

КОНЦЕПЦІЯ «АСИМЕТРІЯ ДОКАЗУВАННЯ» ЯК СКЛАДНИК ДОКТРИНИ СПРИЯННЯ ЗАХИСТУ

THE CONCEPT OF “ASYMMETRY OF PROOF” AS A COMPONENT OF THE DOCTRINE OF FAVOR DEFENSIONIS

Єременко Є.В., студентка V курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

У статті проаналізовано поняття «сприяння захисту» та «асиметрія доказування», виявлено сутність і ключові ознаки таких понять, встановлено їх співвідношення, а також приділена увага асиметрії доказування як елементу сприяння захисту. Досліджено поняття доктрини сприяння захисту, запропоновані різними дослідниками, визначено спільні та відмінні риси.

Увага приділена асиметрії правил допустимості доказів як складнику «favor defensionis». Автором проаналізовано різні позиції науковців щодо доцільності існування концепції асиметрії доказування в кримінальному провадженні, наведені аргументи щодо можливості існування кожної з позицій.

Автором виокремлено три основні підходи. За першим підходом існування різних правил допустимості доказів доцільне і потрібне для забезпечення процесуальної рівності сторін кримінального провадження. За другим – різний підхід до визнання доказів недопустимими категорично не може використовуватися в кримінальному провадженні, оскільки це порушує принципи змагальності і законності. За третім – існування асиметрії все ж можливе, однак оцінка доказів на предмет допустимості має здійснюватися в комплексі з аналізом інших властивостей доказів.

Автором досліджено законодавчу регламентацію можливості існування асиметрії правил допустимості доказів у кримінальному процесі України та позицію суду касаційної інстанції з цього питання.

Підсумовуючи, автор зауважує, що можливість застосування асиметричних правил допустимості доказів наразі наявна через законодавчу прогалину. Відсутність єдиної думки щодо доцільності існування асиметрії правил допустимості доказів у кримінальному процесі призводить до необхідності подальшого дослідження доцільності існування такої концепції та внесення відповідних змін до норм Кримінального процесуального кодексу України, котрі б установили чіткі критерії існування різних правил щодо визнання доказів недопустимими для сторін провадження.

Ключові слова: асиметрія доказування, сприяння захисту, допустимість доказів.

The article analyzes the concepts of “favor defensionis” and “asymmetry of proof”, identifies the essence and key features of such concepts, establishes their relationship, and focuses on the asymmetry of evidence as an element of assistance to the defense. The article explores the concept of the doctrine of protection assistance, proposed by different researchers, identifies their common and distinctive features.

Attention is paid to the asymmetry of the rules of admissibility of evidence as a component of “favor defensionis”. The author analyzes the different positions of scholars on the feasibility of the concept of asymmetry of evidence in criminal proceedings, presents arguments on the possibility of the existence of each of the positions.

The author identified three main approaches. According to the first, the existence of different rules of admissibility of evidence is expedient and necessary to ensure procedural equality of the parties to criminal proceedings. Secondly, the different approach to declaring evidence inadmissible cannot be used in criminal proceedings, as it violates the principles of adversarial proceedings and legality. Third, the existence of asymmetry is still possible, but the evaluation of evidence for admissibility should be carried out in conjunction with the analysis of other properties of the evidence.

The author examines the legislative regulation of the possibility of the existence of an asymmetry of the rules of admissibility of evidence in the criminal process of Ukraine, and the position of the court of cassation on this issue.

In conclusion, the author notes that the possibility of applying asymmetric rules of admissibility of evidence is currently available due to a legislative gap. At the same time, the lack of consensus on the expediency of the asymmetry of rules of admissibility of evidence in criminal proceedings leads to the need for further study of the feasibility of such a concept, and appropriate amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine, which would establish clear criteria for the parties to the proceedings.

Key words: asymmetry of proof, admissibility of evidence, favor defensionis.

Виклад основного матеріалу. У кримінальному процесі надзвичайно актуальним є питання реалізації засад рівності та змагальності. Зумовлено це тим, що (на відміну від інших видів судочинства) в кримінальному провадженні у складі однієї зі сторін є суб'єкт владних повноважень, що зумовлює відмінності в процесуальних можливостях сторін обвинувачення та захисту.

Для компенсації менших процесуальних можливостей сторони в кримінальне провадження введено інститут сприяння захисту. Доктрина «favor defensionis» виникла в період переходу від інквізиційного до змагального процесу.

Є різні підходи до визначення інституту сприяння захисту, однак у них можна виокремити основні ознаки, на яких акцентують увагу всі дослідники цієї доктрини.

О.В. Малахова визначає інститут сприяння захисту як сукупність норм права, що наділяють сторону захисту винятковими правами та встановлюють обов'язки осіб, які мають владні повноваження, вчиняти процесуальні дії в інтересах сторони захисту з метою врівноваження комп-

лексу прав та можливостей сторін для відстоювання власної позиції перед судом [1, с. 13].

М.Г. Моторигіна визначає favor defensionis як сукупність кримінальних процесуальних норм й інститутів, які наділяють сторону захисту додатковими правами, звільняють від обов'язків чи іншим чином ставлять її в юридично більш вигідне становище (порівняно зі стороною обвинувачення) з метою компенсації процесуальної нерівності сторін при вирішенні питання про винуватість обвинуваченого [2, с. 191–192].

Б.І. Яворський визначає favor defensionis (сприяння захисту) як окремих інститут кримінального процесу, покликаний компенсувати відсутність у сторони захисту (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, захисника та законного представника) тих прав, якими наділені суб'єкти владних повноважень зі сторони обвинувачення [3].

В.О. Попелюшко під favor defensionis розуміє низку процесуально-правових переваг для сторони захисту, введених із метою не стільки врівноваження, скільки можливого

пом'якшення, заповнення такої нерівноправності сторін обвинувачення і захисту для справедливого змагання [4].

Проаналізувавши різні визначення науковців та визначивши основні ознаки доктрини, можна дійти висновку, що сприяння захисту варто розуміти як сукупність правових норм та принципів, що надають додаткові права стороні захисту або вимагають виконання певних дій на її користь із боку сторони обвинувачення, метою застосування яких є досягнення балансу процесуальних можливостей сторін кримінального процесу та ефективна реалізація засади змагальності.

Існування доктрини сприяння захисту не ставиться під сумнів у сучасному кримінальному процесі. Сприяння захисту знаходить свій вияв у презумпції невинуватості, можливості не свідчити проти себе чи близьких родичів, праві обвинуваченого на останнє слово тощо. Ці переваги для сторони захисту закріплені й нормативно. У кримінальному процесі України є достатньо норм, покликаних реалізувати доктрину «*favor defensionis*».

Наприклад, покладення на сторону обвинувачення нормою частини 2 статті 290 Кримінального процесуального кодексу обов'язку надати доступ стороні захисту до будь-яких матеріалів досудового розслідування, попри те, чи свідчать вони про винуватість / відсутність вини особи [5].

Унесення до процесуального кодексу вищезазначеної норми і зумовлено неможливістю сторони захисту здійснювати збирання доказів нарівні зі стороною обвинувачення.

Одним зі складників доктрини сприяння захисту є концепція асиметрії в процесі доказування. Доктрину сприяння захисту та концепцію асиметрії доказування варто розглядати як ціле і частину. Отже, зміна правил доказування під час оцінювання доказів, котрі подаються стороною захисту, є лише одним з елементів загальної правової доктрини.

Питання щодо доцільності існування «асиметрії доказів» однозначно не вирішене. Ця концепція має як прихильників, так і противників.

М.В. Гузела вважає, що концепція «асиметрії допустимості доказів» є цілком виправданою та обґрунтованою, адже наслідки процесу доказування мають стосуватися тієї сторони, з вини якої вони виникли [6, с. 426].

О.В. Малахова переконана, що «асиметрія правил допустимості доказів» має бути закріплена в кримінальному процесуальному законодавстві України, однак для її належного функціонування необхідно встановити чіткі умови застосування цієї концепції: можливість її використання лише за клопотанням сторони захисту і лише в інтересах сторони захисту; застосування до відомостей, достовірність яких не викликає сумніву; поширення лише на докази, які отримані з належного джерела, і у спосіб, який передбачений кримінальним процесуальним законодавством; можливість використання лише до доказів, що одержані стороною обвинувачення [7, с. 133–134].

На підтримку прихильників введення в український кримінальний процес асиметрії доказування (як складника інституту *favor defensionis*) варто зазначити, що така концепція враховує менші процесуальні можливості сторони захисту і покликана забезпечити функціонування засади змагальності в кримінальному судочинстві. Однак закріплення у КПК асиметрії правил допустимості доказів має відбуватися в комплексі зі встановленням чітких критеріїв допустимості доказів загалом.

М.А. Верещагіна, наводячи контраргументи вищезазначеної позиції щодо можливості застосування концепції асиметрії доказування, зазначає, що недопустимі докази не можна використовувати ні в інтересах захисту, ні в інтересах обвинувачення. До того ж застосування такої концепції ставить підозрюваного в привілейоване становище над потерпілим, перешкоджає реалізації принципу змагальності, підриває віру в справедливе правосуддя [8, с. 23].

Частково можна погодитися з цією думкою, оскільки асиметрія правил допустимості доказів ставить під сумнів дотримання принципу не лише змагальності, а й законності. Так, асиметрія породжує можливість використовувати докази, отримані з порушенням закону, за клопотанням сторони захисту. Отже, наприклад, якщо навіть буде використано фізичний примус для отримання показання свідка, то такі свідчення повинні визнаватися допустимими, якщо належатимуть до категорії виправдувальних.

Деякі дослідники питання впровадження асиметрії правил доказування вважають за можливе використання цієї концепції з урахуванням певних особливостей.

В.В. Вапнярчук зазначає, що процесуальні порушення, які впливають на допустимість доказів, можна умовно поділити на дві групи: процесуальні порушення першого виду, які ставлять під сумнів достовірність доказів, та другого виду, які не впливають на таку властивість доказів, як достовірність [9, с. 278].

Прикладом першої категорії порушень є випадок неправильного пакування вилучених під час обшуку речових доказів, щодо яких буде проводитися експертиза (наприклад, пакетів із речовиною білого кольору). Це ставить під сумнів достовірність подальшого висновку експерта щодо походження такої речовини, хоча висновок експерта і буде виправдувальним доказом.

Прикладом другого є відсутність підпису слідчого на одній зі сторінок протоколу допиту свідка, котрий підтверджує «алібі» підозрюваного. Зрозуміло, що слідчий і проводив цей допит, тому питання щодо достовірності таких показань не виникає.

Цей підхід демонструє те, що розглядати питання допустимості ізольовано від інших властивостей доказів не зовсім доцільно, оскільки будь-який доказ може використовуватися в кримінальному провадженні, якщо він є не лише допустимим, а й достовірним та належним, а їх сукупність є достатньою для ухвалення відповідного рішення.

Варто проаналізувати законодавство України щодо можливості оцінювання допустимості доказів за різними правилами для сторін провадження. Відповідно до ч. 3 ст. 62 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним способом, а також на припущеннях [10].

Вищезазначена норма Конституції щодо неможливості обґрунтування обвинувачення доказами, зібраними незаконним способом, дублюється в ч. 3 ст. 17 Кримінального процесуального кодексу України. Таким чином, ці докази будуть визнаними недопустимими [5]. Аналогічна норма щодо заборони обґрунтування захисту доказами, отриманими з порушенням закону, відсутня.

Наявність виявів асиметрії правил доказування в кримінальному процесі України підтвердив Верховний Суд у Постанові від 29.09.2020 р., справа № 601/1143/16.

У п. 33 вищезазначеної Постанови Суд наголосив, що правила оцінки доказів, особливо вимога дотримуватися передбаченого законом порядку під час отримання доказів, мають за мету запобігання неправомірному втручанням держави та заохочення добросовісної поведінки правоохоронних органів. Вимога визнати докази, отримані з порушеннями, недопустимими спрямована на те, щоб сторона, що допустила порушення, не могла скористатися його результатами.

Отже, оскільки сторона захисту не відповідальна за порушення процесуальних правил, то використання цих правил суперечить меті таких вимог. На думку суддів касаційної інстанції, це підтверджує асиметричність підходу законодавця до правил доведення в кримінальному процесі, оскільки норма не містить такої категоричної заборони щодо доказів, які надаються на спростування обвинувачення і свідчать на користь сторони захисту [11].

Проаналізувавши позиції науковців, нормативну основу та висновки суду касаційної інстанції, можна дійти висновку, що в українському законодавстві є можливість застосування такої

концепції через наявність законодавчої прогалини, оскільки заборони обґрунтування позиції захисту на доказах, отриманих із порушенням закону, не закріплено. Аналізуючи норму Основного Закону та процесуального кодексу, не можна забувати про принцип верховенства права і законність як його складник, тому визнання можливості порушення закону суперечить їм.

Щодо перспектив уведення в кримінальний процес концепції асиметрії правил доказування як складника сприяння захисту, то це можливо у разі внесення відповідних змін до Кримінального процесуального кодексу, зокрема до ч. 3 ст. 17, котрі б установили чіткі критерії цього елементу інституту *favor defensionis*.

ЛІТЕРАТУРА

1. Малахова О.В. Реалізація інституту сприяння захисту у кримінально-процесуальному доказуванні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.09. Одеса, 2015. 20 с.
2. Моторигіна М.Г. Сторона захисту в судовому провадженні у першій інстанції : монографія. Харків : Оберіг, 2018. 306 с.
3. Яворський Б.І. Сприяння захисту як необхідна умова забезпечення функціонування засади змагальності у кримінальному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.09 / Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. Львів, 2010. 253 с.
4. Попелюшко В.О. *Favor defensionis*. *Актуальні питання реформування правової системи України* : матеріали VIII Міжнар. наук.-практ. конф., м. Луцьк, 17-19 черв. 2011 р. Луцьк, 2011. С. 307–309.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. С. 88
6. Гузела М. Проблема визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2015. Вип. 61. С. 423–434
7. Малахова О.В. Реалізація інституту сприяння захисту у кримінально- процесуальному доказуванні : дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.09. Одеса, 2016. 213 с.
8. Верещагіна М.А. Асиметрія правил о допустимости доказательств. *Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право»*. 2007. № 28 (100): Вып. 12. С. 22–24
9. Валнярчук В.В. Теорія і практика кримінального процесуального доказування : монографія. Харків : Юрайт, 2017. 408 с.
10. Конституція України : офіц. текст. Київ : КМ, 2013. 96 с.
11. Постанова Касаційного кримінального суду від 29.09.2020 у справі № 601/1143/16 (провадження № 51-2996 км 19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92335214> (дата звернення: 15.11.2021).