***Тема 6 Стратегія і тактика дій захисту за результатом завершення досудового розслідування.***

План

1. Тактика дій захисника під час ознайомлення адвокатом з матеріалами досудового розслідування після його завершення. Проблематика оцінки категорії «достатнього часу» для ознайомлення з матеріалами кримінального провадження з боку сторони захисту та з боку сторони обвинувачення.
2. Підстави та порядок встановлення строку для ознайомлення з матеріалами справи стороні кримінального провадження.
3. Стратегія і тактика дій захисника у випадку не відкриття матеріалів кримінального провадження стороні кримінального провадження.
4. Стратегія і тактика дій захисника направленої на відкриття доказів стороні обвинувачення, зібраних стороною захисту.
5. Стратегія і тактика дій сторони захисту за результатом аналізу та оцінки доказів, зібраних стороною обвинувачення.

**Питання № 1. Тактика дій захисника під час ознайомлення адвокатом з матеріалами досудового розслідування після його завершення. Проблематика оцінки категорії «достатнього часу» для ознайомлення з матеріалами кримінального провадження з боку сторони захисту та з боку сторони обвинувачення.**

Відповідно до ч. 1 ст. 290 КПК, визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акта, прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний повідомити підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачаються застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування.

Прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості чи меншого ступеня винуватості обвинуваченого або сприяти пом’якшенню покарання.

Покладаючи на прокурора або слідчого обов'язок про надання доступу до матеріалів досудового розслідування, КПК чітко не вказує, яким має бути зміст такого повідомлення.

Найкраще, якщо в такому повідомленні буде перелік матеріалів, до яких наддається доступ, із зазначенням найменування таких матеріалів. Тобто потрібно вказувати не тільки кількість сторінок і томів відкритих для ознайомлення матеріалів, а й речові докази (ч. 2, 3 ст. 290 КПК), із зазначенням найменування цих матеріалів. Саме таку вимогу повинен поставити перед слідчим і прокурором адвокат. У цьому випадку сторона захисту буде мати чіткий документ про те, які матеріали були надані в порядку ст. 290 КПК.

Про вчинення такої процесуальної дії, як ознайомлення з матеріалами досудового слідства, повинен би складатися протокол про надання доступу до матеріалів справи, що логічно випливає з ч. 1 ст. 104 КПК. Саме у протоколі фіксуються хід і результати проведення процесуальної дії. Отже, у протоколі в такому випадку повинен бути вказаний перелік наданих матеріалів справи, із зазначенням їх найменування, а не кількість томів, наданих для ознайомлення.

Як відомо, ці томи в подальшому розшиваються і суду надаються не всі матеріали, які надавались для ознайомлення. Вважаємо, що «хибною є практика, коли відкриті стороні захисту матеріали кримінального провадження потім розшиваються і надаються суду лише частково» .

Важливим є й застереження у ч. 1 ст. 290 КПК про те, що прокурор здійснює певну процедуру визнання доказів достатніми для складання обвинувального акта. На цю важливу обставину необхідно звернути увагу. Адже ч. 2 ст. 9 КПК зобов'язує слідчого, прокурора дослідити обставини кримінального провадження та надати їм належну правову оцінку. Для того, щоб дати обставинам належну правову оцінку відповідно до вимог ст. 91 КПК, необхідно зібрати, перевірити та оцінити одержані докази (ст. 92 КПК).

Відповідно до ч. 1 ст. 94 КПК слідчий, прокурор за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ із погляду належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів — з погляду достатності та взаємозв’язку для прийняття відповідного процесуального рішення» .

Відповідно до вимог ч. 1, 3 ст. 110 КПК рішення слідчого, прокурора приймаються у формі постанови. Отже, слідчі і прокурори повинні обґрунтовувати свої рішення щодо оцінки доказів у письмовій формі, як це роблять і суди. До цього спонукають і такі засади кримінального процесу, як законність (ї. 2 ч. 1 ст. 7 КПК), публічність (п. 18 ч. 1 ст. 7 КПК), вимоги ч. 6 ст. 9 КПК та інші. Тому оцінка доказів у вигляді письмової постанови має бути передумовою складання обвинувального акта *– вважають науковці та практики*. Захисникам доречно користуватись цією аргументацію та вимагати такий документ при ознайомленні з матеріалами, незалежно від того, чи підтримує таку позицію судова практика.

Отже, факт надання доступу до матеріалів сторона захисту повинна підтверджувати не просто розпискою про ознайомлення з усіма матеріалами досудового розслідування. Згідно з ч. 9 ст. 290 КПК сторона захисту зобов’язана підтвердити факт надання доступу до матеріалів із зазначенням найменування таких матеріалів. Отже, сторона має описати кожен доказ. Це унеможливить зловживання із перенумерацією сторінок провадження, їх заміною та долученням нових доказів після ознайомлення.

З огляду на правила ч. 6 ст. 290 КПК, сторона захисту зобов'язана надати доступ до зібраних доказів за запитом прокурора. Однак захист має право не надавати прокурору доступ до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого.

Захист має право прийняти рішення про надання чи ненадання прокурору доступу до таких матеріалів після закінчення ознайомлення сторони захисту з матеріалами досудового розслідування. Одержавши запит прокурора про надання матеріалів захисту, адвокат повідомляє останнього (як правило, цінним листом, телеграмою або в електронному вигляді) про їх надання, зазначивши місце, де прокурор може з ними ознайомитись. Це може бути і офіс адвоката.

Момент відкриття матеріалів стороною захисту доцільно визначати моментом завершення ознайомлення із матеріалами слідства. У випадку із листом захист лише повідомляє прокурора про можливість ознайомлення із матеріалами. Надалі у суді буде складно підтвердити факт ознайомлення прокурора з матеріалами, якщо він не прибув для ознайомлення у визначені місце та час. Прокурор повинен надати розписку або перелік матеріалів, з якими його ознайомлено, із зазначенням про найменування цих матеріалів. Якщо ви порушите порядок відкриття матеріалів стороні обвинувачення, суд не зможе допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Порядок відкриття матеріалів іншій стороні під час судового розгляду належним чином не врегульований. Є тільки норма із розділу «Досудове розслідування» — ч. 11 ст. 290 КПК: «Сторони кримінального провадження зобов'язані здійснювати відкриття одне одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду».

Прокурора і потерпілого можна ознайомити безпосередньо перед початком судового засідання, надати копії матеріалів, а під час судового засідання заявити клопотання про долучення матеріалів із посиланням на ч. 11 ст. 290 КПК.

Захисник може заявити клопотання про долучення нових матеріалів до кримінальної справи. Після цього на підставі ч. 11 ст. 290 КПК можна надати іншій стороні — прокурору та потерпілому — матеріали для огляду та долучити їх до кримінальної справи.

Під час судового розгляду захисник може зробити заяву про відкриття матеріалів прокурору та потерпілому і надати їм матеріали для огляду. Після огляду такі матеріали долучаються до кримінальної справи.

Верховний Суд України у постанові від 16.03.17 р. у справі № 671/463/15-к висловив таку правову позицію: ч. 12 ст. 290 КПК фактично передбачає кримінальну процесуальну санкцію стосовно сторін кримінального провадження, в разі невиконання сторонами обов’язку щодо відкриття матеріалів. Санкція полягає в тому, що в майбутньому суд не має права допустити відомості як докази в не- відкритих матеріалах. Так, не відкриття сторонами кримінального провадження одна одній матеріалів суттєво зменшує їх доказову базу, що, у свою чергу, може негативно вплинути на законність та обґрунтованість прийнятого судом рішення.

Не відкриття матеріалів сторонами одна одній у порядку ст. 290 КПК після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, підставою для визнання судом відомостей, що містяться в них, недопустимими як докази.

Враховуючи наведену правову позицію ВСУ, можна її відстоювати в суді, якщо вона йде на користь захисту. Отже, матеріали, які існували під час досудового розслідування, але не відкривались іншій стороні, позбавлені доказового значення під час судового розгляду . Якщо ж матеріали об’єктивно отримані або з'явились вже під час судового розгляду, то вони матимуть доказове значення у випадку виконання вимог ї. 11 ст. 290 КПК про відкриття таких матеріалів іншій стороні.

У всякому разі діє правило — матеріали справи обов’язково потрібно відкривати іншій стороні, інакше вони не матимуть доказового значення.

Матеріали захисту (докази, клопотання, заяви, відповіді на них тощо) доцільно додавати до письмового пояснення на обвинувальний акт (ст. 20 КПК) залежно від тактики захисту. У певних випадках надаються письмові пояснення, і до них може бути доданий реєстр процесуальних дій захисту протягом досудового слідства або ж надаються докази, клопотання, заяви, запити, вимоги, які подавав захист, та відповіді на них. Так, за аналогією з обвинувальним актом, може бути сформований пакет документів захисту, який можна надати суду.

**Проблематика оцінки категорії «достатнього часу» для ознайомлення з матеріалами кримінального провадження з боку сторони захисту та з боку сторони обвинувачення.**

В ст.290 КПК України визначається процесуальний порядок відкриття матеріалів іншій стороні. Щодо часу, який надається сторонам для ознайомлення з матеріалами кримінального провадження, то в ч. 10 вказаної норми визначено: «Сторонам кримінального провадження, потерпілому, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, надається достатній час для ознайомлення з матеріалами, до яких їм надано доступ.

У разі зволікання при ознайомленні з матеріалами, до яких надано доступ, слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження з урахуванням обсягу, складності матеріалів та умов доступу до них зобов’язаний встановити строк для ознайомлення з матеріалами, після спливу якого сторона кримінального провадження або потерпілий, представник юридичної особи щодо якої здійснюється провадження, вважаються таки ми, що реалізували своє право на доступ до матеріалів»

Тобто, КПК України не визначає конкретного часового проміжку про тягом якого сторони кримінального провадження можуть знайомитися з матеріалами кримінального провадження, до яких надано доступ. Закон зазначає, що сторонам надається «достатній час для ознайомлення», але, кримінальний процес – це сфера правовідносин, де стикаються конфлікти інтересів сторони захисту й обвинувачення, а тому і погляди на достатність часу у представників протилежних сторін кримінального процесу різняться.

Зокрема, підозрювані, обвинувачені та їх захисники, як правило, вважають, що відсутність чіткої законодавчої регламентації строків ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ, та використання у законодавстві оціночного терміну «достатність часу» дозволяє стороні обвинувачення та судам при визначенні строку надавати занадто мало часу. Адвокати ж, як правило, наголошують на тому, що для ефективного ознайомлення з матеріалами кримінального провадження недостатньо механічного їх прочитання, адже потрібний детальний аналіз матеріалів кримінального провадження

У зв’язку з цим під час наукових дискусій, які були при розробці проекту КПК України, В.Т. Маляренко пропонував передбачити у законі «певний максимум часу для простої справи і певний максимум – для складної, протягом якого обвинувачений і його захисник можуть знайомитися з матеріалами справи».

Втім, визначити узагальнений строк, якого достатньо для ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ, досить складно. А тому, спроби розробити відповідні методики визначення «достатнього» (розумного)строку для ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ, поки що є безуспішними та не знайшли свого закріплення в законодавстві чи підтвердження на практиці.

Як відмічає з цього приводу В.Г. Семенов, причиною тому служать занадто суб’єктивні і ситуативні обставини кожного кримінального провадження. Зміст і обсяг матеріалів настільки специфічні, що практично неможливо «усереднити» їх, так само як і виділити «середнього обвинуваченого», що має «середню юридичну підготовку», тобто досвід і знання основ кримінального процесуального права, криміналістики та інших наук, передусім теорії доказів, методики і тактики встановлення обставин, що підлягають доказуванню, та інших компонентів

Найчастіше національні суди встановлюють п’ятиденний строк ознайомлення з матеріалами кримінального провадження.

Оскільки у рішенні Конституційного Суду України Рішення Конституційного Суду України № 1-рп/2012 від 18.01.2012 р. (справа про ознайомлення обвинуваченого і захисника з матеріалами кримінальної справи) з посиланням на рішення Європейського суду з прав людини, вказано, що у рішенні від 18 лютого 2010 року у справі «Гаважук проти України» Європейський суд визнав, що можливість обвинуваченого ознайомитися з матеріалами справи протягом п’яти днів є достатнім часом у цій справі в розумінні підпункту «b» п. 3 ст. 6 Конвенції [10].

**Висновки.** Визначення достатнього часу для ознайомлення з матеріалами кримінального провадження має здійснюватися в кожному конкретному випадку індивідуально з врахуванням таких критеріїв: обсягу матеріалів, складності матеріалів та умов доступу до них. Обсяг матеріалів визначається з врахуванням кількісних характеристик аркушів, речових доказів, додатків до протоколів. Складність матеріалів визначається з врахуванням кількості підозрюваних та епізодів кримінальних правопорушень, а також складністю сприйняття та розуміння їх змісту для конкретної особи. Умови доступу до матеріалів визначаються з врахуванням того, чи тримається підозрюваний під вартою, чи виготовлялися копії або відображення та наявності матеріалів, які містять відомості, що становлять державну таємницю. Під час прийняття рішення про встановлення строків ознайомлення з матеріалами досудового розслідування слідчий суддя має враховувати всі ці критерії в комплексі та визначити час, який дійсно буде достатнім для ознайомлення сторонами кримінального провадження з матеріалами, до яких надано доступ.

**Питання № 2. Підстави та порядок встановлення строку для ознайомлення з матеріалами справи стороні кримінального провадження.**

Сторонам кримінального провадження, потерпілому, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, надається достатній час для ознайомлення з матеріалами, до яких їм надано доступ.

У разі зволікання при ознайомленні з матеріалами, до яких надано доступ, слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження з урахуванням обсягу, складності матеріалів та умов доступу до них зобов’язаний встановити строк для ознайомлення з матеріалами, після спливу якого сторона кримінального провадження або потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, вважаються такими, що реалізували своє право на доступ до матеріалів.

Клопотання розглядається слідчим суддею місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування, а в кримінальних провадженнях щодо злочинів, віднесених до підсудності Вищого антикорупційного суду, - слідчим суддею Вищого антикорупційного суду, не пізніше п’яти днів з дня його надходження до суду з повідомленням сторін кримінального провадження.

Неприбуття у судове засідання осіб, які були належним чином повідомлені про місце та час проведення судового засідання, не перешкоджає розглядові клопотання. (ст. 290 КПК).

**Питання № 3. Стратегія і тактика дій захисника у випадку не відкриття матеріалів кримінального провадження стороні кримінального провадження.**

Відповідно до ч. 12 ст. 290 КПК України, Якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Отже у разі не відкриття матеріалів досудового розслідування захисникові необхідно вжити всіх можливих заходів, щодо фіксування даних обставин в тому числі переліку доказів, що не були відкриті (якщо частина була відкрита а інші ні). Зокрема за можливості внесення відповідних записів до протоколу «відкриття матеріалів кримінального провадження» направлення клопотання на адресу прокурора (слідчого) з вимогою відкрити матеріали, а вразі відмови подання відповідних скарг до керівництва прокуратури (органу досудового розслідування). **+ див. питання № 1.**

Відтак, у зв’язку із належним фіксуванням невідкриття матеріалів досудового розслідування, невідкриті докази будуть визнані судом недопустимими. *(Примітка. Порядок та підстави визнання доказів недопустими наводилося в попередніх темах).*

**Питання № 4. Стратегія і тактика дій захисника направленої на відкриття доказів стороні обвинувачення, зібраних стороною захисту. – див. питання № 1.**

**Питання № 5. Стратегія і тактика дій сторони захисту за результатом аналізу та оцінки доказів, зібраних стороною обвинувачення.**

За результатом аналізу та оцінки доказів, зібраних стороною обвинувачення може визначатися (активною чи пасивною) тактикою захисту. Зокрема активна модель полягає в продовженні збиранні доказів на доведеність невинуватості у вчиненні злочину або збирання доказів з метою їх надання з метою постановки перед судом питання неналежності та недопустимості доказів зібраних стороною обвинувачення. «Активна» та «пасивна» модель тактики захисту була розкрита в попередніх темах.