ситуація, що склалася при провадженні справи, а саме: 1) не доведено причетності особи до вчинення злочину або 2) не доведено її вини у вчиненні злочину.

14. Предмет захисту у справах, що вирішуються обвинувальним вироком суду із призначенням покарання завжди двохаспектний. Перший аспект – кримінально-правовий, який полягає у спростуванні кримінально-правової кваліфікації вчиненого підзахисним в обвинуваченні та обґрунтуванні власної, з позицій захисту (більш м'якої), і необхідності застосування норм кримінального закону про призначення більш м'якого покарання, аніж запропоноване обвинувачем. Другий аспект – кримінально-процесуальний, доказовий, який полягає в обґрунтуванні обставин-підстав для більш м'якої кваліфікації і міри покарання.

15. Системи обставин, що підлягають встановленню у справах, у яких особа звільняється від кримінальної відповідальності, покарання або його відбування є

комплексними – матеріально- та процесуально-правовими. Кожній матеріально-правовій підставі, як правило, відповідає процесуальна (ст. 48 КК – ч. 1 ст. 7 КПК тощо).

Оскільки кримінальний закон передбачає обов'язкові (імперативні) та необов'язкові (дискреційні) види звільнення особи від кримінальної відповідальності, покарання чи його відбування, сторона захисту при обранні того чи іншого його предмету і його достовірного встановлення може в одних випадках вимагати перед судом постановлення адекватного рішення, в інших – лише звертатись до нього з проханням про ухвалення такого (рішення).

16. Предмет захисту у справах, що вирішуються за наявності нейтральних підстав є суто процесуальний. Тому матеріально-правові характеристики діяння, що становили предмет провадження у справі, тут не доказуються і не спростовуються. Достовірно з'ясовується лише процесуальна обставина, як підстава для безумовного закриття справи (факт примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим – п. 6 ч. 1 ст. 6 КПК тощо).

17. Адвокат-захисник є і суб'єктом доказування як з'ясування фактів та обставин кримінальної справи, тобто збирання, перевірки та оцінки доказів, і суб'єктом логічного доказування, тобто оперування доказами-аргументами при обґрунтуванні (спростуванні) тієї чи іншої процесуальної тези. Збирання ним доказів здійснюється у двох формах: 1) у формі участі при проведенні слідчих (судових) дій зі збирання доказів органом, у провадженні якого знаходиться справа; 2) у формі самостійного збирання доказів. Стосовно другої з наведених форм, то захисник вправі самостійно збирати будь-які докази і не лише шляхами (способами) і у формах, передбачених в законі, а й усіма іншими, законом не забороненими.

18. Адвокат-захисник є суб'єктом юридичного обов'язку доказування сприятливих для підзахисного обставин справи та спростування обставин – підстав обвинувачення, оскільки у кримінальній справі він перебуває одночасно у двох ролях ("іпостасях"), і як представник підзахисного, і як самостійний учасник процесу. Саме як самостійного учасника процесу закон зобов'язує його використовувати передбачені в КПК та інших законодавчих актах засоби з метою з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підзахисного (ч. 1 ст. 48 КПК). А тому формулювання даної норми закону, всупереч численним пропозиціям, необхідно залишити без змін.

19. Дослідження чинного в Україні законодавства щодо самостійної роботи захисника-адвоката з доказами у кримінальній справі, аналіз наукових напрацювань в цьому плані, поєднані з аналізом аналогічного законодавства та позицій науковців низки зарубіжних держав (Франції, ФРН, США, Російської Федерації), вивчення правозахисної практики дає підстави для твердження, що інститут адвокатського розслідування, як споріднена система правових норм, які регулюють кримінально-процесуальні відносини, пов'язані із його самостійною доказовою діяльністю та мають специфічний, притаманний їм метод правового впливу на ці суспільні відносини, сьогодні є фактом, що відбувся. Нормативне наповнення даного інституту різноджерельне. Як і належить інституту права, його складають норми загального характеру, норми-принципи, норми, що визначають цілі та завдання діяльності захисника у кримінальній справі, його доказові можливості (способи) самостійної роботи з доказами, які об'єднують в єдиний комплекс усі інші норми даного інституту і тим самим забезпечують різносторонній вплив на свою частку суспільних відносин у кримінальному судочинстві. Джерельною базою інституту адвокатського розслідування є Конституція України, КПК України, Закон про адвокатуру України та деякі інші Закони України, чинні в Україні міжнародні договори, рішення Конституційного Суду України, судові прецеденти.

20. Норми інституту адвокатського розслідування мають універсальний характер в тому розумінні, що вони регулюють цілий напрям та усі види діяльності адвоката-захисника упродовж усього провадження кримінальної справи. Тому цей правовий інститут є не тільки предметним, – він є предметно-функціональним, а отже є інститутом кримінального судочинства.

21. Адвокатське розслідування як функціональний інститут кримінального судочинства є похідним від функції захисту і здійснюється в межах її реалізації. Воно здійснюється не поза досудовим слідством чи судовим розглядом справи, а виключно у зв'язку з цими провадженнями та у їх межах. Тому принципово неправильно характеризувати його як “паралельне розслідування”. Адвокату-захиснику не обов'язково самостійно збирати докази захисту у кожній справі та у повному обсязі. У справах, в яких з'ясування слідчим (судом) обставин справи здійснюється всебічно, повно та неупереджено, захисник може обмежуватися лише участю у доказуванні та відстоювати свою позицію на наявних матеріалах справи. Проведення захисником самостійних дій, спрямованих на збирання доказів, необхідне лише у випадках неповноти досудового чи судового слідства або коли вони здійснюються з обвинувальним нахилом. Від цих же факторів залежить й обсяг власне адвокатського розслідування як противага цим явищам.

Запровадження адвокатського розслідування як альтернативи офіційному, при якому в обов'язок слідчого входило б збирання обвинувальних доказів, а в обов'язок захисника, – виправдувальних, є неприпустимим тому, що про повноцінний захист тоді б й не йшлося, бо можливості адвоката-захисника щодо збирання доказів у кримінальній справі і державних органів, наділених у цьому плані владними повноваженнями, були, є і завжди будуть неспіврозмірними.

22. На сьогодні завершеного (оптимального) правового регулювання інститут адвокатського розслідування, “ядро” якого складають приписи п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК поки що не отримав. Пропонується передбачити: 1) відкритість переліку доказів, які вправі збирати захисник; 2) право збирати докази у будь-який не заборонений законом спосіб; 3) довільну форму (процедуру) їх збирання з умовою непорушення прав, свобод та законних інтересів інших осіб; 4) свободу розпорядження зібраними доказами; 5) обов'язок слідчого (суду) прийняти подані захисником докази, приєднати їх до справи та дослідити і оцінити в сукупності з іншими доказами.

23. Подання захисником зібраних доказів за загальним правилом має супроводжуватися “протоколом подання доказу” – процесуальним документом, що адекватно відображає дану процесуальну дію, з викладенням у ньому, у разі потреби, відповідних пояснень як аргументів для подання доказу. Слідчий же повинен скласти протокол прийняття доказу та приєднання його до справи. Подання захисником доказів в суді першої інстанції та в апеляційному суді має фіксуватися у протоколі судового розгляду справи. А подання доказів – додатків до апеляції чи касаційної скарги, як нових та додаткових матеріалів, має знаходити своє відображення, відповідно, в апеляції чи касаційній скарзі.

24. Для удосконалення інституту адвокатського розслідування, й водночас його правового забезпечення, є необхідність урегулювання суспільних відносин, пов'язаних із самостійним збиранням адвокатом-захисником доказів, у повноцінні процесуально-правові відносини, що означає чітке визначення їх суб'єктів, предмету, взаємних прав та обов'язків суб'єктів, встановлення відповідальності (санкцій) за невиконання та неналежне виконання правозобов'язаним суб'єктом його обов'язків.

25. Організаційно-правове забезпечення інституту адвокатського розслідування передбачає виведення експертних установ із підпорядкування правоохоронних органів, запровадження в Україні інституту приватного детективу, а науково-методичне – потребує організаційного оформлення адвокатури України, а у її складі – відповідних наукових та науково-методичних установ.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Монографії

1. Попелюшко В.О. Предмет доказування в кримінальному процесі (кримінально-процесуальні та кримінально-правові аспекти) / В.О. Попелюшко. – Острого: Видавництво Національного університету “Острозька академія”, 2001. – 196 с.
2. Попелюшко В.О. “Мала” судова реформа в Україні та захист прав громадян / В.О. Попелюшко. – Острого: Видавництво Національного університету “Острозька академія”, 2003. – 123 с.
3. Попелюшко В.О. Предмет захисту та його доказування в кримінальній справі: Монографія / В.О. Попелюшко. – К.: Прецедент, 2005. – 232 с.
4. Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: Монографія / В.О. Попелюшко. – Острого: Видавництво Національного університету “Острозька академія”, 2009. – 634 с. (Рецензії: Лобойко Л.М. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми / Л.М. Лобойко // Адвокат. – 2009. – №9. – С. 42; Погорецький М.А. Актуальне дослідження функції захисту в кримінальному судочинстві України / М.А. Погорецький // Право України. – 2009. – №10. – С. 280-283; Лук’янчиков Є.Д. Захист в кримінальному процесі України / Є.Д. Лук’янчиков // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ. – 2009. – №5. – С. 263-268.)

Навчальні та навчально-методичні посібники

1. Попелюшко В.О. Судовий розгляд кримінальної справи. Навчальний посібник / В.О. Попелюшко. – Острого: Видавництво Національного університету “Острозька академія”, 2003. – 192 с.
2. Попелюшко В.О. Судовий розгляд кримінальної справи: Навчальний посібник / В.О. Попелюшко. – К.: Кондор, 2006. – 234 с.
3. Попелюшко В.О. “Мала” судова реформа в Україні та захист прав громадян. Навчальний посібник / В.О. Попелюшко. – К.: Кондор, 2006. – 236 с.
4. Форми кримінально-процесуальних документів : [посібник] / упоряд. В.О. Попелюшко, Л.Я. Стрельбицька, О.П. Герасимчук; за заг. ред. В.О. Попелюшка. – К.: Прецедент, 2009. – 192 с. (виконаний у співавторстві, особистий внесок дисертанта – 50%).
5. Попелюшко В.О. Проблеми кримінального процесу та захисту у кримінальній справі. Збірник наукових статей : [Навчальний посібник] / В.О. Попелюшко; Укладач: Аврамишин С.В. – Острого: Видавництво Національного університету “Острозька академія”, 2008. – 400 с.

Статті у наукових фахових виданнях

1. Попелюшко В. Протокол судового засідання / В. Попелюшко // Радянське право. – 1987. – № 8. – С. 50-52.
2. Попелюшко В.О. Закриття кримінальних справ з nereабілітуючих особоу підстав і співучасть / В.О. Попелюшко // Адвокат. - №3. – 2000. – С. 12 – 13.
3. Попелюшко В.О. До питання про зміст та правовий механізм забезпечення та реалізації права обвинуваченого на захист / В.О. Попелюшко // Адвокат. – 2002. – № 1. – С. 18-21.
4. Попелюшко В.О. Публічність кримінального процесу і захист / В.О. Попелюшко // Адвокат. – 2003. – № 2. – С. 7-10.
5. Попелюшко В.О. Справи приватного обвинувачення: актуальні проблеми, законодавчі парадокси / В.О. Попелюшко // Право України. – 2003. - №4. – С. 98 – 100.
6. Попелюшко В.О. Принцип забезпечення доведеності вини в кримінальному судочинстві / В.О. Попелюшко // Вісник прокуратури. – 2003. - №5. – С. 80 – 83.
7. Попелюшко В.О. Аналогія та забезпечення прав особи в кримінальному судочинстві / В.О. Попелюшко // Актуальні проблеми боротьби та попередження злочинності: [Матеріали науково-теоретичного семінару], (Додаток до журналу “Актуальні

проблеми вдосконалення чинного законодавства України”). – Івано-Франківськ, 2004. – С. 112 - 119.

8. Попелюшко В.О. Поняття захисту у кримінальному процесі / В.О. Попелюшко // Вісник Академії адвокатури України. – К., 2005. – Вип. 4. – С. 87-96.

9. Попелюшко В.О. Крок до визнання вироком суду доказів недопустимими? / В.О. Попелюшко // Актуальні проблеми боротьби та попередження злочинності: Матеріали науково-теоретичного семінару. Додаток до журналу “Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України”. – Івано-Франківськ, 2006. – С. 41-42.

10. Попелюшко В. Чи потрібна істина у кримінальній справі / В.О. Попелюшко // Юридична Україна. – 2006. – № 2. – С. 95-98.

11. Попелюшко В.О. Спеціальні знання в кримінальному процесі та захист / В.О. Попелюшко // Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2006. – № 3. – С. 71-81.

12. Попелюшко В.О. Чи можливий справжній змагальний судовий розгляд в українському кримінальному процесі / В.О. Попелюшко // Право України. – 2006. - №3. – С. 94-97.

13. Попелюшко В.О. Предмет захисту у кримінальній справі / В.О. Попелюшко // Адвокат. – 2006. – № 4 – С. 18-21.

14. Попелюшко В.О. Державно-правова політика в Україні щодо захисту в кримінальному судочинстві: новітня історія і її уроки / В.О. Попелюшко // Адвокат. – 2006. – № 9. – С.10-16.

15. Попелюшко В.О. Адвокати та близькі родичі як захисники обвинуваченого: проблемні питання / В.О. Попелюшко // Юриспруденція: теорія і практика. – 2006. – №9. – С. 28-35.

16. Попелюшко В.О. Обставини, що пом'якшують кримінальну відповідальність і покарання як предмет захисту / В.О. Попелюшко // Адвокат. – 2007. – №3. – С. 3-7.

17. Попелюшко В.О. Про допустимість доказів у контексті статей 334 та 335 Кримінально-процесуального кодексу України / В.О. Попелюшко // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – №11 (87). – С. 41-45.

18. Попелюшко В.О. Вступ адвоката-захисника у справу / В.О. Попелюшко // Адвокат. – 2007. – № 11-12. – С. 3-7.

19. Попелюшко В.О. Презумпція невинуватості за законом, на грані закону та поза його межами / В.О. Попелюшко // Часопис Академії адвокатури України: Електронне наукове фахове видання. – 2008. – № 1. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2008-1/08pvpvprjm.pdf>

20. Попелюшко В.О. Стратегія і тактика в судовому розгляді справи / В.О. Попелюшко // Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2008. – Вип. 12. – С. 96-97.

21. Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному процесі за часів Російської імперії (1864-1917 рр.) / В.О. Попелюшко // Адвокат. – 2008. – № 5. – С. 28-29.

22. Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному процесі до входження України та в складі СРСР (1917-1960 рр.) / В.О. Попелюшко // Адвокат. – 2008. – № 6. – С. 4-10.

23. Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному процесі у пореформенний період та упродовж десятиріччя незалежності України (1960-2001 рр.) / В.О. Попелюшко // Адвокат. – 2008. – № 7. – С. 13-20.

24. Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному процесі на сучасному етапі / В.О. Попелюшко // Адвокат. – 2008. – № 8. – С. 1-12.

Публікації в інших виданнях та тези доповідей

1. Попелюшко В.О. Скорий суд – неправий суд / В.О. Попелюшко // Юридичний вісник України (ІПБ). – 2001. - №37 (325). – С. 22 – 24.

2. Попелюшко В.О. Цілі та завдання захисника-адвоката у кримінальній справі / В.О. Попелюшко // Кримінальне право України. – 2002. – №2. – С. 36-44.
3. Попелюшко В.О. Ще раз про спрощену процедуру правосуддя / В.О. Попелюшко // Судова реформа в Україні. Проблеми і перспективи [Матеріали науково-практичної конференції], (18-19 квітня 2002 р., м. Харків). – К., Х.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 246 – 248.
4. Попелюшко В.О. Право обвинуваченого на захист (зміст, правовий механізм забезпечення та реалізації) / В.О. Попелюшко // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні [Матеріали 13-ї регіональної науково-практичної конференції]. – Львів, 2002. – С. 274 – 277.
5. Попелюшко В.О. Публічність і захист / В.О. Попелюшко // Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві: [Доповіді учасників міжнародної конференції]. – К.: Академія адвокатури України, 2002. – С. 37 – 43.
6. Попелюшко В.О. Пояснення та висловлення своєї думки захисником як засоби доказування у кримінальній справі / В.О. Попелюшко // Тактика, методика, етика захисту та представництва: [Доповіді учасників міжнародної науково-практичної конференції]. – К.: Академія адвокатури України, 2003. – С. 128 – 132.
7. Попелюшко В.О. Виконання вироку, ухвали і постанови суду та захист прав громадян / В.О. Попелюшко // Наукові записки. – Серія “Право”. Вип. 4. – Острог, 2003. – С. 235 – 244.
8. Попелюшко В.О. Поняття істини в УПК / В.О. Попелюшко // Круглий стіл на тему “Проблеми нового УПК”; Академія адвокатури, 13.01.04. – Юридическая практика. – №4 (318). – 27 января. – С. 4.
9. Попелюшко В. О. Доказування у кримінальній справі: Логічний аспект / В.О. Попелюшко // Наукові записки. – Серія “Право”. – Вип. 7. – Острог: Вид-во Національного університету “Острозька академія”, 2006. – С. 110-118.
10. Попелюшко В.О. Захист у кримінальному судочинстві / В.О. Попелюшко // Матеріали 12-ї регіональної науково-практичної конференції, 9–10 лютого 2006 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету ім. Івана Франка, 2006. – С. 450-451.
11. Попелюшко В. О. Классификация доказательственных прав защитника по УПК Украины / В.О. Попелюшко // Эволюция уголовного судопроизводства на постсоветском пространстве: [Материалы международной научно-практической конференции]; В 3-х кн. – К.: Университет экономики и права "КРОК", 2006. – Кн. III. – С. 79-85.
12. Попелюшко В. О. Особливості предмета виправдання у справах про злочини неповнолітніх / В.О. Попелюшко // Актуальні питання реформування правової системи України: [Зб. наук. ст. за матеріалами IV міжнародної науково-практичної конференції], (1-2 червня 2007 р., м. Луцьк): У 2-х тт./ уклад. Т. Д. Климчук, І. М. Якушев. – Луцьк: РВВ “Вежа” Волинського державного університету ім. Лесі Українки, 2007. – Т. II. – С. 328-332.
13. Попелюшко В. О. Предмет доказування у справах про звільнення особи від кримінальної відповідальності, покарання та його відбування (з позицій захисту) / В.О. Попелюшко // Формування правової держави в Україні. Проблеми і перспективи: [Зб. наук. ст. за матеріалами IX Всеукраїнської наук.-практ. конф.], (13 квітня 2007 року, м. Тернопіль). – Тернопіль, 2007. – С. 279-287.
14. Попелюшко В. О. Кого треба допускати до здійснення захисту у кримінальному процесі? / В.О. Попелюшко // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: [Матеріали XIII регіональної наук.-практичної конференції], (8-9 лютого 2007 року, м. Львів). – Львів: Юридичний факультет національного університету ім. Івана Франка. – 2007. – С. 567-568.

Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми. – Рукопис.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. – Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2009.

У дисертації здійснено комплексне і системне дослідження правових, теоретичних та прикладних проблем функції захисту у кримінальному судочинстві України від самих її витоків (1864 р.) і дотепер. Автором розкрито поняття функції захисту як категорії кримінально-процесуального права та процесу, структуру та зміст його складових, обґрунтовано її універсальний характер. Запропоновано новий концептуальний підхід до визначення предмета захисту у кримінальній справі та проаналізовано діяльність адвоката-захисника щодо його встановлення та/чи спростування. Обґрунтовано, що адвокат-захисник є суб'єктом обов'язку доказування сприятливих для підзахисного обставин справи і його доказова діяльність здійснюється як у формі участі при проведенні слідчих (судових) дій, так і у формі самостійного збирання та подання доказів. На цій основі висунуто і доведено концепцію інституту адвокатського розслідування. Розроблено низку пропозицій та рекомендацій, спрямованих на зміцнення функції захисту у вітчизняному кримінальному судочинстві.

Ключові слова: кримінально-процесуальні функції, функція захисту в кримінальному судочинстві, захист, суб'єкти захисту, предмет захисту, адвокат-захисник як суб'єкт доказування, адвокатське розслідування.

АННОТАЦІЯ

Попелюшко В.А. Функция защиты в уголовном судопроизводстве Украины: правовые, теоретические и прикладные проблемы. – Рукопись.

Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.09 – уголовный процесс и криминалистика, судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность. – Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко. – Киев, 2009.

В диссертации осуществлено комплексное и системное исследование правовых, теоретических и прикладных проблем функции защиты в уголовном судопроизводстве Украины. Проанализировано законодательное регулирование, практические проблемы применения и научные представления относительно функции защиты от её истоков к теперешнему времени, поэтапно (1864-1917 г.г., 1917-1960 г.г., 1960-2001 г.г., 2001 и до сих пор).

Функция защиты как категория уголовно-процессуального права и процесса исследована с точки зрения содержания её структурных элементов. Предложено различать защиту в широком, конституционно-правовом, и узком, уголовно-процессуальном значении, а последнюю, – защиту с помощью защитника и самозащиту.

Обосновано универсальный характер функции защиты, в отличии от функции обвинения, и определен начальный и заключительный её моменты.

Доказана необходимость замены допускного порядка вступления адвоката в дело как защитника на явочный.

Уточнено понятие цели и задач адвоката-защитника в уголовном деле. Предложен новый концептуальный подход к определению предмета защиты адвоката-защитника в уголовном деле, осуществлена его классификация на три вида (предмет оправдания (реабилитации), предмет защиты по делам, разрешаемым по нереабилитирующим лицам основаниям, нейтральный (процессуальный), их подвиды и разновидности, которые охарактеризованы с точки зрения их содержания и практической реализации.

Обосновано положение о том, что основанием прекращения дела относительно обвиняемого и оправдания подсудимого за недоказанности их участия в совершении преступления являются не доказательства, а юридический факт, в частности процессуально-правовой факт, как урегулированный диспозициями п. 2 ст. 213, ч. 5 ст. 327 УПК социальный факт, реальная социальная ситуация, сложившаяся при расследовании (судебном разбирательстве) дела.

Обосновано, что принцип презумпции невиновности не есть предположением о невиновности лица до тех пор, пока его виновность не будет установлена приговором суда, вступившим в законную силу, и, что этот принцип не есть опровержимым. Он означает правовое положение лица, согласно которого к нему к этому моменту необходимо относиться как к невиновному, и этого принципа, как и всех иных, можно придерживаться (либо не придерживаться) и не более.

Дополнительно обоснованы научные предложения относительно отмены институтов возвращения дела на дополнительное расследование и на новое судебное разбирательство. Получили дальнейшее развитие и обоснование научные идеи о реформировании досудебного следствия, на котором следователь был бы ведомственно-административно и процессуально независимым и исполнял единственную функцию – расследования как установления отвечающих действительности фактов и обстоятельств уголовного дела. Доказана необходимость отмены института судебных поручений.

Доказано, что адвокат-защитник является субъектом доказывания как исследования – выяснения фактов и обстоятельств уголовного дела, и субъектом логического доказывания-оперирования доказательствами – аргументами. Собираение им доказательств осуществляется в двух формах: 1) в форме участия при производстве следственных (судебных) действий; 2) в форме самостоятельного собирания и подачи доказательств. Уточнена характеристика защитника-адвоката как субъекта обязанности доказывания.

Обосновано, что адвокат-защитник (как и иные участники процесса) является субъектом применения уполномочивающих (разрешающих) процессуальных норм. Осуществлено классификацию доказательственных полномочий защитника по критерию степени самостоятельности в их реализации и раскрыто содержание всей системы прав этих групп.

Выдвинуто и доказано концепцию института адвокатского расследования и дана характеристика его источников, предмета и метода правового регулирования. Доказано, что адвокат-защитник вправе собирать любые не запрещенные законом доказательства и любым способом (форме), лишь бы это не нарушало прав и законных интересов других лиц, однако, по-возможности в формах, аналогичных следственным действиям. Обосновано, что адвокатское расследование не является параллельным относительно официального, а проводится в его пределах и только по тем делам и в таком объеме, по которым орган, осуществляющий производство по делу, допускает неполноту, односторонность либо обвинительный уклон, с целью устранения таких явлений и их преодоления. Предложено процедуру (форму) подачи защитником доказательств и обосновано, что орган, осуществляющий производство по делу, не вправе отказать в процессуальном принятии доказательств и приобщении их к делу и обязан исследовать и оценить их в совокупности с другими имеющимися в деле доказательствами.

Дана характеристика способов проведения адвокатского расследования и определена доказательственно-правовая природа полученных результатов. Развита научные предложения о выведении экспертных учреждений с подчинения правоохранительных органов и воплощения в жизнь в Украине института частного детектива.

Ключевые слова: уголовно-процессуальные функции, функция защиты в уголовном судопроизводстве, защита, субъекты защиты, предмет защиты, адвокат-защитник в качестве субъекта доказывания, адвокатское расследование.

SUMMARY

Popeliushko V.O. Function of defense (counsel) in criminal procedure of Ukraine: legal, theoretical and practical issues. – Manuscript.

The dissertation for obtaining the scientific degree of a Doctor of Legal Sciences in specialization 12.00.09 – Criminal Procedure and Criminalistics, Forensic Examination, Operative-Investigative Activity. – Kyiv National Taras Shevchenko University. – Kyiv, 2009.

Complex and systematic research of legal, theoretical and practical issues of defense (counsel) function in Ukraine's criminal procedure is realized. The research covers the period from 1864 till nowadays. Author reveals the notion of the defense function as category of criminal procedural law and process, structure and contents of its components; its universal character is substantiated. A new conceptual approach to subject-matter of defense in a criminal case is defined, as well as defense advocacy concerning its ascertainment or rebutment is analysed.

It is grounded that counsel for the defendant is a subject of evidential burden of proof favourable for client's merits of the case and that his proving is exercised both in investigative procedures and in self-collecting and self-submission of evidence. Considering this, a conception of the institute of counsel investigation is proposed and obtained. Proposals and recommendations for the function of counsel (of defense) evolvement in Ukraine's criminal procedure are presented.

Key-words: criminal procedural functions, function of defense (counsel) in criminal procedure, defense, subjects for the defense, subject-matter of defense, counsel for the defendant as subject of proving, counsel investigation.