



*Старенький О. С.,
аспірант кафедри правосуддя
юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка*

КРИМІНАЛЬНІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ ЗАХИСНИКА ЯК СУБ'ЄКТА ДОКАЗУВАННЯ ПІД ЧАС ОПИТУВАННЯ УЧАСНИКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ТА ІНШИХ ОСІБ У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ

Виходячи з результатів аналізу наукових джерел, вітчизняного та зарубіжного кримінального процесуального законодавства, матеріалів практики, а також результатів опитування адвокатів, у статті визначено кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування під час опитування учасників кримінального провадження та інших осіб у досудовому розслідуванні.

Ключові слова: захисник, опитування, доказування, доказ, пояснення.

Исходя из результатов анализа научных источников, отечественного и зарубежного уголовного процессуального законодательства, материалов практики, а также результатов опроса адвокатов, в статье определены уголовные процессуальные гарантии защитника как субъекта доказывания в ходе опроса участников уголовного судопроизводства и других лиц в досудебном расследовании.

Ключевые слова: защитник, опрос, доказывание, доказательство, объяснения.

Однією з умов забезпечення здійснення ефективного доказування у досудовому розслідуванні є надання сторонам кримінального провадження широкого комплексу засобів отримання доказів. Чинний Кримінальний процесуальний кодекс України (КПК) надає захиснику право отримувати докази шляхом ініціювання проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування документів, отримання речей і документів, а також залучення експерта для проведення експертизи (ч. 3 ст. 93) [1]. Водночас

кримінальне процесуальне законодавство окремих зарубіжних країн передбачає, що захисник має право отримувати докази й іншими процесуальними засобами, зокрема, шляхом проведення опитування учасників кримінального провадження та інших осіб. Відповідне право захисника закріплене ч. 3 ст. 103 КПК Республіки Білорусь [2]; п. 5 ч. 3 ст. 122 КПК Республіки Казахстан [3]; п. 1 ч. 2 ст. 100 КПК Республіки Молдова [4]; п. 2 ч. 3 ст. 86 КПК Російської Федерації [5]; ч. 3 ст. 143 КПК Республіки Азербайджан [6] та ін. Слід звернути увагу на те, що ч. 3 ст. 93

КПК України не визначає серед засобів отримання доказів захисником опитування учасників кримінального провадження та інших осіб. Проте, ця процесуальна дія закріплена в ч. 8 ст. 95 КПК України, відповідно до якої сторони кримінального провадження, потерпілий мають право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб, за їх згодою пояснення, які не є джерелом доказів. Відповідне право захисника закріплене і в Законі України (ЗУ) «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (п. 7 ч. 1 ст. 20) [7]. Разом з тим результати проведеного аналізу правозастосовчої практики, а також опитування практичних працівників дають підстави для висновку, що чинний КПК України не передбачив належних кримінальних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування під час опитування учасників кримінального провадження та інших осіб у досудовому розслідуванні, що є одним із негативних чинників, котрий позначається на ефективності здійснення доказування захисником у досудовому розслідуванні. Таку думку висловили 88% опитаних адвокатів.

Незважаючи на те, що питання отримання доказів захисником шляхом опитування учасників кримінального провадження та інших осіб були предметом наукових пошуків А. Д. Аксенова, Г. І. Алейнікова, М. В. Антропова, М. Х. Бітокової, А. Д. Героєва, С. О. Ковальчука, І. С. Краскової, О. Ю. Ланя, Л. В. Макарова, І. Є. Мілової, Н. М. Обрізан, М. А. Погорецького, В. О. Попелюшка, В. С. Попова, М. М. Стоянова, І. І. Схаляхо, О. Ю. Татарова, С. С. Чернявського, Ф. Г. Шахкелдова, Д. М. Ямбаєвої, В. В. Ясельської та ін., водночас, питання кримінальних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування під час опитування учасників кримінального провадження та інших осіб у досудовому розслідуванні вченими не досліджувалися.

Отже, метою статті є визначення кримінальних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування під

час опитування учасників кримінального провадження та інших осіб у досудовому розслідуванні.

Відсутність належних кримінальних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування під час опитування учасників кримінального провадження та інших осіб у досудовому розслідуванні, насамперед, пов'язане з тим, що чинний КПК України у ч. 8 ст. 95 передбачив положення, відповідно до якого захисник має право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, **які не є джерелом доказів** (виділ. нами – О. С.). На думку В. К. Волошиної, закріплене у ч. 8 ст. 95 КПК України положення уже заздалегідь призначено до сторони захисту, яка, своєю чергою, позбавлена права отримувати показання, що є джерелом доказів. Усі показання, отримані стороною обвинувачення під час досудового розслідування, подаються з матеріалами справи до суду, коли сторона захисту позбавлена зробити це саме, що є обмеженням принципу змагальності [8, с. 169]. У цьому контексті слушною є позиція тих науковців, які пропонують поясненням учасників кримінального провадження та інших осіб, що отримані стороною захисту у рамках кримінального провадження, надати статусу доказів [9, с. 82; 10, с. 406]. Водночас для того, щоб відповідні пояснення учасників кримінального провадження та інших осіб, отримані захисником у ході опитування, набули статусу доказів, чинне кримінальне процесуальне законодавство України повинно закріплювати відповідний процесуальний порядок їх отримання та фіксації. Проте, ані КПК України, ані ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» його не визначає.

Виходячи з аналізу матеріалів правозастосовчої практики можна зробити висновок, що необхідність опитування захисником учасників кримінального провадження та інших осіб виникає у будь-якому кримінальному провадженні. Результати опитування захисником

учасників кримінального провадження та інших осіб можуть стати підставою для проведення відповідних слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, застосування заходів забезпечення кримінального провадження або проведення інших процесуальних дій з метою отримання чи перевірки вже отриманих доказів.

У зв'язку з цим, у КПК України необхідно передбачити належний механізм реалізації кримінальних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування під час опитування учасників кримінального провадження та інших осіб у досудовому розслідуванні. Висловлену нами пропозицію підтримали 88% опитаних адвокатів.

Розглядаючи питання кримінальних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування під час опитування учасників кримінального провадження та інших осіб у досудовому розслідуванні, варто зазначити, що в науковій літературі висловлюється точка зору, що адвокатське опитування з організаційно-тактичного боку цілком може включати допустимі елементи оперативного-розшукового опитування [11, с. 18]. Разом з тим, з такою позицією не можна погодитися, оскільки опитування захисником та опитування, що проведене під час здійснення оперативного-розшукової діяльності, за своєю гносеологічною та правовою природою є різними діями, що мають різних суб'єктів, підстави, порядок, мету, методи проведення та здійснюються в різних правових режими.

Інші вчені вважають, що опитування, проведене захисником, певною мірою збігається з такою слідчою (розшуковою) дією, як допит. Так, В. А. Камишина вказує, що опитування учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою співзвучне і схоже із задачами допиту осіб [12, с. 62]. Водночас, такий підхід, на нашу думку, є дискусійним, оскільки опитування, проведене захисником чи слідчим, прокурором,

не відповідає всім сутнісним ознакам слідчих (розшукових) дій [13, с. 48; 14, с. 182], а також вимогам, що ставляться до проведення допиту (ст. 224–226 КПК України). Окрім того, як слушно зазначає С. О. Ковальчук, захисник не вправі використовувати привід особи для провадження опитування та може провести таку процесуальну дію лише за згоди опитуваної особи і без роз'яснення їй відповідальності за відмову давати показання (при опитуванні особи як свідка) та за дачу завідомо неправдивих показань [15, с. 71].

На наш погляд, з метою усунення суперечностей серед науковців щодо сутності зазначеної процесуальної дії, а також вироблення єдиного усталеного підходу необхідно визначити механізм опитування захисником учасників кримінального провадження та інших осіб. З цього приводу доцільно навести позицію З. Д. Єнікеева та Р. З. Єнікеева, які вважають, що відсутність механізму проведення опитування, гарантій його достовірності та порядку долучення до провадження такого опитування як доказів, варто розглядати як протиріччя принципу змагальності та рівноправності сторін, забезпечення підозрюваному і обвинуваченому права на захист, всебічності, повноти та об'єктивності дослідження обставин провадження, а також справедливості й презумпції невинуватості [16, с. 123].

У науковій літературі зазначається, що опитування захисником учасників кримінального провадження та інших осіб складається з двох основних етапів його проведення – підготовка до проведення опитування і власне опитування особи [17, с. 84].

При підготовці до опитування захисник повинен узагальнити і проаналізувати відомі фактичні обставини справи, співставити їх з обраною позицією захисту і на підставі цього визначити, які обставини підлягають з'ясуванню при опитуванні. У разі необхідності захисник може звернутися за роз'ясненням до фа-

хівця. Необхідно з'ясувати, хто саме підлягає опитуванню, зібрати потрібну інформацію (відомості про її психологічні, моральні, професійні якості, спосіб життя і стосунки з оточуючими), що характеризує особу. Потім доцільно визначити безпосередні задачі опитування. Чітко сформулювати питання, що цікавлять, визначити їх значення і послідовність. У зв'язку з цим, потрібно підготувати письмовий план проведення опитування, необхідні предмети і документи, які передбачається використовувати при опитуванні особи [17, с. 84].

З метою забезпечення повного та всебічного з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, захисник повинен правильно визначити місце і час проведення опитування учасників кримінального провадження та інших осіб.

Місцем проведення опитування захисником може бути робоче місце захисника чи інше житло, в якому він здійснює адвокатську діяльність. Якщо особа відмовляється надавати пояснення на робочому місці захисника чи іншому приміщенні, в якому він здійснює адвокатську діяльність, то в такому випадку захисник повинен узгодити з особою місце проведення опитування.

Захисник також має узгодити з особою час проведення опитування. На нашу думку, проводити опитування захисником у нічний час (з 22 до 6 години) недоцільно, за винятком невідкладних випадків, коли особа не має можливості надати пояснення в інший час.

Опитування захисником учасників кримінального провадження та інших осіб доцільно проводити в конфіденційних умовах. За згодою особи під час проведення опитування можуть бути присутні інші особи. Якщо опитуваною особою є неповнолітній, то в такому випадку опитування доцільно проводити у присутності законних представників неповнолітнього, педагога або психолога, а в разі необхідності – лікаря. На вимогу неповнолітнього чи законних

представників до опитування необхідно запросити захисника неповнолітнього.

Якщо опитувана особа не володіє відповідною мовою, то захисник повинен запросити перекладача (сурдоперекладача).

Перед початком проведення опитування учасників кримінального провадження та інших осіб захиснику необхідно пред'явити особі документи, що підтверджують його повноваження у кримінальному провадженні. Варто зазначити, що якщо захисник до початку опитування не представиться та не надасть відповідні документи, то він тим самим може втратити довіру опитуваної особи, яка має право відмовитися від надання відповідних пояснень або ж надати їх частково. Відтак, захисник не зможе досягнути бажаного результату від проведення цієї процесуальної дії. З огляду на вищезазначене вважаємо необґрунтованою думку Ю. П. Гармаєва та Я. П. Зейкана, які вважають, що захисник може представлятися не як адвокат, а як знайомий, товариш тощо [18, с. 622]. Захисник, зустрівшись з опитуваною особою, насамперед, повинен представитися їй, надати документи, що підтверджують його повноваження у кримінальному провадженні, а також роз'яснити особі в чому полягає необхідність отримання від неї відповідних пояснень та яке значення вони можуть мати для кримінального провадження й самого підзахисного. Якщо захисник не повідомить опитувану особу про мету опитування та яке значення мають його результати, це може негативно позначитися на повноті встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження. Зважаючи на викладене, вважаємо дискусійною позицію тих учених, які зазначають, що в окремих випадках адвокат може і не повідомляти про мету, з якою проводив опитування [18, с. 622].

Слід зазначити, що згідно з ч. 8 ст. 95 КПК України обов'язковою умовою проведення опитування захисником учасників кримінального провадження чи

інших осіб є отримання від них попередньої згоди. Факт отримання захисником згоди від учасників кримінального провадження чи інших осіб повинен бути обов'язково відображений у документі, що складається за результатами опитування. Захисник не повинен вдаватися до примусу, обману, погроз чи іншого негативного впливу для отримання від опитуваної особи попередньої згоди.

Після отримання згоди від особи на проведення опитування захисник повинен роз'яснити їй положення КПК України та ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з якими захисник має право проводити опитування.

Окрім того, захисник повинен попередити опитувану особу, що надані нею пояснення можуть бути використані як докази у кримінальному провадженні, для підтвердження яких вона може бути викликана в якості свідка для проведення допиту.

Сам процес опитування захиснику доцільно починати зі з'ясування, чи знає опитувана особа підзахисного, якщо знає, то в яких стосунках вона перебуває з ним, що їй відомо про обставини вчиненого підзахисним кримінального правопорушення. З'ясувавши відповідну інформацію, захисник повинен задати відповідні питання з метою конкретизації та уточнення отриманих від особи пояснень. Якщо ж захиснику не вдається отримати потрібну йому інформацію, то йому необхідно більш деталізувати обставини вчиненого кримінального правопорушення, надати особі відповідні фотографії, малюнки, схеми тощо, які мають значення для кримінального провадження та можуть спонукати особу до надання належних пояснень.

Для можливості використання в якості доказів отриманих захисником у ході опитування пояснень, хід і результати опитування необхідно процесуально закріпити. Водночас, яким чином захисник має фіксувати хід і результати опитування ані КПК України, ані ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не ви-

значається, що, своєю чергою, негативно позначиться на ефективності реалізації кримінальних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування під час опитування учасників кримінального провадження та інших осіб у досудовому розслідуванні.

На підставі проведеного аналізу наукової літератури можемо дійти висновку, що вченими висловлюються різні думки щодо законодавчого закріплення процесуального порядку фіксації ходу і результатів опитування захисником учасників кримінального провадження та інших осіб.

Одні науковці вважають, що результати опитування захисником учасників кримінального провадження та інших осіб можуть фіксуватися в довільній формі. Так, І. П. Царьова, визначаючи опитування, проведене захисником, як спосіб збирання інформації про факти вчиненого злочину, що проводиться в будь-якому місці і в будь-якій обстановці у формі бесіди адвоката з громадянами, які імовірно мають доказові відомості, що виправдовують або пом'якшують відповідальність, вину підозрюваного або обвинуваченого, пропонує за результатами опитування захиснику складати документ «опитування особи». Оформлятися він повинен захисником у присутності опитуваного. До нього можуть додаватися аудіо-, відеозапис, кіно-, фотоматеріали. Документ «опитування особи» повинен мати такі реквізити: прізвище, ім'я, по батькові адвоката, який опитує особу за її згоди, номер його адвокатського посвідчення; прізвище, ім'я, по батькові опитуваного, реквізити його паспорта; дату опитування, якщо необхідно, то час у годинах і хвилинах; підписи захисника та опитуваного; зауваження опитуваного, якщо вони є [19, с. 74].

На думку Ю. В. Кореневського, результати опитування повинні бути викладені письмово, у вільній формі захисником, а краще – самим опитуваним і підписані останнім. У документі необхідно відобразити дані про опитувано-

го, а також про адвоката, який проводив опитування. Згода особи на опитування має бути висловлена письмово, слід роз'яснити повноваження захисника щодо проведення такого опитування. При опитуванні доцільно використовувати аудіо- або відеозапис [20, с. 233]. На необхідність закріплення захисником результатів опитування осіб за їх згодою у довільній формі вказують також й інші фахівці [21, с. 50–51; 22, с. 142].

На наш погляд, пропозиції вчених щодо закріплення результатів опитування учасників кримінального провадження та інших осіб захисником у довільній формі є необґрунтованими та такими, що не відповідають правовим і ґносеологічним засадам кримінального процесуального доказування. У такому випадку результати опитування неможливо буде використати як доказ у кримінальному провадженні.

Інші ж науковці вважають, що хід і результати опитування захисником повинні відображатися у клопотанні, що подається слідчому, прокурору, які здійснюють кримінальне провадження, із зазначенням особи, яка підлягає виклику для її допиту як свідка стороною обвинувачення [23, с. 8–9; 24, с. 74–75, 151; 25, с. 198]. Відповідний підхід, на нашу думку, також є дискусійним і таким, що суперечить змагальним засадам кримінального провадження, адже в цьому випадку процес отримання доказів захисником залежатиме від слідчого, прокурора, які на свій розсуд будуть приймати рішення щодо задоволення клопотання захисника про допит опитуваної особи. Враховувати потрібно й те, що на практиці трапляються випадки, коли слідчі та прокурори необґрунтовано відмовляють захиснику у погодженні клопотань про проведення слідчих (розшукових) дій, умисно затягують строки їх розгляду або ж залишають їх без розгляду тощо.

Окремі вчені пропонують для забезпечення належних кримінальних процесуальних гарантій щодо отримання допустимих і достовірних пояснень під час опитування захисником норматив-

но закріпити необхідність посвідчення адвокатського опитування нотаріусом, який буде виступати гарантом від неправомірних методів впливу на опитувану особу з боку захисника, а також засвідчуватиме правильність письмової фіксації ходу і результатів опитування [26, с. 28–29; 27, с. 55–57 та ін.]. Водночас такий підхід не був позитивно сприйнятий у науковій літературі та був підданий, на наше переконання, обґрунтованій критиці з боку Г.М. Шафороста, який вважає, що, крім громіздкості такої процедури, не всім і не завжди доступний такий візит до нотаріуса (оплата держмита неможлива при захисті за призначенням, відсутність нотаріуса у віддалених населених пунктах та ін.) [28, с. 140]. Варто враховувати, що жоден нотаріус не буде зацікавлений в тому, щоб його наділили додатковим повноваженням щодо засвідчення правильності фіксації ходу і результатів опитування, адже процедура проведення опитування захисником займатиме відповідний час. Окрім того, у таких випадках нотаріуса необхідно буде викликати для допиту як свідка з метою підтвердження правдивості наданих особою пояснень.

Вченими висловлюються й інші думки щодо фіксації захисником результатів опитування учасників кримінального провадження та інших осіб. Так, на думку А.В. Рагуліна, результати опитування можуть бути зафіксовані адвокатом шляхом складання акта опитування особи за її згоди і (або) шляхом застосування технічних засобів, призначених для фіксації інформації [29, с. 362].

В.В. Ясельська вважає, що результати опитування повинні фіксуватися у спеціальному бланку пояснення, в якому має бути вказано дату, місце отримання пояснення, дані адвоката-захисника та особи, котра дає пояснення [30, с. 136]. Аналогічну думку висловлюють і Н.М. Обрізан [31, с. 156] та О.В. Рибалка [32, с. 39].

Ф.Г. Шахкелдов пропонує пояснення осіб оформляти у формі заяви (пояснен-

ня), що може бути написана власноручно особою, яка надає пояснення, або з її слів записана адвокатом [33, с. 170–171].

Водночас, на наш погляд, із висловленими позиціями не можна погодитися, оскільки вони не відповідають загальним засадам фіксації кримінального провадження у досудовому розслідуванні, що передбачені чинним КПК України. Відповідно до ч. 1 ст. 103 КПК України процесуальні дії у досудовому розслідуванні можуть фіксуватися: 1) у протоколі; 2) на носії інформації, на якому за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії. Враховуючи те, що опитування захисником є процесуальною дією у кримінальному провадженні (ч. 8 ст. 95 КПК України), а протоколи процесуальних дій є доказами у кримінальному провадженні (п. 3 ч. 2 ст. 99 КПК України), то, на нашу думку, з метою забезпечення ефективних механізмів реалізації кримінальних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування під час опитування учасників кримінального провадження та інших осіб у досудовому розслідуванні, хід і результати опитування захисником учасників кримінального провадження та інших осіб повинні відображатися у «Протоколі опитування», що має відповідати загальним вимогам, передбаченим ст.ст. 104–107 КПК України.

У протоколі опитування, крім вимог, визначених ст.ст. 104–107 КПК України, обов'язково необхідно зазначити відомості про: надання особою добровільної згоди захиснику щодо проведення опитування; відсутність фактів примусу, обману, погроз чи іншого негативного впливу для отримання пояснень з боку захисника; роз'яснення опитуваній особі положень КПК України та ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з якими захисник має право проводити опитування; роз'яснення опитуваній особі, що надані нею пояснення можуть бути використані як докази у кримінальному провадженні, для підтвердження яких вона може бути викликана як сві-

док для проведення допиту. У протоколі відповідні відомості повинні бути підтверджені підписом опитуваної особи та захисником.

Захисник має надати опитуваній особі протокол для ознайомлення з ним. Факт правильності внесення отриманих пояснень захисником повинен бути підтверджений підписом опитуваної особи.

Варто зазначити, що згідно з п. 8 ч. 1 ст. 20 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат має право застосовувати технічні засоби, фіксувати процесуальні дії, в яких він бере участь. Водночас КПК України не містить положень, які б забезпечували захиснику право застосовувати під час проведення опитування технічні засоби. На нашу думку, з метою забезпечення можливості слідчому, прокурору, слідчому судді, суду перевірити достовірність і допустимість отриманих захисником пояснень, а також забезпечення належних механізмів реалізації кримінальних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні, хід і результати опитування захисником обов'язково повинні фіксуватися за допомогою технічних засобів, про що робиться відмітка у протоколі. У зв'язку з цим, захисник має до початку проведення опитування попередити опитувану особу про обов'язковість фіксації цієї процесуальної дії за допомогою технічних засобів.

Виходячи з вищенаведеного, можемо зробити висновок, що опитування захисником особи складається з трьох етапів: 1) підготовка захисником до проведення опитування; 2) процес опитування захисником особи; 3) фіксація захисником ходу і результатів опитування у протоколі.

Слід звернути увагу на те, що в науковій літературі поширеною серед учених є думка, що протокол опитування не є доказом у кримінальному провадженні, а є лише підставою для допиту опитуваної особи як свідка. Так, М. В. Антропов вважає, що протокол опитування, підписаний громадянином і захисником, по-

винен бути прикладений до клопотання захисника про виклик свідка для допиту в стадії попереднього розслідування або в суді (на розсуд сторони захисту). Опитування осіб з їх згоди не створює самостійних доказів. Він є лише підставою для клопотання про виклик даного свідка для допиту слідчим, дізнавачем або безпосередньо судом [34, с. 18].

Будучи прибічником вищезазначеного підходу, А. Д. Героев та І. С. Краскова пропонують відповідні допити проводити лише у присутності захисника, який опитував відповідну особу [35, с. 105–106; 17, с. 87].

Водночас, на наш погляд, висловлені точки зору є дискусійними та такими, що не відповідають ні змагальним засадам кримінального провадження, ні гносеологічній та правовій діяльності захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні. Враховуючи те, що ми розглядаємо захисника як суб'єкта доказування, який має право отримувати докази у кримінальному провадженні, у тому числі й шляхом проведення опитування учасників кримінального провадження та інших осіб, заявляти клопотання про проведення допиту опитаних осіб є недоцільним. З такою позицією погодились 76% опитаних адвокатів. Опитувану особу можуть лише викликати як свідка для проведення допиту з метою підтвердження наданих нею захиснику пояснень.

Отже, з метою забезпечення визнання результатів опитування захисником учасників кримінального провадження та інших осіб як допустимих доказів у кримінальному провадженні, а також створення належних механізмів щодо реалізації кримінальних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні, на нашу думку, у гл. 4 КПК України потрібно передбачити статтю такого змісту: «Захисник має право отримувати докази у кримінальному провадженні шляхом проведення опитування учасників кримінального провадження та інших осіб,

за їх згодою, з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження.

Застосування захисником примусу, обману, погроз чи іншого негативного впливу щодо опитуваної особи не допускається.

Місцем проведення опитування захисником може бути робоче місце захисника чи інше житло, в якому він здійснює адвокатську діяльність. Якщо особа відмовляється надавати пояснення в робочому місці захисника чи іншому приміщенні, в якому він здійснює адвокатську діяльність, то в такому випадку захисник повинен узгодити з особою місце проведення опитування.

Проведення захисником опитування у нічний час (з 22 до 6 години) не допускається, за винятком невідкладних випадків, коли опитувана особа не має можливості надати пояснення в інший час.

Захисник перед початком проведення опитування учасників кримінального провадження та інших осіб повинен:

- 1) пред'явити опитуваній особі документи, що підтверджують його повноваження у кримінальному провадженні;
- 2) роз'яснити опитуваній особі мету проведення опитування;
- 3) отримати згоду від опитуваної особи на проведення опитування;
- 4) роз'яснити особі положення цього Кодексу та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з якими захисник має право проводити опитування;
- 5) попередити опитувану особу, що надані нею пояснення можуть бути використані як докази у кримінальному провадженні, для підтвердження яких вона може бути викликана як свідок для проведення допиту;
- 6) попередити опитувану особу про фіксацію ходу і результатів опитування за допомогою технічних засобів.

За результатами проведення захисником опитування учасників кримінального провадження та інших осіб складається «Протокол опитування», що повинен відповідати вимогам, передбаченим ст.ст. 104–107 цього Кодексу. У протоколі має

бути підтверджено підписом опитуваної особи виконання захисником вимог, передбачених ч. 5 цієї статті.

Хід і результати опитування захисником учасників кримінального провадження чи інших осіб обов'язково фіксуються за допомогою технічних засобів».

Окрім того, пропонуємо викласти положення ч. 8 ст. 95 КПК України у такій редакції: «Сторони кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення.

Захисник здійснює опитування учасників кримінального провадження та інших осіб у порядку, передбаченому главою 4 цього Кодексу».

А частину 4 ст. 95 КПК України доповнити абз. 2: «Суд може обґрунтовувати свої висновки лише на поясненнях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у по-

рядку, передбаченому статтею 225 цього Кодексу. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення поясненнями, наданими сторонами кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, або посилатися на них».

Підсумовуючи вищезазначене, можемо зробити висновок, що кримінальними процесуальними гарантіями захисника як суб'єкта доказування під час опитування учасників кримінального провадження та інших осіб у досудовому розслідуванні є: надання пояснень учасників кримінального провадження та інших осіб, отриманих захисником, статусу доказів; нормативне закріплення процесуального порядку опитування захисником учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою; надання захиснику права складати протоколи опитування учасників кримінального провадження та інших осіб.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–10. – Ст. 474.
2. Уголовно-процесуальный кодекс Республики Беларусь от 16 июля 1999 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://etalonline.by/?type=text®num=НК9900295#load_text_none_1.
3. Уголовно-процесуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852.
4. Уголовно-процесуальный кодекс Республики Молдова от 14 марта 2003 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3833.
5. Уголовно-процесуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular/upkrf>.
6. Уголовно-процесуальный кодекс Азербайджанской Республики от 14 июля 2000 г. № 907-ІГ: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.unodc.org/tldb/pdf/Azerbaijan_Code_of_Criminal_Procedure_in_Russian_Full_text.pdf.
7. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05 липня 2012 р. № 5076-VI // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2013. – № 27. – Ст. 282.
8. *Волошина В. К.* Щодо питань реалізації принципу змагальності у доказуванні на стадії досудового розслідування за новим кримінальним процесуальним кодексом України / В. К. Волошина // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 2. – С. 166–171.
9. *Татаров О. Ю.* Участь захисника у кримінальному провадженні: проблеми законодавчого врегулювання / О. Ю. Татаров, С. С. Чернявський // Вісник кримінального судочинства. – 2015. – № 2. – С. 77–84.
10. *Лань О. Ю.* Захисник – суб'єкт доказування у кримінальному провадженні / О. Ю. Лань // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 4 (68). – С. 440–448.
11. *Осьмаков М. А.* Адвокатское расследование в современном уголовном процессе: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / М. А. Осьмаков. – М, 2007. – 25 с.
12. *Камышин В. А.* Защитник как субъект собирания доказательств: желаемое и действительное / В. А. Камышин // Вестник Оренбургского государственного университета. – Оренбург: Оренбургский государственный университет, 2005. – № 3. – Ч. 1. – С. 61–64.

13. *Погорецький М.* Поняття, зміст та структура кримінального процесу: проблеми теорії та практики / М. Погорецький // *Право України*. – 2013. – № 11. – С. 42–54.
14. *Сергєєва Д.* Поняття та види слідчих (розшукових) дій за чинним КПК України / Д. Сергєєва // *Право України*. – 2013. – № 11. – С. 180–188.
15. *Ковальчук С. О.* Здійснення захисту у кримінальних справах на засадах змагальності та диспозитивності: дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / С. О. Ковальчук; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2007. – 221 с.
16. *Еникеев З. Д.* Участие адвоката – защитника в доказывании по делам о преступлениях несовершеннолетних / З. Д. Еникеев, Р. З. Еникеев. – Уфа.: РИО Башгу, 2004. – 252 с.
17. *Краскова И. С.* Защитник как субъект доказывания на досудебных стадиях уголовного процесса: дисс. ... канд. юрид. наук.: спец. 12.00.09 / И. С. Краскова. – М., 2008. – 164 с.
18. *Гармасев Ю. П.* Адвокат у кримінальному судочинстві: в 3-х кн. / Ю. П. Гармасев, Я. П. Зейкан. – Х.: Харків юридичний, 2007. – Кн. 1: Незаконна діяльність адвокатів: Російсько-український аспект. – 816 с.
19. *Царева Н. П.* Документы-доказательства в уголовном судопроизводстве / Н. П. Царева. – М.: Приор-издат, 2003. – 160 с.
20. *Корневский Ю. В.* Адвокатский мониторинг / Ю. В. Корневский // Уроки реформы уголовного правосудия в России (по материалам работы Межведомственной рабочей группы по мониторингу УПК РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введения в действие). Сборник статей и материалов / Под ред.: Е. Б. Мизулина, В. Н. Плигин. – М.: Юристь, 2006. – С. 230–249.
21. *Давлетов А.* Право защитника собирать доказательства / А. Давлетов // *Российская юстиция*. – 2003. – № 7. – С. 50–51.
22. *Дяблов А. В.* Правовое регулирование и доказательственное значение опроса лиц с их согласия защитником / А. В. Дяблов, Ю. Л. Дяблов // *Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки*. – 2014. – Вып. 3, Ч. 2. – С. 140–145.
23. *Резник В. Ю.* Теоретические основы и практика деятельности адвоката на предварительном следствии: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / В. Ю. Резник; Кубанский государственный университет. – Краснодар, 1998. – 18 с.
24. *Ямбаева Д. М.* Участие защитника в собиранні доказательств на стадії предварительного расследования: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. / Д. М. Ямбаева. – Владимир, 2008. – 195 с.
25. *Попов В. С.* Участие адвоката-защитника в процессе доказывания на стадии предварительного расследования и в суде первой инстанции: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / В. С. Попов. – Челябинск, 2005. – 249 с.
26. *Руднев В.* Возможно ли участие нотариуса в уголовном судопроизводстве / В. Руднев, Г. Беньягуев // *Российская юстиция*. – 2002. – № 8. – С. 28–29.
27. *Карякин Е.* Допустимость доказательств, собранных защитником, и осуществление функции защиты в уголовном судопроизводстве / Е. Карякин // *Российская юстиция*. – 2003. – № 6. – С. 55–57.
28. *Шафорост Г. М.* Участие защитника в уголовно-процессуальном доказывании / Г. М. Шафорост // Развитие российского права и права стран АТР в условиях конституционного реформирования: Материалы региональной научно-практической конференции, 29 ноября 2003 г. – Владивосток: Издательство ВГУЭС, 2004. – С. 138–140.
29. *Рагулин А. В.* Профессиональные права адвоката-защитника в Российской Федерации: вопросы теории и практики: дисс. ... доктор. юрид. наук: спец. 12.00.11 / А. В. Рагулин. – М., 2014. – 462 с.
30. *Ясельская В. В.* Деятельность адвоката-защитника по собиранню доказательств на стадії предварительного расследования: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / В. В. Ясельская. – Томск, 1999. – 163 с.
31. *Обрізан Н. М.* Захисник як суб'єкт доказування в кримінальному процесі: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / Н. М. Обрізан; Київський національний ун-т внутрішніх справ. – К., 2008. – 235 с.
32. *Рибалка О. В.* Захисник як суб'єкт доказування в кримінальній справі / О. В. Рибалка // *Адвокат*. – 2011. – № 7 (130). – С. 35–40.
33. *Шахкелдов Ф. Г.* Участие защитника в доказывании на предварительном следствии: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 / Ф. Г. Шахкелдов. – М., 2001. – 202 с.
34. *Антропов М. В.* Процессуально-тактические основы и формы участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / М. В. Антропов. – Воронеж, 2009. – 25 с.
35. *Героев А. Д.* Участие адвоката-защитника в доказывании на предварительном следствии: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / А. Д. Героев. – М., 2004. – 190 с.

Starenkyi O. Criminal procedural guarantees of defender as a subject of proof in the survey of participants in criminal proceedings and other persons in pre-trial investigation.

The paper addresses the issues of the criminal procedural guarantees of defender as a subject of proof in the survey of participants in criminal proceedings and other persons in pre-trial investigation, on the basis of analysis of scientific sources, domestic and foreign criminal procedural law, material practice and the survey of lawyers.

Developed and offered to provide in ch. 4 of Criminal Procedure Code of Ukraine procedural order to obtain evidence by defense counsel of the survey participants and other persons in criminal proceedings.

The author focuses on the fact that the place of the survey by defender may be the defender workplace or other accommodation in which he carries out advocacy. If the person refuses to provide explanations in the workplace defender or another accommodation in which he carries out advocacy, in this case the defender must agree to a person about place of the survey. Conducting surveys by defender at night (from 22 to 6 hours) is not permitted, except in urgent cases where polls person is not able to explain at another time. Author proposes the list of duties, which is endowed defender before survey participants in criminal proceedings and other persons.

It is proved that the results of the survey by defender of participants and other persons in criminal proceedings must be at «Poll protocol», which must meet the requirements set by Articles 104–107 of Criminal Procedure Code of Ukraine. The protocol must be confirmed by the signature of the person being questioned of execution by defender relevant requirements. Progress and results of the survey by defender of participants or other persons in criminal proceedings necessarily recorded by technical means.

Keywords: *defender, poll, proving, evidence, explanation.*

Стаття надійшла до редакції журналу 10 травня 2016 р.