**ЛЕКЦІЇ З ДИСЦИПЛІНИ**

**«Теорія доказів в кримінальному провадженні»**

**Лекція № 1 Загальні положення теорії доказів та доказового права**

Теорія - система узагальнюючих ідей, концепцій, поглядів, дефініцій, положень, тверджень, спрямованих на тлумачення певних фактів, явищ чи процесів. В основі теорії доказів лежить загальна теорія інформації та теорія пізнання.

Під інформацією зазвичай розуміють відомості про події та явища, документовані або публічно оголошені відомості про людину, події та явища, що мали або мають місце у суспільстві, державі та навколишньому середовищі. Поняття «інформація» використовується як еквівалент таких понять, як «дані», «відомості», інколи і як «фактичні дані», але прикметник «фактичний» означає, що відповідна інформація правильно відображає дійсний стан чого-небудь, відповідає реальним фактам. Інформація виступає рушійною силою будь-якого пізнання взагалі і доказування як його різновиду, стає стартовим «квантом-аргументом» для застосування доречного у певних умовах арсеналу пізнавальних методів здобуття узагальненого знання.

Пізнання, - зазначає В. Г. Гончаренко, - являє собою, перш за все, сприйняття об’єктивного світу за допомогою органів чуттів. Проте воно не може обмежуватися лише відчуттєвим сприйняттям. Відчуття - перша ланка пізнання. Сформульована в філософії знаменита гносеологічна тріада вказує, що дійсний шлях пізнання пролягає від живого споглядання до абстрактного мислення, а від нього – до практики. ...пізнання являє собою діяльність, метою якої є одержання істинного знання про будь-який об’єкт, незалежно від рівня завдань, які стоять перед тим, хто пізнає, та від ступеня загальності одержаних в результаті пізнання знань .

Пізнання – це процес добування, осмислення та використання інформації, за допомогою якої і формується знання про об’єкт, який пізнається. Пізнання - є вищою формою відображення дійсності та є такого роду функціонування свідомості, що звернено до зовнішнього для людини, яка пізнає, об’єкта та має за мету одержання нових знань (нової інформації).

Пізнання у кримінальній справі являє собою різновид соціального пізнання, особливості якого визначаються завданнями і предметом конкретної діяльності, вимогами, що пред’являє суспільство до його кінцевого результату, а також засобами пізнання, притаманними тільки цьому виду соціальної діяльності.

М.М. Михеєнко підкреслював, що «коли ми говоримо про гносеологічну сутність кримінально-процесуального доказування як особливого виду пізнання дійсності, ми мусимо ставити знак рівняння, ідентичності між доказуванням і пізнанням».

В. Г. Гончаренко акцентує увагу на тому, що пізнання в сфері кримінального судочинства являє собою процес досягнення знання про стани, прояви, обставини й причинно-наслідкові зв’язки конкретної події минулого, яка викликала необхідність правового регулювання, уповноваженими законом та іншими особами за допомогою будь-яких непротиправних засобів і методів без обмеження в часі. Результати судового пізнання у вигляді одержаних знань (інформації) можуть бути орієнтиром у процесуальному доказуванні, а певна їх частина, одержана під час судового розслідування і судового розгляду з дотриманням встановлених законом процедур, може стати змістовним наповненням джерел процесуальних доказів.

Безумовно, доказування в кримінальному провадженні має певні особливості, які полягають в тому, що суб’єкти пізнання доказування мають не тільки отримати певні знання, а й забезпечити їм публічний характер, надати їм такі якості, які дозволяють іншим впевнитись в достовірності отриманих знань. Як стверджують філософи - «перетворити істину для себе» в «істину для всіх». Для цього мають бути не тільки отримана достовірна інформація, яка до того ж буде закріплена на надійних носіях, придатних для переносу в просторі та часі, а й зафіксований весь процес її здобуття, який в подальшому може надати можливість іншим перевірити весь процес і його результати.

Отже, на слушну думку Ю. М. Грошевого, специфіка пізнавальної діяльності в кримінальному процесі, що відбувається у формі судового доказування, виявляється в тому, що вона має дві сторони: пізнавальну та посвідчуючу. Остання означає, що фактичні дані (свідчення про факти), пізнані уповноваженими особами у ході розслідування справи, повинні бути зафіксовані у такій передбаченій законом процесуальній формі, яка гарантує їх достовірність, а також дає змогу будь-якому суб’єкту кримінально-процесуальної діяльності користуватися ними незалежно від часу і місця їх формування.

Якщо із гносеологічної та юридичної точки зору доказову діяльність можна представити як пізнавальний процес, що здійснюється у визначеній в законі процесуальній формі і супроводжується фіксацією (протоколюванням та технічним документуванням) самого такого процесу, що вимагає додаткової логістики, то не можна не підкреслити і такої обставини: на відміну від пізнання в інших галузях практичної діяльності, пізнавальна робота слідчого здійснюється відносно події минулого, про обставини якої може бути недостатньо збережених джерел інформації; таке пізнання потребує максимально можливої швидкості, оскільки з плином часу залишені сліди можуть втрачати свою інформативність; таке пізнання має носити невідкладний і комплексний характер та здійснюється в умовах реального браку часу та ще й в обмежувані законом строки; таке пізнання відбувається нерідко в умовах фактичної протидії з боку зацікавлених осіб. Це потребує застосування виваженої і ефективної технології такого дослідження.

Як і будь-якій науковій теорії, теорії доказів кримінального процесу мають бути притаманні простота, доступність, ефективність та внутрішня цілісність і відносна самостійність, які відзначаються більшою мірою публічністю самого кримінального процесу, особливостями його принципів, методів та процесуальної форми.

Теорія доказів сьогодення традиційно залишається частиною науки кримінального процесу, присвяченої доленосним питанням кримінального судочинства - що є істина і як вона досягається, розглядає найбільш складні проблеми теорії і практики кримінального судочинства, які були і залишаються в центрі уваги як процесуалістів, так і інших фахівців правничої науки.

Практично щороку в Україні захищаються одна, а то й декілька дисертаційних робіт, безпосередньо присвячених проблемам доказового права та доказування, які вносять необхідний в умовах судово-правової реформи певний вклад у розвиток теорії доказів.

З прийняттям нового КПК України дослідження проблем доказування набирають обертів. Тільки в 2013 році з проблем кримінально-процесуальної науки; криміналістики; судової експертизи та оперативно-розшукової діяльності (спеціальність 12.00.09) затверджено 282 теми дисертаційних робіт, 80% яких фактично так чи інакше пов’язані з проблематикою доказування.

За короткий проміжок часу з моменту введення в дію нового Кримінального процесуального кодексу України окремі аспекти актуальних проблем доказування уже отримали певний і монографічний аналіз в сучасних юридичних виданнях.

Практичні аспекти доказування знаходять розкриття в сучасних науково-практичних коментарях до КПК України та інших посібниках. У наукових статтях аналізуються сучасні проблеми доказового права.

Проблеми теорії доказів займають провідне місце в новітніх підручниках з кримінального процесу.

Отримавши певне свіже дихання, сучасна теорія доказів на досить високому рівні узагальнення визначає мету і завдання доказування, вимоги до суб’єктів доказування, зміст, засоби та процесуальну форму доказування, формулює головні дефініції і принципи процесу доказування, а отже, визначає модель і саму технологію доказування у сучасному кримінальному судочинстві.

Об’єктом теорії доказів виступає сукупність юридичних явищ: доказове право (модель діяльності); заснована на нормах права практична доказова діяльність (суто сам процес доказування); кримінально-процесуальні правовідносини учасників процесу доказування у кримінальному провадженні.

Крім того, до об’єкта теорії доказів можуть бути віднесені питання історії доказового права та його особливості в різних країнах.

Предметом теорії доказів є закономірності доказового права та сучасна технологія доказової діяльності сторін кримінального провадження.

Як вказує М. М. Михеєнко: «У кінцевому підсумку в кримінальному процесі ... все зводиться до доказування й доказів, бо вони є основним змістом кримінального процесу».

Фактично предметом теорії доказів є багатопланові закономірності доказової діяльності у сфері кримінального провадження, які пов’язані з абстрактною реконструкцією обставин кримінального правопорушення як події минулого. Такі закономірності є універсальними для будь-яких форм процесу, оскільки є сутнісними проявами теорії пізнання та теорії права, а разом з тим в певних елементах мають суто специфічний, притаманний тільки кримінальному процесу, характер, який проявляється у просторово-часових взаємозв’язках злочинної події та її слідів, особливостях статусу учасників процесу доказування, застосуванням спеціальних принципів притаманних кримінальному процесу (публічності, презумпції невинуватості), використанням спеціальних процедур здобуття доказів (негласні слідчі (розшукові) дії (обшук, аудіо, відеоконтроль особи чи місця тощо).

Теорія доказів кримінального процесу має справу з складними явищами відображення злочину як події минулого в матеріальному середовищі та в пам’яті людей, а на цій основі вивчає і особливості провадження слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій.

У кримінально-процесуальній теорії норми кримінально-процесуального права, що регламентують цілі, порядок, засоби, способи, межі та зміст діяльності по доказуванню обставин, достовірне встановлення яких необхідне для правильного вирішення справи, іменуються доказовим правом. Наука, що вивчає принципи доказування та механізми їх реалізації, сукупність і структуру доказування та доказів, розробляє рекомендації з формування доказів і використання їх у кримінальному судочинстві, іменується теорією доказів.

Основною метою теорії доказів є отримання та поглиблення знань щодо удосконалення доказового права та процесу доказування.

Теорія доказів узагальнює систему знань та розкриває:

• поняття та зміст поняття і зміст істини та предмета доказування у кримінальному провадженні;

• закономірності детермінації події кримінальних правопорушень в об’єктивній дійсності та формування слідів злочину і іншої доказової інформації;

• поняття та види доказів;

• закономірності формування і зберігання доказів;

• сутність вимог належності до справи, допустимості та достовірності доказів;

• особливості речових доказів, документів, показань, висновків експерта та інших доказів;

• особливості процесу доказування;

• принципи доказового права;

• зміст, форми та порядок збирання, дослідження, перевірки, оцінки та використання доказів;

• мета та засоби забезпечення документування доказової діяльності;

• використання в доказуванні оперативно-розшукових заходів та їх результатів;

• гарантії захисту прав і свобод людини та юридичних осіб при здійсненні доказування;

• особливості роботи з доказами при провадженні гласних слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій;

• правові позиції та прецедентну практику Європейського суду з прав людини щодо проблем доказування у кримінальному провадженні;

• особливості практичної діяльності органів розслідування, обвинувача, захисника, суду та інших учасників процесу щодо доказування на різних стадіях кримінального провадження;

• особливості доказування в суді присяжних та інших особливих формах кримінального процесу;

• особливості доказового права зарубіжних країн;

• стан основних проблем та тенденції розвитку теорії доказів та шляхи удосконалення доказового права.

Розкриваючи вказані аспекти кримінального процесу, теорія доказів показує шляхи як удосконалення законодавства, так і самої діяльності слідчих і судових органів, сприяє виваженому застосуванню дієвих засобів доказування та попереджує про можливі юридичні помилки.

Для теорії доказів як наукової дисципліни найбільш виправданою є її побудова за схемою - від загального до особливого. Відповідно в першому її розділі викладаються найбільш загальні знання щодо поняття і видів доказів та процесу доказування, а в другому - особливості збирання, дослідження, оцінки, перевірки та використання доказів при провадженні слідчих (розшукових) дій (власне теорію слідчих дій) та доказування при здійсненні судового слідства.

Теорія доказів, як і будь-яка юридична наука, використовує систему наукових методів як логічних і спеціальних пізнавальних засобів і прийомів, застосовуваних в необхідно доцільному порядку для проведення дослідження. Вони включають загальнонаукові методи дослідження, застосовувані в суспільних науках, спеціальні та спеціально-правові методи.

До загальнонаукових методів дослідження належать: методи емпіричного дослідження (спостереження, порівняння), методи, що використовуються як на емпіричному, так і на теоретичному рівнях дослідження (аналіз, синтез, індукція, дедукція, аналогія, моделювання), методи, що використовуються на теоретичному рівні дослідження (ідеалізація, системно-структурний аналіз тощо). До спеціальних методів відносять методи, засновані на застосуванні методів певних наук (соціології, статистики тощо). До таких методів можна віднести конкретно-соціологічний, історичний метод, а також спеціально-правові методи: формально-логічний метод, порівняльно-правовий тощо.

Як і в будь-якому науковому дослідженні, в теорії доказів з необхідністю виникає потреба в емпіричних знаннях - пізнанні окремих емпіричних фактів і їх взаємозв’язків. Об’єкт, якому притаманна безмежна множина властивостей і відносин - зовнішніх проявів своєї суті, відображається в багатьох фактах, які, будучи виявлені, входять в емпіричний базис науки. У гносеологічному плані факти являють собою обґрунтоване знання, яке отримане шляхом опису окремих фрагментів дійсності у визначеному просторово-часовому інтервалі.

Факти, які входять в емпіричний базис науки, поділяються на дві групи - нормативні матеріали (зміст правових норм, стан правотворчої діяльності) та практика застосування правових норм. Емпіричне знання слугує першоосновою системи наукового дослідження для переходу до теоретичного знання - пізнання глибинних якостей і закономірностей правничої діяльності, теоретичних законів найвищої форми узагальнення.

Підсумок доказування - висновки у справі, які являють собою результат синтезу чуттєво-практичної та розумової діяльності суб’єктів доказування. «Знання, - зазначав П.В. Копнін, - є органічною єдністю чуттєвого та раціонального, воно неможливе без одного з них. Відчуття та сприйняття стають знанням тільки тоді, коли набирають форму судження, яке є елементарним осередком знання».

Основою теорії доказів є доказове право.

Доказове право включає норми, які визначають: а) мету і предмет доказування; б) поняття та види доказів, в) вимоги допустимості доказів; г) принципи доказового права; д) зміст та складові процесу доказування; є) засоби доказування, систему слідчих та інших пізнавально-доказових дій.

У 2012 році судово-правова система нашої держави увійшла в правовий простір нового КПК України (Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI, набрання чинності 19.11.2012), застосування якого може суттєво змінити ситуацію з правосудцям в Україні - виправдати чи, навпаки – сподівання на позитивні зрушення в цій сфері.

Структуризація доказового права реалізувалась за новим КПК України в таку нову, викладену в главі 5 «Докази і доказування» систему:

§ 1. Поняття доказів, належність та допустимість при визнанні відомостей доказами: Стаття 84 «Докази», Стаття 85 «Належність доказів», Стаття 86 «Допустимість доказу», Стаття 87 «Недопустимість доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини», Стаття 88 «Недопустимість доказів та відомостей, які стосуються особи підозрюваного, обвинуваченого», Стаття 89 «Визнання доказів недопустимими», Стаття 90 «Значення рішень інших судів у питаннях допустимості доказів»;

§2. Доказування: Стаття 91 «Обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні», Стаття 92 «Обов’язок доказування», Стаття 93 «Збирання доказів», Стаття 94 «Оцінка доказів»;

§3. Показання: Стаття 95 «Показання», Стаття 96 «З’ясування достовірності показань свідка», Стаття 97 «Показання з чужих слів»;

§ 4. Речові докази і документи: Стаття 98 «Речові докази», Стаття 99 «Документи», Стаття 100 «Зберігання речових доказів і документів та вирішення питання про них»;

§ 5. Висновок експерта: Стаття 101 «Висновок експерта», Стаття 102 «Зміст висновку експерта».

Доказове право логічно доповнюють положення Глави 20 «Слідчі (розшукові) дії», § 2. Глави 28 «Межі судового розгляду», положення норми «Визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню, та порядку їх дослідження» (ст. 399), а також норми, які регламентують процедуру судового слідства (ст. 351-363).

Безумовно, що доказове право не вичерпується лише названими нормами. До його системи в певній мірі можна відносити положення окремих визначених в КПК України принципів кримінального процесу, наприклад: «Верховенство права» (ст. 8), «Презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини» (ст. 17), «Невтручання у приватне життя» (ст. 15), «Змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості» (ст. 22), «Безпосередність дослідження показань, речей і документів» (ст. 23) та інші засади; норми, які визначають статус суб’єктів та інших учасників процесу доказування, наприклад, «слідчий органу досудового розслідування» (ст. 40), яка закріплює такі важливі для процесу доказування положення: «слідчий уповноважений: проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії у випадках, встановлених цим Кодексом, доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам, призначати ревізії та перевірки у порядку, визначеному законом, звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій», «Обов’язки захисника» (ст. 47), «Свідок» (ст. 65), «Експерт» (ст. 69), «Спеціаліст» (ст. 71) тощо.

До системи доказового права входять позитивні новели законодавства, викладені у нормах, які говорять самі за себе своєю назвою: «Проведення допиту, впізнання у режимі відеоконференції під час до-судового розслідування» (ст. 232) та «Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження» (ст. 336).

Доказове право доповнюють окремі загальні положення та норми, спрямовані на забезпечення доказування чи сприяння його ефективності: глава 5 «Фіксування кримінального провадження. Процесуальні рішення»; Глава 15 «Тимчасовий доступ до речей і документів»; Глава 16 «Тимчасове вилучення майна»; «Відкриття матеріалів іншій стороні» (ст. 290); «Обвинувальний акт і реєстр матеріалів досудового розслідування» (ст. 291); «Матеріали кримінального провадження (кримінальна справа) та право на ознайомлення з ними» (ст. 317); «Проведення експертизи за ухвалою суду» (ст. 332).

Для доказового права небайдужими залишаються норми щодо оцінки та використання доказів (ст. 364 «Судові дебати» ст. 365. «Останнє слово обвинуваченого»), а також положення ст. 367 «Таємниця наради суддів», ст. 391 «Порядок наради і голосування в суді присяжних», ст. 374 «Зміст вироку», норми щодо дослідження, оцінка та використання доказів судами апеляційної та касаційної інстанцій, положення ст. 459 «Підстави для здійснення кримінального провадження за нововиявленими обставинами».

Теорія доказів має приділити увагу дослідженню проблем гарантій правосуддя при застосуванні положень глави 35 КПК України «Кримінальне провадження на підставі угод», особливо такій проблематичній новелі як «Угоди про визнання винуватості».

Об’єктом аналізу теорії доказів безумовно стають і норми щодо отримання доказів при провадженні слідчих дій в порядку міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, які передбачені в розділі IX КПК України, зокрема положення ст. 549 «Зберігання та передання речових доказів і документів», ст. 550 «Доказова сила офіційних документів», ст. 561 «Процесуальні дії, які можуть бути проведені в порядку надання міжнародної правової допомоги», ст. 567 «Допит за запитом компетентного органу іноземної держави шляхом проведення відео- або телефонної конференції», ст. 568 «Розшук, арешт і конфіскація майна», ст. 569 «Контрольована поставка», ст. 571 «Створення і діяльність спільних слідчих груп», ст. 587 «Проведення екстрадиційної перевірки», ст. 598 «Порядок кримінального провадження, що перейняте від іншої держави» тощо.

Теорія доказів не може обходити увагою і систему гарантій діяльності слідчого2 як взагалі, так і тих, які передбачені в новому, актуальному для Української держави законі, законі України № 1698-V1I від 14 жовтня 2014 року «Про Національне антикорупційне бюро України».

Теоретичному аналізу мають підлягати також концептуальні положення новітніх законопроектів щодо органів досудового розслідування та статусу слідчого, які є на розгляді в комітетах Верховної Ради України.

Безумовно, що доказове право є фундаментом і стержнем усього кримінального процесу. Норми доказового права пронизують усі стадії і інститути кримінального процесу, є, образно кажучи, його хромосомною системою.

З огляду на важливість доказового права в системі кримінально-процесуального права та того факту, що новий КПК України привносить в доказове право принцип змагальності сторін, найбільшої актуальності набирають сьогодні проблеми застосування нового КПК України в аспектах забезпечення встановлення істини та захисту прав і свобод людини, що потребує нового теоретичного осмислення.

До позитивних надбань нового КПК України відноситься проголошення принципу верховенства права, визнання джерелом права прецедентної практики Європейського суду з прав людини, гуманізація інституту запобіжних заходів, зокрема запровадження домашнього арешту та обмеження застосування інституту взяття під варту, надання можливості провадження слідчих дій в режимі С:. відео-, конференцзв’язку, запровадження посади слідчого судді та посилення судового контролю за застосуванням обмежень прав і свобод людини на досудовому слідстві, а також спроба запровадження (хоча і не зовсім вдала) моделі суду присяжних.

Позитивним можна було б вважати відмову від громіздкої стадії порушення справи та інститутів оскарження самої постанови про порушення справи, що за масштабами виникаючих і можливих бюрократичних «ходінь по муках» нерідко заганяло розслідування в глухий кут, аби не деякі деталі, які спаплюжили і цю ідею, а саме, замість заведення в органах прокуратури простого журналу реєстру досудових розслідувань законодавець чомусь. попри значні на це фінансові витрати, замахнувся на введення єдиного електронного реєстру таких розслідувань, яким таємниця слідства надійно не забезпечена в достатній мірі.

Водночас, як у законодавстві, так і в практичній діяльності залишилось, а то й добавилось, багато нерозв'язаних проблем.

1. Положення нового КПК України розхитують навіть фундамент сталої і перевіреної часом теорії доказів і заснованого на ній доказового права. В ст. 84 КПК України стверджується: «процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів», а фактично в цьому судженні уже закладена тавтологія - «джерелами доказів є докази». Законодавець, виходячи з теорії інформації, має чітко визначити, що є джерелом та носієм доказової інформації, що є фактичними даними, в чому зміст і форма доказів.

2. У ст. 95 КПК України закон встановив, що «суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав... Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них».

Концепція, за якої мислиться, що докази з’являються лише в суді, на перший погляд «блищить новизною» і може здатися багатообіцяючою, але стухає «при появі світла її величності»-логіки та стає недієздатною.

Виникають банальні питання: «А чи може суд обґрунтовувати свої рішення речовими доказами, зібраними слідчим, якщо не може користуватись показаннями свідків, отриманих тим же слідчим?»; «Якщо доказами є лише те, що сприймає сам суд, то як бути з матеріалами аудіо-, відеоконтролю, отриманими слідчими або захисниками, або з матеріалами освідування особи, якого повторно зробити неможливо?»; «Якщо доказами є лише те, що сприймає сам суд, то чому закон зобов’язує слідчого і прокурора доказувати перед слідчим суддею наявність підстав для домашнього арешту, взяття під варту чи інших запобіжних заходів?». Врешті-решт, що робити, коли свідок після допиту слідчим так і не дожив до появи перед суддею (помер від серцевого нападу) чи зник невідомо куди. Та і чи є сенс для слідчого за указаної новели напрацьовувати тактику допиту, якщо його результати для суду ніякої доказової сили не мають?

3. Суд, згідно зі ст. 97 КПК України, може визнати доказами показання з чужих слів, що не надає достатніх можливостей для перевірки первинного змісту і джерела наданої інформації. Більш того, законодавець не побажав за потрібне заборонити допитувати в якості свідків психічно хворих людей, які не можуть давати адекватні свідчення. Такі новели лише загострили розуміння вимог допустимості доказів.

4. Встановлюючи в ст. 267 «Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи» правило про те, що «слідчий має право обстежити публічно недоступні місця, житло чи інше володіння особи шляхом таємного проникнення в них, утому числі з використанням технічних засобів», а саме таке проникнення в силу його таємності не передбачає присутності понятих та належного документування доказової діяльності, законодавець робить значний крок в минуле, підміняючи принцип верховенства права та пропорційності принципом доцільності, звужуючи існуючі гарантії доказового права.

5. У новому КПК України поліцейське розслідування втиснули в рамки традиційного для нашого правового поля досудового слідства зі збереженням інституту слідчого. Колишні оперативно-розшукові дії «переодягнені» відтепер в процесуальну форму -«негласні слідчі (розшукові) дії», а відтак віднесені до компетенції слідчого. На слідчих звалили як процесуальну, так і фактично оперативно-розшукову діяльність, урівнявши їх за гарантіями діяльності з колишніми дізнавачами. Оперативні працівники відсторонені від процесуальної діяльності, та й негласні слідчі (розшукові) дії вони можуть проваджувати лише за окремою вказівкою слідчого. Корисна ініціативна діяльність детективів на першопочатковому етапі розслідування, яка часто давала позитив у розкритті злочину, невиправдано обмежена новелами процесуального закону.

6. Новий КПК України запровадив новий інститут - негласні слідчі (розшукові) дії, але так чітко не визначився ні з їх системою, ні з процесуальною формою їх провадження, залишаючи багато питань (коли, за яких умов, що, як, яким чином?), а отже і можливостей для свавілля. Законодавець не завжди витримав вимоги принципу юридичної визначеності.

7. Новий КПК України запровадив інститут угоди про визнання винуватості (ст. 468, 469, 472 КПК України) та спрощеного дослідження доказів у судовому розгляді справи (ст. 349 КПК України), які збільшують ризики судових помилок, не гармонізовані з іншими нормами КПК України та суперечать Конституції України і міжнародним правовим актам.

8. У зв’язку з процесуалізацією багатьох засобів, притаманних раніше оперативно-розшуковій діяльності, виникли дві поважні проблеми: а) конкуренція процесуальних норм негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів; б) юридичної визначеності та оптимальної доцільності процесуальної форми нових негласних слідчих (розшукових) дій.

9. Законодавець відніс провадження негласних слідчих (розшукових) дій до компетенції слідчого, на якого звалилась уся процесуальна діяльність, починаючи з отримання заяви про кримінальне правопорушення - збільшився обсяг слідчої роботи. Але така робота не зовсім забезпечена організаційно і технічно.

10. Реформування статусу слідчого відбулось з певним звуженням принципу його процесуальної самостійності, що може позначитись на об’єктивності розслідування.

11. Визначаючи в ст. 99 КПК України, що «матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”, за умови відповідності вимогам цієї статті, є документами та можуть використовуватися в кримінальному провадженні як докази», законодавець залишив без розв’язання проблему використання в кримінальному провадженні доказів, здобутих в порядку застосування форм безпосереднього виявлення злочину, а також органами адміністративної юрисдикції, на яку уже звертали увагу науковці.

12. Законодавець поклав функцію керівництва слідством на прокурора - збільшився обсяг прокурорської роботи у сфері кримінального провадження. Позбавляючи новим законодавством прокуратуру в цілому функції розслідування, КПК України закріплює новелу, за якої прокурор не тільки наглядає за слідством, а й керує ним. Якщо ж прокурор керує слідством, то виникає проблема ефективності прокурорського нагляду за керуванням розслідування.

13. Наділяючи захисника правами особи, які він захищає, новий КПК України, не узгоджений з новим же Законом «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», в своїх ускладнених для логічного розуміння конструкціях заплутав ідею паралельного адвокатського розслідування та ускладнив реалізацію принципу змагальності сторін.

14. Державного бюро розслідувань досі ще не створено, а слідчі підрозділи прокуратури, які до цього розслідували відповідні посадові злочини, знаходяться в стані перманентної реорганізації, кінцевою метою якої є їх ліквідація. Тимчасове виконання прокурорськими працівниками функції розслідування - далеко не кращий варіант виконання такої функції, ніж її виконання на постійній і добре урегульованій законом основі. Разом з тим, законодавець при розробці законодавства про антикорупційне бюро розслідувань робить спробу зміцнити гарантії незалежності слідчих даного відомства, хоча ймовірніше статус слідчого і гарантії його діяльності мають бути єдиними для слідчих будь-яких відомств та знайти відбиття в довгоочікуваному законі «Про статус слідчого».

Критерій істини - практика підтверджує: за час роботи судових і правоохоронних органів за новим КГЖ України злочинність зросла, ефективність судочинства - знизилась. Очікувати іншого не було і немає підстав без кардинальних змін самого закону.

Це лише вершина айсберга в царині проблем доказового права, більш детальний аналіз яких буде доречно здійснити в наступних структурних підрозділах.

**Лекція № 2 Поняття та класифікація доказів у кримінальному процесі**

Доказами в кримінальному провадженні відповідно до ст. 84 КПК України «є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів».

У законі невдало використано термін «джерела доказів», що призвело до тавтології. Наприклад, до джерел доказів віднесено документи, речові докази, протоколи слідчих і судових дій. Тобто тут стверджується – джерелами доказів є речові докази, а по суті маємо алогізм - джерелами доказів є докази.

Не досить чітке визначення в законі характеру взаємозв’язку фактичних даних та їх носіїв (джерел) призвело до пошуків теоретичного вирішення цієї проблеми, а отже і до спроб сформулювати найбільш конкретне поняття доказів, тим більше, що «будь-яке поняття виступає як мисленнєве відображення речей в їх суттєвих ознаках, властивих цим речам».

У процесуальній теорії деякі автори відносять до доказів тільки факти, інші - факти та фактичні дані, треті - джерела повідомлень про факти та доказові факти, четверті - тільки фактичні дані, які отримані із зазначених в законі джерел.

Деякі автори, наприклад, М. С. Строгович, відстоювали так зване «подвійне» розуміння доказів. На їх думку, докази – це, по-перше, ті факти, на основі яких встановлюється наявність злочину чи його відсутність, винність або невинність особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, та інші обставини справи, від яких залежить ступінь відповідальності конкретної особи. По-друге, доказами є ті, передбачені законом джерела, з яких слідство чи суд отримують відомості стосовно фактів, що мають значення для справи, і яким чином ці факти встановлюються.

Критично оцінюючи ці погляди, інша група вчених слушно зазначає, що подібний дуалізм не є виправданим, бо тлумачення доказів як відомостей про факти (відображена свідомістю людини об’єктивна реальність) виключає їх одночасне розуміння як фактів (сама ця реальність); факт, визнаний доведеним і, можливо, у свою чергу використаний у логічному доказуванні як той, що доказує, не є доказом, а становить частину відображення предмета доказування; співвідношення тут подібне співвідношенню тези та аргументу.

Визначення доказів як фактичних даних, тобто відомостей про факти, а не як самих фактів, є найбільш правильним. В. Я. Дорохов писав: «Доказами у кримінальному процесі не можна називати факти, які входять до предмета доказування. В мисленні людини існують, взаємодіють, рухаються не речі, не предмети, а їх образи, поняття, відомості про них... Фактичні дані - це одержані із законних джерел відомості про факти».

Виходячи з власних досить виважених і ємких філософських поглядів на пізнання та доказування, відомий український вчений В. Г. Гнатенко зазначає, що процесуальні докази в кримінальному провадженні виступають як опосередковані та прямі містки, які з’єднують свідомість суб’єкта доказування з подією минулого, що досліджується, і в своїй системі створюють незаперечне знання про обставини цієї події, яке стає підставою для обґрунтованого юридичного рішення.

Доказами в кримінальній справі є отримані в установленому законом порядку будь-які фактичні дані, на підставі яких, слідчий, прокурор і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винуватість особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для об’єктивного вирішення справи.

Зміст доказів - фактичні дані, отримані з належних джерел, а їх матеріальною основою слугує вже не саме джерело, а штучно створений відповідний процесуальний носій.

Джерела фактичних даних, які становлять інтерес для процесу доказування, ц£ завжди утворюють нерозривну єдність з інформацією, що виходить з них. Єдність змісту та форми в доказі можлива як єдність фактичних даних та їх процесуальних носіїв.

Виникає необхідність відстежити взаємозв’язок фактичних даних з їх джерелами та носіями.

Інформація не може існувати без її джерела і матеріальної основи - носія, який слугує засобом перенесення її в просторі і часі. Повідомлення - це єдність фізичного носія (сигнал) і значення (семантика).

Фактичні дані не можуть існувати самостійно самі по собі без відповідного джерела та носія. Перетворення інформації в самостійну субстанцію - це наївний ідеалізм. Джерело дає імпульс інформації, але не завжди утворює з нею єдність. Так, для забезпечення можливості використання в доказуванні особливостей слідів знарядь злочину з них можуть бути зняті копії, зліпки, відбитки, зроблені фотознімки тощо, за якими може бути ідентифіковане знаряддя. Але, наприклад, у ході огляду місця події знайдено речовину, що швидко псується, яка містить сліди знаряддя вчиненого злочину. У цьому випадку інформація, отримана з допустимого джерела, переноситься на процесуальний носій, який забезпечує її зберігання та перенесення у просторі та часі, можливість використання в ході судового слідства у відкритому судовому розгляді. Доказ являє собою єдність фактичних даних та процесуального носія.

Під джерелом розуміється те, що дає початок будь-чому, під носієм-те, що може слугувати засобом відображення, фіксації, збереження, перенесення. Джерелом фактичних даних слід вважати такі не заборонені законом (з причини недоброякісності) джерела інформації, від яких може надходити (потенційні джерела) або надходить (реальні джерела) доказова інформація (фактичні дані). Джерело будь-якого явища, у тому числі й доказів, не може бути одночасно й формою цього явища. Джерело має перебувати поза цим явищем.

Джерелами фактичних даних можуть бути сліди злочину (залишені на місці злочину предмети, мікрооб’єкти, відбитки пальців рук, волосся тощо), які вилучаються під час провадження відповідних слідчих дій для їх подальшого використання в процесі доказування. Будучи здатними не тільки давати імпульс інформації, а й переносити її в просторі та часі, вони виступають і як носії доказової інформації.

Джерелом фактичних даних також можуть виступати об’єкти, які не можуть бути самі збережені та слугувати засобом збереження інформації. Наприклад, речовини, що швидко псуються, сліди на тілі людини (рана), матеріальна обстановка місця події тощо. Вилучити та зберегти подібні об’єкти часом практично неможливо, але інформацію, яку вони містять, можна перенести на інші матеріальні носії (виготовлення копій, зліпків, фотозйомка, технічне документування) для подальшого використання у доказуванні. Таким чином, у доказуванні використовується низка похідних доказів, які становлять певну сукупність (єдність) фактичних даних та їх носіїв.

Процесуальними носіями фактичних даних є об’єкти, які можуть служити засобом фіксації, збереження та перенесення доказової інформації в просторі та часі, а разом з тим - джерелом інформації у справі для суб’єктів кримінального процесу та його учасників на будь-яких стадіях процесу.

Це придатні для таких цілей матеріальні об’єкти - первинні джерела інформації про злочин, які становлять гносеологічну першооснову так званих первинних речових доказів (різні сліди злочину); зліпки, відбитки чи інші копії слідів, які становлять матеріальну основу похідних доказів; протоколи слідчих і судових дій та інші документи; кіно-, відеозаписи та інші фактичні результати технічного документування; висновки експертів.

Доказ являє собою єдність фактичних даних та їх процесуальних носіїв.

На підставі об’єктивних особливостей докази у кримінальному процесі можуть бути класифіковані:

а) за джерелом інформації: такі, що походять від осіб; такі, що походять від матеріальних об’єктів;

б) за особливостями відображення події кримінального правопорушення та за характером взаємодії з ним: Первинні; похідні;

в) стосовно обвинувачення: обвинувальні; виправдувальні;

г) стосовно факту вчинення кримінального правопорушення конкретною особою: прямі; непрямі.

Первинні докази - це докази, які (як єдність змісту і форми) виникли безпосередньо в результаті розслідуваної події (залишки крові, слід пальця руки на віконному склі тощо).

Похідні докази - це докази, які являють собою результати «вторинного відображення» слідів злочину, що походять від первинних доказових джерел інформації (зліпок сліду взуття, який залишив злочинець на снігу, копія сліду знаряддя злому, виготовлена за допомогою спеціальної пасти, дактилоплівка з відбитком пальця руки, ксерокопія документа тощо).

Обвинувальні докази підтверджують обвинувачення чи обтяжуючі його обставини, виправдувальні навпаки - спростовують обвинувачення чи вказують на пом’якшуючі обставини.

Прямі докази - докази, які дають пряму однозначну відповідь на запитання про те, хто вчинив злочин, або ж вказують на те, що певна особа не могла його вчинити. Наприклад, показання свідка — очевидця вчиненого розбійного нападу, показання потерпілого, відеозапис, що зафіксував подію кримінального правопорушення та дії осіб, які його вчинили. Прямі докази вказують на наявність чи відсутність обставин головного факту - складу злочину.

Непрямі докази вказують на окремі факти, на основі логічного аналізу сукупності яких встановлюються окремі елементи складу кримінального правопорушення та інші обставини предмета доказування. Вони можуть вказувати на проміжні факти, які підтверджують предмет доказування у сукупності з іншими доказами.

У поняття доказу, на нашу думку, вкладається більший зміст, ніж у поняття «фактичні дані» (відомості, інформація) або «сліди злочину».

Сліди злочину; зокрема, як і інформація взагалі, є лише гносеологічною першоосновою доказів. Безпосередньому використанню їх у доказуванні в кримінальній справі передує діяльність органів дізнання та попереднього слідства з пристосування до такого використання, перетворення «речі в собі» на «річ для всіх».

У пристосуванні слідів злочину та інших фактичних даних до використання в доказуванні можна виділити діяльність, спрямовану на отримання, закріплення та збереження фактичних даних (пізнавально-комунікативна частина), та процесуально-засвідчу- вальну форму даної діяльності, яка покликана забезпечити достовірність одержаних фактичних даних та можливість перевірки на предмет встановлення законності одержання.

У процесі такої діяльності фактичні дані отримують статус доказів. А це можливе лише за наявності ряду умов.

По-перше, вони повинні мати відношення до предмета доказування, а саме, знімати інформаційну невизначеність за фактами, які підлягають встановленню, тобто мати ознаки належності до справи.

По-друге, фактичні дані, що належать до справи, мають бути зібрані та закріплені в передбаченому законом порядку, тобто мати допустимість до справи.

По-третє, закон обмежує використання фактичних даних як доказів рядом умов, що ставляться як до самих фактичних даних, так і до їх джерел. Наприклад, не може бути свідком особа, яка через свої фізичні або психічні недоліки не здатна правильно сприймати обставини, що мають значення для справи (п. 2 ст. 69 КПК України); не можуть слугувати доказами фактичні дані, що містяться у показаннях свідків, якщо вони не в змозі вказати джерело своєї поінформованості (ч. З ст. 68 КПК України).

Пов’язуючи допустимість доказів з процесуальним порядком їх одержання, закон не тільки має на меті захист громадян від безпідставного вторгнення в їхні законні права та інтереси, але й виходить з того, що цей порядок містить гарантії одержання достовірної доказової інформації.

Докази -це фактичні дані, що відповідають вимогам належності до справи, допустимості і достовірності.

Належність доказів - здатність фактичних даних надавати інформацію щодо обставин, які входять до предмета доказування, виступати аргументами (посилками) в процесі встановлення об’єктивної істини.

Вирішення питання про належність доказів потребує з’ясування двох моментів: чи входять факти, для встановлення яких вилучаються і досліджуються відповідні фактичні дані, до предмета доказування (основні, проміжні чи допоміжні факти); чи спроможні фактичні дані, які становлять зміст доказових матеріалів, з урахуванням їх інформаційного значення, встановлювати відповідні обставини предмета доказування.

Належність доказів - спроможність фактичних даних надавати інформацію щодо обставин, які входять в предмет доказування, служити аргументами (посиланнями) в процесі встановлення об’єктивної істини.

Належними є докази, які прямо чи непрямо підтверджують існування чи відсутність обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження, а також достовірність чи недостовірність, можливість чи неможливість використання інших доказів.

Належність доказів у кримінальному процесі обумовлюється їх доказовою цінністю. Рівень такої визначається відповідно до місця фактичних даних у системі доказової інформації, зокрема, для чого вони можуть бути використані:

- для встановлення, хто вчинив кримінальне правопорушення чи з’ясування інших обставин складу кримінального правопорушення (форма вини, час, місце, спосіб вчинення кримінального правопорушення тощо);

- для встановлення окремих фактів, які в сукупності розкривають обставини складу кримінального правопорушення чи їх відсутність;

- для встановлення характеру і розміру шкоди, заподіяної злочином, обставин, які впливають на ступінь і характер відповідальності обвинувачуваного;

- для обгрунтування рішень щодо вибору запобіжних заходів, засобів забезпечення безпеки учасників процесу та прийняття інших процесуальних рішень у справі;

- для спростування фальшивих алібі чи хибних версій;

- для перевірки та встановлення достовірності окремих доказів;

- для виявлення джерел та місця знаходження інших доказів.

Належними до справи слід вважати всі докази, які можуть бути

використані для встановлення, обґрунтування чи спростування будь-яких із названих обставин.

Допустимість доказів означає правову придатність їх для використання у кримінальному процесі як аргументів у доказуванні.

У статті 62 Конституції України стверджується: «Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь».

Доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому законом. Недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення (ст. 86 КПК України).

Поняття «допустимості доказу» у процесуальній і криміналістичній літературі аналізується різними авторами в сукупності з загальними проблемами доказового права, хоча цій важливій проблемі присвячені і окремі спеціальні дослідження1.

За визначенням Д. Бочарова, «якщо належність визначає відповідність доказу за змістом, то допустимість - його відповідність за формою та засобом формування. Доказ може бути визнаний допустимим для розгляду, коли джерело, з якого його видобуто, форма, в котрій його втілено, а також засіб на порядок його отримання відповідають певним чітко визначеним в законі вимогам»2.

Н. Сибільова під допустимістю доказу розуміє «визнану законодавцем можливість використання даного джерела як процесуального носія інформації про фактичні дані, що мають значення для встановлення істини у кримінальній справі, а також процесуального закріплення цієї інформації правомочними особами чи органами у встановленому законом порядку»3.

М. Кіпніс вважає, що допустимість - це властивість доказу, яка характеризує його з погляду законності джерела фактичних даних, а також способів отримання і форм закріплення фактичних даних, точного дотримання кримінально-процесуального закону, який визначає форми слідчої дії1.

Допустимість доказів означає, що:

• фактичні дані як докази одержані уповноваженим нате суб’єктом;

• фактичні дані одержані у встановленому законом порядку з дотриманням процесуальної форми, яка гарантує захист прав та законних інтересів громадян;

• фактичні дані та сам процес їх одержання належним чином закріплені та засвідчені;

• зібрані докази та інші матеріали кримінальної справи загалом дозволяють здійснити перевірку достовірності та за¬конності одержання фактичних даних.

Non refert quid notum sit judici, si notum, non sit in forma, judici - He має значення, що відомо судді, якщо це стало йому відомо не у встановленому законом порядку.

Підтвердженням цьому є прецедентна практика Європейського суду з прав людини. Європейський суд з прав людини у справі «Шабельник проти України» констатував: заявник, який був допитаний в ролі свідка, зізнався в процесі такого допиту у відсутності адвоката у вчиненому злочині; брав участь у відтворенні обстановки і обставин кримінального правопорушення в ролі свідка і без захисника, де підтвердив свої зізнання; скаржився на те, що в основу обвинувачення покладені докази, здобуті незаконним шляхом. Суд установив, що засудження грунтується на показаннях, здобутих із порушенням права особи «на мовчання та права не свідчити проти самого себе» та з перешкодами для здійснення права на захист, виходячи з чого суд постановив, що у справі було порушено п. 1 та п. Зс ст. 6 Конвенції.

Недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ч. 1 ст. 87 КПК України).

Згідно з ч. 2 ст. 87 КПК України суд зобов’язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, такі діяння:

• здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов;

• отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження;

• порушення права особи на захист;

• отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права;

• порушення права на перехресний допит;

• отримання показань від свідка, який надалі буде визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні.

Відповідно до ч. 1 ст. 88 КПК України «докази, які стосуються судимостей підозрюваного, обвинуваченого або вчинення ним інших правопорушень, що не є предметом цього кримінального провадження, а також відомості щодо характеру або окремих рис характеру підозрюваного, обвинуваченого є недопустимими на підтвердження винуватості підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення».

Разом з тим, визначаючи в ч. 2 ст. 65 КПК України, достатньо широкий перелік осіб, які не підлягають допиту в якості свідка (священнослужителі - про відомості, одержані ними на сповіді віруючих тощо), законодавець, з одного боку, до нього цілком слушно включає журналістів (про відомості, які містять конфіденційну інформацію професійного характеру, надану за умови нерозголошення авторства або джерела інформації) тощо, а з іншого, новий кодекс безпідставно виключив з переліку осіб, які не підлягають допиту в якості свідка, осіб «які згідно з висновком судово-психіатричної чи судово-медичної експертизи через свої фізичні або психічні вади не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення, і давати показання про них», що було закріплено у п. З ч. 1, ст. 69 КПК України станом на 2011 «рік. Здоровий глузд між тим визначає недоцільність допиту хворих на шизофренію, параною, білу гарячку та інші психічні захворювання, які ставлять під сумніви об’єктивність свідчень відповідних осіб.

Заборона допитувати в якості свідків психічно хворих людей уже давно є сталим підходом у юриспруденції. Цей підхід не піддавався жодній критиці, а спроби його запровадження стали навіть предметом гумору літераторів. Як дотепно підмічає Д. Бочаров, «саме це “слизьке місце” англійського процесу обігране Керролом1, який зіштовхує в судовому слуханні двох “патентованих” дурнів: Капелюха та Березневого Зайця. Один плете дурниці, інший “все заперечує”. Проте свідчення обох нічого не варті, обидва-нікчемні свідки»2.

Цікаву, на наш погляд, точку зору стосовно інституту допустимості доказів у кримінальному судочинстві України висловив A.C. Сизоненко, який проаналізував з цього питання чинне законодавство України і запропонував доповнити його низкою норм, які б закріплювали підстави визнання доказу недопустимими. Дійсно, у будь-якому випадку є недопустимими і не повинні мати юридичної сили докази, отримані:

1) із домаганням показань обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у справі, шляхом застосування насильства, погроз та інших незаконних заходів з боку особи, яка провадить дізнання або досудове слідство, прокурора чи суду;

2) неналежним суб’єктом внаслідок порушення вимог закону про підслідність, підсудність; у результаті проведення слідчих дій без доручення слідчого, прокурора, особою, яка підлягає відводу, слідчим, який не прийняв справу до свого провадження, тощо;

3) з недопущенням чи ненаданням своєчасно захисника, а також іншим грубим порушенням права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором або суддею;

4) без роз’яснення особам, які беруть участь у слідчій дії, наданих їм законом прав або з введенням їх в оману щодо характеру й обсягу останніх;

5) із джерел доказів, не зазначених у КПК, за допомогою слідчих дій, не передбачених КПК, або шляхом проведення слідчих дій на порушення кримінальної справи (за винятком огляду місця події, накладення арешту на кореспонденцію, зняття інформації з каналів зв’язку), а також у результаті показань, які ґрунтуються на чутках, думках, припущеннях або на вказаних джерелах інформації, а також на відповідях на навідні запитання;

6) із порушенням процесуальних правил збирання, приєднання до кримінальної справи доказів, фіксування процесуальних дій у відповідних документах, із порушенням заборон та обмежень, установлених щодо окремих категорій осіб, які не можуть бути допитані як свідки або мають право відмовитись давати показання, а також із порушенням процедури допиту неповнолітніх;

7) в результаті проведення слідчої дії без дозволу суду (наприклад, обшук житла) за відсутності передбачених законом виняткових обставин або процесуальної дії, не санкціонованої прокурором (наприклад, відсторонення обвинуваченого від посади);

8) у ході передбачених ч. 2 ст. 8 ЗУ від 18 лютого 1992 року № 2135-ХП «Про оперативно-розшукову діяльність» або передбачених, але проведених без дозволу суду чи без повідомлення прокурора оперативно-розшукових заходів, за результатами яких складено протокол із відповідними додатками;

9) без відновлення досудового слідства у зупиненій кримінальній справі або без продовження його строку.

З урахуванням проведеного аналізу кримінально-процесуальних норм A.C. Сизоненко запропонував текст нової норми до КПК України у вигляді статті 67-1, яка буде називатися, як недопустимість доказів.

Фактичні дані є недопустимими і не повинні мати значення доказів, якщо вони:

-отримані внаслідок провадження дій, які взагалі не передбачені законом, чи у спосіб, який суперечить вимогам закону (відповідно до ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України);

- отримані при здійсненні процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов;

-отримані внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження;

-отримані з порушенням права особи на захист;

-отримані з порушенням права на перехресний допит;

-отримані як показання від свідка, який надалі буде визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні;

-є «плодами отруєного дерева» - доказ, отриманий на підставі заздалегідь неприпустимого (фальшивого) доказу;

-отримані неналежним суб’єктом (наприклад, оперативним підрозділом, якому слідчий не давав окремого доручення на провадження негласної слідчої (розшукової) дії чи внаслідок порушення вимог закону про підслідність, а також отримані особою, яка підлягає відводу);

-отримані у вигляді показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, зокрема, без роз’яснення права свідка відмовитись давати показання щодо самого себе, членів сім’ї та близьких родичів, або з введенням допитуваного в оману щодо характеру й обсягу останніх (наприклад, допит підозрюваного в ролі свідка або нероз’яснення йому чи потерпілому права відмовитись від будь-яких показань), чи із порушенням заборон та обмежень, установлених щодо окремих категорій осіб, які не можуть бути допитані як свідки;

-отримані в результаті проведення слідчої дії без дозволу слідчого судді, коли це передбачено законом, чи санкції прокурора, коли така слідча дія може проваджуватись лише з його згоди;

-отримані з порушенням процесуальної форми слідчої дії (наприклад, проведення обшуку без понятих тощо).

Для визначення допустимості доказів суд виходить з формули - належний суб’єкт отримання доказів, належне джерело доказу, належний засіб отримання доказу, належна процесуальна форма одержання доказу.

Європейський суд з прав людини, постанови якого мають значення джерела права для правової системи України, у справі «Балицький проти України» визнав порушення п. 1 і підп. «с» п. З ст. 6 Конвенції у зв’язку з тим, що зізнавальні показання, які в подальшому було використано судом для засудження заявника, відбирались у заявника формально, як у свідка під час його адміністративного арешту, але фактично його допитували як підозрюваного, не забезпечуючи при цьому права мати захисника та права не свідчити проти себе, а також з огляду на використання слідчими органами практики, коли, незважаючи на наявність у справі підстав для кваліфікації злочину, розслідування якого вимагає обов’язкової участі захисника, слідчі органи кваліфікують його як менш тяжкий і, отримуючи сумнівну відмову особи від захисника, позбавляють її права мати захисника.

Процесуальна форма кримінального судочинства створює певну систему стримувань і противаг свавіллю посадових осіб органів державної влади, сприяє унеможливленню чи мінімізації юридичних помилок, створює систему необхідних гарантій встановлення отримання достовірних доказів та істини, захисту прав і свобод людини, призвана створювати та розвивати юридично визначений та доцільний і стабільний правовий режим провадження у кримінальних справах, який покликаний забезпечувати істину, свободу і справедливість взагалі та в значній мірі допустимість та достовірність доказів у справі зокрема.

Фактичні дані як докази мають бути достовірними.

Достовірність доказів означає відповідність їх змісту тому, що мало місце в дійсності. Для з’ясування достовірності доказу необхідно мати можливість пересвідчитись у добротності як самого джерела, так і способу одержання фактичних даних, надійності процесуального носія та засобів фіксації.

«Будь-який доказ зводиться до силогізму, - писав відомий науковець, проф. І.Я. Фойницький, - ...центральну його частину складає велика посилка, і сила самого висновку обумовлюється її істинністю, точністю малої посилки і правильністю висновку за умови подальшої об’єктивної перевірки висновку»1.

Встановлюючи суворий порядок одержання доказових даних, закон тим самим турбується про використання в доказуванні не будь-яких, а тільки достовірних відомостей\* фактичних даних.

Слово «факт» означає те, що сталося, відбулося насправді, що об’єктивно існує, те, що є матеріалом для певних висновків і відповідає об’єктивній дійсності. У буквальному смислі «фактичні дані» - це дані, які відповідають дійсності, фактам. Це об’єктивна, адекватно відображувальна об’єктивну реальність інформація.

Доказуванням є дія зі встановлення істинності будь-якого судження, положення (тези) на підставі інших суджень, істинність яких перевірена, за допомогою аргументів (посилань), істинність яких встановлена. Очевидно, що використання в доказуванні сумнівних, недостовірних даних може викликати помилкові висновки.

Логічно зробити висновок, що доказова інформація повинна мати ознаки достовірності. Тільки за такої умови вона може бути покладена в основу висновків у справі, використана як засіб доказування.

Доказами у кримінальній справі є такі, одержані відповідно до закону, фактичні дані, які загалом відповідають вимогам належності до справи, допустимості та достовірності.

У ході слідчих дій одержані фактичні дані вивчаються, оцінюється значущість їх для справи, їхній зміст та форма. Вживаються заходи до їх закріплення та збереження.

У процесуальних документах, що складаються при цьому, фіксується та засвідчується вся діяльність з пошуку, виявлення, вилучення, закріплення та дослідження доказів. Інформація щодо цих обставин, відображена в матеріалах справи, являє собою цілий комплекс допоміжних доказів, які підтверджують допустимість та достовірність основних доказів. За необхідності одержана доказова інформація додатково перевіряється.

Наукові та практичні працівники по-різному уявляють межі встановлення допустимості та достовірності основних доказів, тому по-різному визначають обсяг допоміжних доказів, які підлягають збиранню.

Якщо розглянути всі докази у справі в їх взаємозв’язку, то можна помітити, що кожен з них є як встановлюючим, так і встановлюваним.

Будь-який основний доказ, що безпосередньо підтверджує будь- яку з обставин події злочину, тим самим підтверджує і достовірність іншого основного доказу, який підтверджує той самий факт, і навпаки, оскільки і ті, й інші перебувають у причинно-наслідковому зв’язку з одним і тим самим фактом. Слідство у певному сенсі слугує підтвердженням причини, так само як і причина вказує на можливі наслідки, засвідчуючи тим самим про їх справжність. Спеціально зібрані допоміжні докази, які підтверджують достовірність одного з основних доказів розшукуваного факту, є разом з тим непрямими доказами достовірності й інших основних доказів, які встановлюють той самий факт. Основні докази, так само як причина підтверджує слідство, підтверджують, у свою чергу, достовірність кожного з допоміжних доказів. Такий багатосторонній взаємозв’язок усіх доказів у справі дозволяє визначити належність, допустимість та достовірність як основних, так і допоміжних доказів. Встановлення ж належності, допустимості та достовірності фактичних даних є необхідною умовою їх використання в доказуванні.

Доказами у кримінальному процесі є будь-які одержані у встановленому законом порядку з належних джерел достовірні фактичні дані, які можуть служити засобами встановлення об’єктивної істини в кримінальній справі.

Як докази використовуються: показання свідків, показання потерпілого, показання підозрюваного, показання обвинуваченого, речові докази, висновки експертів, фактичні результати технічного документування, протоколи слідчих і судових дій та інші документи.

Не можуть виступати доказами фактичні дані, джерело та спосіб отримання яких невідомі або заборонені законом, а також дані, одержані незаконним шляхом.

Усі сумніви щодо законності одержання та достовірності фактичних даних, якщо вичерпані можливості їх усунути, повинні тлумачитися та розв’язуватися на користь підозрюваного, обвинуваченого та підсудного.

**Лекція № 3 Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні**

Однією із новел чинного КПК стало закріплення положень, які стосуються визнання доказів недопустимими. Так, відповідно до ч. 2 ст. 86 КПК недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення. На відміну від чинного законодавства, КПК 1960 року не містив положень, які б стосувалися поняття, підстав та порядку визнання фактичних даних недопустимими як докази. Водночас, ще задовго до прийняття КПК 2012 р., законодавець впровадив на рівні Основного Закону положення, які стосуються заборони використання як доказів відомостей, отриманих незаконним шляхом. Так, ч. 3 ст. 62 Конституції України встановлює, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом. Відповідно до Постанови Пленуму Верховного суду України (далі – ППВСУ) від 01.11.1996 р. № 9 «Про застосування Конституції при здійсненні правосуддя» докази повинні визнаватись такими, що одержані незаконним шляхом, наприклад, тоді, коли їх збирання й закріплення зроблено або з порушенням гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина, встановленого кримінально-процесуальним законодавством порядку, або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами (п. 19) [153]. У ППВСУ від 30.05.1997 р. № 7 «Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина» звертається увага суддів на те, що згідно з ч. 3 ст. 62 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватись на доказах, одержаних незаконним шляхом. У зв’язку з цим судам при розгляді кожної справи необхідно перевірити, чи були докази, якими органи попереднього слідства обґрунтовують висновки про винність особи у вчиненні злочину, одержані відповідно до норм КПК. Якщо буде встановлено, що ті чи інші докази були одержанні незаконним шляхом, суди повинні визнавати їх недопустимими і не враховувати при обґрунтуванні обвинувачення у вироку.

Перш ніж перейти до аналізу сутності інституту визнання фактичних даних недопустимими як докази, вважаємо за необхідне зупинитися на розгляді питання коректності формулювання юридичної конструкції «недопустимість доказів», що закріплена новітнім законодавством. Як вже було зазначено, відповідно до ч. 1 ст. 87 КПК «недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини». Такий само підхід до термінологічного визначення вказаного інституту застосовано й законодавцем деяких країн пострадянського простору. Зокрема, відповідно до КПК Республіки Білорусь доказ визнається недопустимим, якщо він отриманий з порушенням конституційних прав і свобод громадянина або вимог цього Кодексу, що пов`язані з позбавленням або обмеженням прав учасників кримінального процесу або ж порушенням інших правил кримінального процесу.

Згідно зі ст. 75 КПК Російської Федерації (далі – РФ) докази, отримані з порушенням вимог цього Кодексу, є недопустимими. Аналогічні положення передбачені і ст. 75 КПК Республіки Грузії.

Слід зауважити, що таке формулювання не можна назвати цілком логічним і при детальному аналізі виникає необхідність його критичного осмислення. Адже, постає питання: чи може взагалі доказ бути недопустимим? Як вже зазначалося, відповідно до ст. 84 КПК доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Також згідно ч. 1 ст. 86 КПК, доказ визнається допустимим, якщо він отриманий в порядку, встановленому цим Кодексом.

Отже, уявляється, що фактичні дані, які отримані не у передбаченому цим Кодексом порядку, тобто з його порушенням, не стають доказами, а тому і не можна вести мову про подальшу недопустимість доказу. Цілком очевидно, що тут слід говорити про недопустимість фактичних даних, оскільки виходячи із законодавчого визначення доказу, останній апріорі не може бути недопустимим. Таким чином, вбачається, що недопустимість являє собою правовий наслідок, за наявності якого фактичні дані, отримані з порушеннями, не стають доказами.

На логічну неспроможність юридичної конструкції «недопустимий доказ» обґрунтовано зверталася увага у науці кримінального процесу. За слушним виразом С. В. Бажанова та А. Б. Соловйова дане поняття можна розглядати як своєрідний оксюморон кримінального судочинства, тобто поєднання покладена до основи законодавчих приписів КПК окремих країн. Так, наприклад, у ст. 116 КПК Республіки Казахстан зазначається, що фактичні дані повинні бути визнані недопустимими в якості доказів, якщо вони отримані з порушенням вимог цього Кодексу. Відповідно Оксюмарон (др. – греч. – «розумна дурість» ) – стилістична фігура, яка являє собою поєднання слів із протилежним значенням, що використовується для створення яскравого стилістичного ефекту та вирішення незрозумілої ситуації. Приклади: «живий труп», «полонянка свободи», «сумна радість» та ін. до ст. 130 КПК Республіки Латвія «Отримані під час кримінального процесу дані про факти допускається використовувати як докази, якщо вони отримані та процесуально закріплені у встановленому цим Законом порядку.

Недопустимими і такими, що не використовуються в доказуванні, визнаються такі дані про факти, які отримані…». Згідно з ч. 1 ст. 94 КПК Республіки Молдова – (далі РМ) «при провадженні по кримінальній справі не можуть бути допущені як докази і відповідно виключаються зі справи, не можуть бути представлені до судової інстанції та покладені до основи вироку або ж іншого судового рішення відомості, що отримані…». Законодавець Вірменії зазначив у ч. 1 ст. 105 КПК наступне: «У провадженні по кримінальній справі не можуть бути покладені до основи обвинувачення та використовуватись як докази матеріали, що отримані…».

Враховуючи зміст ст. 84 КПК та позитивний досвід інших країн у законодавчому регулюванні даного питання, вважаємо, що редакція ст. 86 КПК та ч. 1 ст. 87 КПК потребують уточнення. А саме – назву статті 86 КПК пропонуємо викласти в такій редакції – «Допустимість фактичних даних як доказів», у ч. 1 ст. 86 КПК пропонуємо вказати: «Фактичні дані визнаються допустимими як докази, якщо вони отримані у порядку, встановленому цим Кодексом»; в ч. 2 ст. 86 КПК – «Фактичні дані, недопустимі як докази, не можуть бути використані при прийнятті процесуальних рішень, на них не може посилатися суд при ухваленні судових рішень». Відповідно назву статті 87 КПК пропонуємо викласти в такій редакції: «Недопустимість фактичних даних, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, як доказів», а ч. 1 ст. 87 КПК доцільно сформулювати наступним чином: «Недопустимими як докази є фактичні дані, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші відомості, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини».

Поширеним у науці кримінального процесу є питання неможливості ототожнення та необхідності відмежування понять «недопустимість доказу», «докази, що не мають юридичної сили», «докази, отримані з порушенням закону». Існують також пропозиції виділяти два поняття: «недопустимість доказу», «докази, що не мають юридичної сили». Так, В. В. Терьохін зазначає, що недопустимі докази – докази, які отримані з порушеннями вимог кримінально-процесуального або іншого законодавства, юридична сила яких оскаржується сторонами. Докази, які не мають юридичної сили, – отримані з порушенням вимог законодавства (недопустимі) та виключені з процесу доказування уповноваженими суб’єктами. Перший із вказаних підходів, видається, може бути застосовано в країнах, законодавство яких передбачає наявність доказів як на досудовому розслідуванні, так і в судовому розгляді. КПК істотно змінив підходи до доказів і, як на наш погляд, закріпив концепцію судових доказів. Як зазначалося у першому параграфі цієї роботи, докази – це ті фактичні дані, які визнаються судом як такі. У ході досудового розслідування сторони збирають відомості про джерела майбутніх доказів, які на етапі судового провадження можуть визнаватися доказами за результатами їх інтерпретації лише судовим органом. Отже, в контексті сучасного українського кримінального процесуального законодавства, на наш погляд, можна вести мову лише про наявність двох понять: «фактичні дані, отримані з порушенням закону» та «недопустимість доказів». В першому випадку йдеться про фактичні дані під час збирання та закріплення яких сторонами було допущено порушення вимог закону, але чи є такі порушення підставою недопустимості цих фактичних даних як доказів, визначає лише суд. В другому випадку має місце визнання судом недопустимості фактичних даних як доказів, а отже й відсутності їх юридичної сили. Таким чином, вважаємо, що поняття «недопустимі докази» змістовно охоплює поняття «докази, що не мають юридичної сили».

Вище зазначено, що правові норми, які стосуються питання визнання фактичних даних недопустимими як докази, містяться у низці статей чинного законодавства. Їх аналіз дозволяє дійти висновку про те, що за своєю правовою природою вони складають зміст інституту визнання фактичних даних недопустимими як докази, який є складовою кримінального процесуального права. Характеристика правової природи сукупності цих норм кримінального процесуального права як правового інституту ґрунтується на положеннях загальної теорії права. Їх екстраполяція у площину нашого дослідження дозволяє дійти аргументованого висновку стосовно поставленого питання.

Так, відповідно до загальної теорії права правовий інститут має наступні ознаки: 1) регулює певний вид однорідних суспільних відносин; 2) є складовою галузі права; 3) є виокремленою, відносно автономною сукупністю норм галузі; головна функція інституту права полягає в забезпеченні самостійного, цілісного, правового регулювання певного виду суспільних відносин; 4) характеризується особливим предметом, статусом суб’єктів, специфічними поняттями, законодавчими конструкціями.

Положення кримінального процесуального права, які стосуються визнання отриманих фактичних даних недопустимими як докази: а) регулюють певний вид однорідних кримінальних процесуальних відносин; б) виникають при оцінці наданих суду фактичних даних; в) є складовою кримінального процесуального права; г) забезпечують цілісне регулювання підстав і порядку визнання отриманих фактичних даних недопустимими до використання в доказуванні; д) характеризуються специфічними законодавчими конструкціями.

Зміст інституту визнання фактичних даних недопустимими як докази складають регулятивні та охоронні норми кримінального процесуального права. Зокрема, регулятивні зобов’язальні норми містяться у ч. 2 ст. 87 КПК, відповідно до якої суд зобов’язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод діяння, які в ній визначені. Також регулятивні зобов’язальні норми закріплено у ч. 2 ст. 89 КПК, а саме – у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим. Регулятивні заборонні норми складають зміст правила, передбаченого ч. 2 ст. 86 КПК, – недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення.

Детальний аналіз наведених законодавчих положень свідчить про те, що, забороняючи використання фактичних даних, отриманих з порушенням передбаченого законодавством порядку, законодавець тим самим закріплює норми-санкції, які належать до охоронних. Такі санкції є санкціями нікчемності, що являють собою окремий вид санкцій. Як зазначає Г. Н. Вєтрова, санкції нікчемності відрізняються від інших видів санкцій особливим способом впливу на осіб, які не виконали свої правові обов’язки. Це санкції, суть яких полягає у ненастанні для зобов’язаного суб’єкта тих правових наслідків, на які він розраховував, якщо не виконані відповідні правові обов’язки. Особливість способу впливу санкцій нікчемності на суб’єктів правовідносин знаходить прояв у стимулюванні дотримання правових норм. Невиконання особою при вчиненні процесуальних дій встановлених у законі обов’язків призводить до настання для нього несприятливих наслідків, що означає незадоволений правовий інтерес, оскільки бажаний результат не досягнуто.

Також слід зазначити, що санкції нікчемності в кримінальному процесуальному праві доволі часто застосовуються поєднано із відновлювальними санкціями, якими, наприклад, є скасування незаконного вироку суду. Особливістю санкцій нікчемності, вказує Г. Н. Вєтрова, є те, що про їх застосування може не ухвалюватися окремого процесуального акту. Рішення, яке вказує на санкцію нікчемності, нерідко міститься в акті, яким реалізується відновлювальна санкція у вигляді скасування судового рішення. Характеристика правових норм, що складають зміст інституту визнання фактичних даних недопустимими як доказів, поділяється й фахівцями з кримінального процесу, зокрема, Н. М. Кіпнісом, В. Міроновим А. Анісімовим, В. В. Тютюнником.

Зважаючи на сказане, слід погодитися з Є. А. Брагіним, який розглядає інститут недопустимості доказів як систему норм, що визначають підстави недопустимості доказів та правові наслідки їх настання, які виражаються у процесуальній формі реагування на них правозастосувачем та в наслідках для кримінальної справи і учасників кримінального судочинства, які допустили порушення закону. Підстави, порядок та правові наслідки визнання фактичних даних недопустимими як докази розглядаються як складові окремого правового інституту й іншими науковцями.

Підсумовуючи сказане, варто сформулювати авторські позиції щодо характеристики сукупності норм стосовно визнання фактичних даних недопустимими як доказів як інституту кримінального процесуального права. По-перше, інститут визнання фактичних даних недопустимими як докази являє собою сукупність норм кримінального процесуального права, що регулюють підстави, порядок та наслідки визнання фактичних даних недопустимими як докази. По-друге, специфіка даного правового інституту полягає у тому, що серед охоронних норм, які входять до його складу поряд із регулятивними нормами, є норми – санкції, суть яких полягає у ненастанні для суб’єктів доказування правових наслідків, на які вони розраховували, якщо ними не дотримано порядку збирання та фіксації фактичних даних, передбаченого законодавством. По-третє, функціональне призначення інституту визнання фактичних даних недопустимими як докази поліаспектне, адже воно полягає у: (а) стимулюванні дотримання правових норм суб’єктами доказування; (б) гарантуванні забезпечення прав учасників кримінального провадження, застосування належної правової процедури, забезпечення права на справедливий суд та ухвалення законного, обґрунтованого, вмотивованого і справедливого судового рішення.

Щодо останнього положення зазначимо, що впровадження у законодавство України інституту визнання фактичних даних недопустимими як докази безпосередньо позначається як на рівні правової захищеності особи у сфері кримінального судочинства, забезпеченні права кожного на справедливий суд, так і на якості доказування, що здійснюється сторонами з урахуванням потенційної можливості настання у результаті допущених порушень вимог закону негативних наслідків, що полягають у визнанні фактичних даних недопустимими в доказуванні.

Зважаючи на це, правильним видається твердження про те, що положення недопустимості доказів є комплексною гарантією: законності дій органів, які здійснюють кримінальне переслідування; доброякісності отриманих відомостей, їх достовірності; захисту від необґрунтованого обвинувачення; права громадян на справедливий судовий розгляд; законності кримінальних процесуальних рішень.

Цей інститут, таким чином, відіграє роль «бар`єру», що перешкоджає проникненню в доказування відомостей, які не можуть бути визнані доказами у зв’язку з допущенням істотних порушень закону під час їх отримання та процесуального закріплення. Як слушно зазначає А. А. Зубарєв, задачі та функції інституту недопустимості доказів визначаються його місцем при формуванні доказової бази. Він покликаний через нормативну регламентацію контролювати доброякісність доказової інформації, яка впливає на хід справи. Автор наголошує на тому, що інститут недопустимості доказів є гарантом об’єктивного дослідження обставин справи і прийняття юридично вірного рішення. Метою ж застосування правил про недопустимість доказів є відновлення порушених прав шляхом визнання нікчемності доказу, після чого сторони повертаються до стану, який передував процесуальній дії, протягом якої було допущене порушення, тобто має місце відновлення балансу прав і законних інтересів сторін у кримінальному процесі.

На взаємозв’язку інституту визнання фактичних даних недопустимими як доказів і забезпечення права на справедливий суд неодноразово наголошував ЄСПЛ: «…Кожен при встановленні обґрунтованості будь-якого кримінального обвинувачення, висунутого проти нього, має право на справедливий і відкритий розгляд... Суд повторює, що питання щодо допустимості доказів у справі – це, насамперед, предмет регулювання національного законодавства і, як правило, саме національні суди мають давати оцінку наявним у справі доказам. Завдання Суду згідно з Конвенцією полягає не у вирішенні того, чи було належним чином прийнято показання свідків як докази, а у встановленні того, чи провадження в цілому, і, зокрема, спосіб отримання доказів було справедливим. Усі докази повинні зазвичай надаватися у відкритому судовому засіданні в присутності підсудного з метою забезпечення змагальних дебатів». В цьому контексті В. В. Вапнярчук слушно зауважує, що те, що ст. 6 КЗПЛ не встановлює правил допустимості доказів, є цілком природним, враховуючи різні традиції та підходи до цього питання в різних європейських країнах. Однак, закріплена в ч. 2 ст. 6 КЗПЛ фраза «в законному порядку», на думку Суду, не є простим відсиланням до національного законодавства і не означає неможливості здійснення сам і не означає неможливості здійснення самим Судом оцінки доказової діяльності на предмет дотримання прав, гарантованих КЗПЛ, або відповідності порядку, передбаченого національним законодавством, вимогам справедливого кримінального провадження.

Інститут визнання фактичних даних недопустимими як докази слід розглядати як складову презумпції невинуватості, що прямо випливає зі змісту ч. 3 ст. 17 КПК, у якій передбачено, що підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом. Підтвердженням його практичної реалізації є вищезазначені кримінальні провадження, у яких суди ухвалили виправдувальні вироки у зв’язку з визнанням недопустимими отримані фактичні дані.

**Лекція № 4 Поняття, предмет і межі доказування**

Як у пізнанні, так і в доказуванні слід розрізняти предмет та об’єкт дослідження. Об’єктом дослідження є сама подія злочину в усіх її численних проявах, якостях та деталях. Предметом пізнання є включені в процес практичної діяльності людини сторони, якості та відносини об’єктів, що досліджуються з певною метою за даних умов та обставин.

При цьому, як у будь-якому юридичному пізнанні взагалі, так і в кримінально-процесуальному доказуванні зокрема, важливо, щоб з безлічі якостей, станів та інших особливостей об’єкта дослідження наша думка вирізняла найбільш важливі, юридично значущі і вирізняла таким чином, щоб кожна з них була б безперечно необхідною, а всі вони разом узяті були б безперечно достатніми для здійснення правосуддя та розв’язання справи по суті. Сукупність таких елементів і утворює предмет доказування.

Якщо метою доказування є встановлення об’єктивної істини, то предмет доказування вказує на те коло обставин, які утворюють юридично значимі елементи такої істини, а їх встановлення дозволяє розв’язати справу по суті.

В.П. Гмирко пише, що «було б логічніше вважати, що предметом доказування є не така собі сукупність “застиглих” у минулому правнорелевантних фактів і обставин кримінальної справи, а знаннєва юридична конструкція - процесуальна норма, яка являє собою, так би мовити, юридичний проект продукту діяльносте доказування, нормативний схематизм організації правного інобуття правнорелевантної події минулого».

Предмет доказування, - зазначає В. А. Банін, - це певний «зріз» якостей, відносин злочину як явища об’єктивної дійсності, пізнання яких необхідне для вирішення завдань судочинства. При цьому, природно, предмет пізнання при розслідуванні та судовому розгляді може бути ширшим за предмет доказування.

Предмет доказування - це певна квінтесенція обставин події, яка в сукупності розкриває елементи складу злочину, це юридично значущі обставини та сторони розслідуваної події, з’ясування яких необхідне для прийняття підсумкових рішень у справі.

З’ясування обставин, що входять до предмета доказування, має послідовно давати відповідь на запитання класичної формули юриспруденції: «Що, де, коли, ким, яким чином?»

Основу предмета доказування утворює головний факт - наявність чи відсутність складу злочину: об'єкт посягання, об'єктивна сторона (спосіб злочинного діяння, час, місце, наслідки, причинний зв’язок між діянням і наслідками), суб'єкт, суб'єктивна сторона (винність чи невинність, форми вини).

При цьому проблематично стверджувати про можливість встановлення істини щодо цілей та мотивів вчинення злочину. Вони мають виявлятись з найвищим ступенем імовірності. Виявити - означає викрити, знайти, показати, проявити, зробити явним. «Доказати (довести)» - означає підтвердити істинність, правильність будь-чого фактами, незаперечними доводами.

Предметом доказування у кримінальній справі є:

1)подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення);

2)винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма

вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення;

3)вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат;

4)обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом’якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження;

5)обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання;

6)обставини, які підтверджують, що гроші, цінності та інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схиляння особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов’язаного з їх незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення;

7) обставини, що є підставою для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру.

Безсумнівно, предмет доказування має безпосередній зв’язок з нормами кримінального права. Останні визначають об’єкт, об’єктивну сторону, суб’єкт та суб’єктивну сторону складу злочину, можуть вказувати на низку окремих обставин, за наявності яких те чи інше діяння може розглядатися як злочин. По суті, норми кримінального права визначають уявну модель діянь, за вчинення яких має настати конкретна кримінальна відповідальність. Елементи цієї моделі вказують на обставини, наявність або відсутність яких необхідно доводити, для того, щоб мати можливість розв’язати справу по суті відповідно до закону.

Ознаками злочинності діяння є його суспільна небезпечність та протиправність й кримінальна карність (Nullum crimen, nulla poena sine lege - «Нема злочину й покарання, якщо вони не передбачені в законі»), деліктоздатність суб’єкта та його винність.

Основу предмета доказування, безумовно, утворює головний факт - наявність чи відсутність складу злочину: об’єкт посягання, об’єктивна сторона, суб’єкт, суб’єктивна сторона.

Об'єкт злочину - це життя та здоров’я людини; воля, честь і гідність людини; статева свобода та статева недоторканність особи; права і свободи людини; право власності, екологічно безпечне довкілля; громадський порядок і моральність та інші цінності, що захищаються кримінальним законом.

Об'єктивна сторона злочину проявляється в протизаконному та суспільно небезпечному діянні (дії чи бездіяльності), його наслідках та наявності причинного зв’язку між діянням і негативними наслідками.

Відсутність відповідного причинного зв’язку виключає кримінальну відповідальність. Необхідний причинний зв’язок між злочинним діянням і наслідками характеризується тим, що діяння:

1) має передувати наслідкам; 2) має бути умовою, без якої не було б наслідку (принцип conditio sine qua non); 3) наслідки мають бути закономірним результатом вчиненого діяння.

Характерні для окремих кримінальних правопорушень особливості об’єктивної сторони злочинів традиційно розкриваються в роботах з проблем методики розслідування злочинів. Особливої уваги в цьому сенсі заслуговують роботи присвячені економічним злочинам, де є складності як із визначенням і розкриттям способу вчинення злочину та злочинних наслідків, так і з технологією їх доказування.

До обставин, що виключають злочинність діяння, належать: необхідна оборона, уявна оборона, крайня необхідність, затримання злочинця, фізичний або психічний примус, виконання законного наказу, дія в стані ризику та виконання спеціального завдання (ст. 36-43 КК України).

Діяння, пов’язане з ризиком, вперше визнане законом як обставина, що виключає кримінальну відповідальність ст. 42 КК України, згідно з якою не є злочином діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети.

Не є злочином відповідно до положень ст. 43 КК України виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, тобто вимушене заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка згідно з чинним законом виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх злочинної діяльності.

Суб'єкт злочину - фізична осудна особа, яка досягла певного віку. Суб’єктом злочину може бути лише фізична особа - громадянин України, іноземний громадянин, особа без громадянства. Так звані юридичні особи - підприємства, установи, організації за заподіяну шкоду кримінальній відповідальності не підлягають. За загальним правилом кримінальна відповідальність настає з 16-річно- го віку, але за деякі злочини відповідальність настає з 14 років.

Суб’єктом злочину може бути лише осудна особа. Неосудність особи виключає можливість визнання її суб’єктом злочину.

Поняття неосудності визначається на основі двох критеріїв: медичного; юридичного.

Медичний критерій визначає можливі душевні (психічні) хвороби:

а)хронічна душевна хвороба (шизофренія, параноя, маніакально-депресивний психоз, прогресивний параліч, епілепсія);

б)тимчасовий розлад душевної діяльності (алкогольний психоз, біла гарячка, патологічні афекти, патологічне сп’яніння тощо);

в)олігофренія, яка має три стадії: дебільність, імбецильність, ідіотизм;

г)інший хворобливий розлад психіки.

Медичний критерій є лише можливим і необхідним джерелом неосудності, який не вирішує повністю встановлення факту неосудності особи.

Юридичний критерій неосудності зводиться до того, що особа не здатна внаслідок душевної хвороби усвідомлювати свої дії, передбачати їх наслідки або керувати ними.

Згідно зі ст. 19 КК України «Осудною визнається особа, яка під час вчинення діяння, передбаченого цим Кодексом, могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними.

Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка під час вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого цим Кодексом, перебувала в стані неосудності, тобто не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки. Не підлягає покаранню особа, яка вчинила злочин у стані осудності, але до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними. До такої особи за призначенням суду можуть застосовуватися примусові заходи медичного характеру, а після одужання така особа може підлягати покаранню».

Чинне кримінальне право знає поняття обмеженої осудності. Так, згідно зі ст. 20 КК України «підлягає кримінальній відповідальності особа, визнана судом обмежено осудною, тобто така, яка під час вчинення злочину, через наявний у неї психічний розлад, у повній мірі була не здатна усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними. Визнання особи обмежено осудною враховується судом при призначенні покарання і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру».

Особа може бути визнана неосудною або обмежено осудною лише на підставі рішення суду, який враховує під час розв’язання таких питань висновок судово-психіатричної експертизи.

Виною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої кримінальним кодексом, та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності.

Умисел поділяється на прямий і непрямий. Прямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання. Непрямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажала, але свідомо припускала їх настання.

Необережність поділяється на злочинну самовпевненість та злочинну недбалість. Необережність є злочинною самовпевненістю, якщо особа передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), але легковажно розраховувала на їх відвернення. Необережність є злочинною недбалістю, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачати. З’ясування форми вини має важливе значення для правильної кваліфікації злочину та визначення покарання.

Під час розгляду цієї проблеми не можна не звернути уваги на те, що багато положень закону ще не сприяють здійсненню правосуддя.

У цьому зв’язку доречним буде навести один характерний приклад. Під час розслідування кримінальної справи було встановлено, що керівник будівельної організації, зловживаючи своїм посадовим становищем, отримав на складі без оплати різні дефіцитні будівельні матеріали: паркет, сантехнічні вироби, облицювальну плитку тощо. Все це він привіз до себе додому та використав для ремонту квартири. У процесі розслідування йому було висунуто обвинувачення у вчиненні крадіжки. Суд визнав підсудного невинуватим, роз’яснивши, що дії обвинуваченого не мали корисливої мети, бо вилучені незаконним шляхом матеріали він використав для ремонту квартири, яка не є його власністю, а належить державі. Сам мешканець є лише орендарем квартири. Тобто вилучені в одній державній установі матеріали були, по суті, передані у відання іншої організації, що ставить під сумнів наявність у підсудного корисливої мети.

Для притягнення особи до кримінальної відповідальності за розкрадання за чинним законодавством теорією та практикою правосуддя необхідно довести не тільки звернення вилученого майна на свою користь, але й наявність при цьому корисливої мети.

Мета - уявна модель бажаного результату. Це абстрактний результат мислення, власне, задум. Чи можливо це довести? Частіше за все, самі думки є недоказуваними, бо «не залишають слідів». Сліди залишають діяння, а зовсім не думки. З іншого боку, покарання має наставати не за думки і незалежно від думок (цілей та мотивів), а за дії або бездіяльність. Цілі та мотиви, на наш погляд, треба виключити з використання в законі як необхідні та юридично значимі обставини, що характеризують конкретний склад злочину.

Обставини, що впливають на ступінь та характер відповідальності обвинуваченого, а також інші обставини, що характеризують особистість обвинуваченого. Згідно зі ст. 66 КК України під час здійснення правосуддя обставинами, які пом’якшують покарання, визнаються:

1) з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю злочину;

2) добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди;

3) вчинення злочину неповнолітнім;

4) вчинення злочину жінкою в стані вагітності;

5) вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин;

6) вчинення злочину під впливом погрози, примусу або через матеріальну, службову чи іншу залежність;

7) вчинення злочину під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними чи аморальними діями потерпілого;

8) вчинення злочину з перевищенням меж крайньої необхідності;

9) виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, поєднане з вчиненням злочину у випадках, передбачених цим Кодексом.

Під час призначення покарання суд може визнати такими, що йоґо пом’якшують, і інші обставини, не зазначені в частині першій цієї статті. Якщо будь-яка з обставин, що пом’якшує покарання, передбачена в статті Особливої частини цього Кодексу як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його пом’якшує.

Обставинами, які обтяжують покарання, згідно зі ст. 67 КК України визнаються:

1)вчинення злочину особою повторно та рецидив злочинів;

2)вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою;

3)вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату;

4)вчинення злочину у зв’язку з виконанням потерпілим службового або громадського обов’язку;

5)тяжкі наслідки, завдані злочином;

6)вчинення злочину щодо малолітнього, особи похилого віку або особи, що перебуває в безпорадному стані;

7)вчинення злочину щодо жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності;

8)вчинення злочину щодо особи, яка перебуває в матеріальній, службовій чи іншій залежності від винного;

9)вчинення злочину з використанням малолітнього або особи, що страждає психічним захворюванням чи недоумством;

10)вчинення злочину з особливою жорстокістю;

11)вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій;

12)вчинення злочину загальнонебезпечним способом;

13)вчинення злочину особою, що перебуває у стані алкогольного сп’яніння або у стані, викликаному вживанням наркотичних або інших одурманюючих засобів.

Під час призначення покарання суд не може визнати такими, що його обтяжують, обставини, не зазначені в статті 67 КК України. Більше того, якщо будь-яка з обставин, що обтяжує покарання, передбачена в статті Особливої частини цього Кодексу як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його обтяжує.

Характер та розмір збитку; заподіяного злочином. Злочином може бути заподіяна фізична, матеріальна і моральна шкода.

До матеріальних збитків слід відносити як пряму шкоду, так і упущену вигоду. Необхідно довести, яке майно було незаконно вилучене, пошкоджене чи знешкоджене злочином, на яку суму знижена вартість майна, яке було пошкоджене. Під час розкрадання, нестачі, умисного знищення або умисного псування матеріальних цінностей шкода визначається за державними роздрібними чи ринковими цінами. Для визначення розміру завданої злочином матеріальної шкоди слід керуватись Порядком визначення розміру збитків від розкрадання, нестачі, знищення (псування) матеріальних цінностей, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 22 січня 1996 р. № 116 з урахуванням загального індексу інфляції.

Розмір, умови і порядок відшкодування матеріальної шкоди визначається відповідно до правил і принципів, викладених у ст. 1166-1194 Цивільного кодексу України.

Моральна шкода - це втрати немайнового характеру внаслідок страждань, приниження честі, гідності та ділової репутації, ускладнень особистого життя, що викликані фізичним болем та стражданнями, які особа зазнала, ушкодженням здоров’я, знищенням, пошкодженням чи незаконним вилученням майна в процесі злочину чи інших протиправних дій. Доказуванню підлягає сам факт та характер моральної шкоди, що настала внаслідок злочинних дій. Розмір компенсації моральної шкоди визначається судом, виходячи з оцінки усіх обставин справи.

Розмір і порядок компенсації моральної шкоди визначається відповідно до правил і принципів, викладених у ст. 23 та ст. 1167-1168 Цивільного кодексу України.

Розмір, умови і порядок відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншими ушкодженнями здоров‘я або смертю потерпілого, визначається відповідно до правил, викладених уст. 1195-1208 Цивільного кодексу України. Має бути встановлений ступінь тяжкості тілесних ушкоджень, а разом з тим і розмір витрат на лікування особи.

Кошти, витрачені закладом охорони здоров’я на стаціонарне лікування особи, потерпілої від злочину, стягуються судом з обвинуваченого при поставленні вироку за позовом закладу охорони здоров'я, органу Міністерства фінансів України або прокурора.

Заклад охорони здоров’я визнається цивільним позивачем, а його представник може брати участь у справі для захисту майнових прав позивача.

Доказування обставини, які підтверджують, що гроші, цінності та інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схиляння особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов’язаного з їх незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення, необхідно для вирішення питання про можливість застосування конфіскації та інших заходів кримінальної відповідальності, що можуть застосовуватись до юридичних осіб відповідно до ст. 96-6 КПК України: 1) штраф; 2) конфіскація майна; 3) ліквідація.

Доказування обставини, що є підставою для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру, спрямовується на з’ясування обставин, що указують на вчинення її уповноваженою особою: від імені та в інтересах юридичної особи, визначених в ст. 96-3 КК України злочинів в інтересах юридичної особи, якщо вони спрямовані на отримання нею неправомірної вигоди або створення умов для отримання такої вигоди, а так само на ухилення від передбаченої законом відповідальності.

Межі доказування більшість дослідників пов’язують з обсягом доказів, необхідних для правильного розв’язання справи.

В. Т. Нор під межами доказування розуміє такі межі, які забезпечують повне і достовірне встановлення всіх обставин, що можуть мати значення для справи, необхідну і достатню сукупність доказів, зібрання яких забезпечують вияснення всіх обставин предмета доказування, а отже, і правильне вирішення кримінальної справи.

Межі доказування, як зазначають Ю.М. Грошевий та С.М. Стахівський, - це лише та сукупність доказів, яка дозволяє повністю дослідити всі обставини, що підлягають доказуванню у кримінальній справі, та прийняти законне рішення у справі. Інакше кажучи, обсяг доказування - це наявність усіх доказів у справі, а межі – їх мінімальна сукупність, яка дозволяє ясно і грунтовно дослідити обставини, які входять до предмета доказування.

Межі доказування, на думку Л.М. Карнєєвої, визначають глибину, ступінь дослідження обставин, що підлягають встановленню, коло, обсяг доказів та їх джерел, доказових фактів, процесуальних дій, необхідних для цього. Якщо предмет доказування слід розглядати як межі дослідження обставин справи по горизонталі, то доказування, що визначають глибину їх дослідження, можна умовно визначити як межі по вертикалі.

Якщо предмет доказування - це сукупність відшукуваних фактів, то межі доказування - це такий ступінь достатності та достовірності системи доказів, який дозволяє зробити однозначний і неспростовний висновок як за кожним із елементів предмета доказування, так і у справі загалом.

Достатність доказів обумовлює можливість здійснення на підставі даної їх сукупності достовірного висновку і прийняття відповідного рішення.

Межі доказування характеризуються достатністю та вичерпністю усіх можливих засобів, таким дослідженням, яке дає можливість зробити беззаперечний і неспростовний висновок щодо предмета доказування або яке вичерпало усі передбачені законом засоби і форми щодо збирання, дослідження і перевірки доказів, необхідних для встановлення істини у справі.

**Лекція № 5 Процес доказування та його елементи**

**ПОКАЗАННЯ**

У кримінально-процесуальному доказуванні готових доказів не існує і існувати не може. Окремі кванти інформації отримують статус доказів лише тоді, коли вони були виявлені, сприйняті і зафіксовані в передбаченому законом порядку, а в процесі процесуальної діяльності суб’єктів доказування був з необхідною достатністю зафіксований необхідний для подальшої перевірки весь інформаційно-пізнавальний процес, в результаті чого і формуються самі докази.

На думку О.М. Ларіна, доказування - це регламентована законом діяльність, яка складається з виникнення, розвитку, припинення правовідносин, включає можливість владного примусу, глибоко стосується інтересів громадян, суспільства та держави.

На погляд С. А. Альперта, доказування є процесуальною діяльністю органів розслідування, прокурора та суду з оперуванням доказами, яка полягає в збиранні доказів, їх закріпленні, перевірці, відповідній оцінці та одержанні, таким чином, обгрунтованих висновків у справі.

За визначенням Р. Е. Савонюка, кримінально-процесуальне доказування в досудовому слідстві - це регламентована кримінально-процесуальним законом пізнавальнопрактична діяльність слідчого за участі інших суб’єктів кримінального процесу зі збирання (закріплення), дослідження (перевірки), оцінки доказів та їх джерел з метою встановлення об’єктивної істини в кримінальній справі.

Якщо розглянути процес доказування в аспекті практичної діяльності, то він може бути поділений на декілька взаємопов’язаних частин; збирання (пошук, знайдення, вилучення та закріплення) доказових матеріалів; дослідження, перевірка, оцінка та використання доказів.

Кожна з названих частин процесу доказування незмінно супроводжується висуненням, побудовою та перевіркою слідчих версій, уявним моделюванням події злочину та процесів відображення його у зовнішньому середовищі, динаміки слідоутворення, перевіркою висунутих версій та оптимізацією подальшого евристичного пошуку і дослідження доказової інформації. Цей процес органічно включає в себе як чуттєво-практичну, так і аналітичну діяльність. Підсумок доказування - висновки у справі, які являють собою результат синтезу чуттєво-практичної та розумової діяльності суб’єктів доказування.

Виділяючи в доказуванні такі елементи, як збирання, дослідження, перевірка, оцінка та використання доказів, слід зауважити, що такі не є певними етапами процесу доказування, а органічно поєднані один з одним. Вірніше кажучи, вказаними термінами означають окремі змістовні акценти доказової діяльності. Само збирання доказів не є заволодіння готовими доказами, а багато- аспектним пізнавальним актом, який включає виявлення джерел доказової інформації, отримання фактичних даних і їх фіксацію. При отриманні доказової інформації вона уже отримує певну оцінку, дослідження і перевірку, а для здобуття нових доказів може мати місце використання окремих доказів (наприклад, при допиті пред’являються речові докази для отримання правдивих свідчень).

У реальній діяльності отримання, дослідження і оцінка доказів часто є невід’ємними складовими єдиного акту пізнавальнодоказової діяльності і в своїй єдності нерідко утворюють змістовну сторону окремих слідчих дій. Разом з тим, указані елементи роботи з доказами можуть мати і самостійний характер, наприклад, дослідження доказів може стати змістом окремої експертизи, а оцінка всієї сукупності доказів здійснюватись при прийнятті окремого рішення у кримінальному провадженні. Отримання, дослідження, перевірка, оцінка та використання доказів - діалектично єдині прояви особливого пізнавального процесу - доказування у кримінальному провадженні.

Доказування у кримінальному процесі являє собою здійснювану в передбаченому законом порядку діяльність слідчого, прокурора та суду за участю інших суб’єктів процесуальних правовідносин зі здобуття, дослідження, перевірки та оцінки фактичних даних (доказів), використання їх у встановленні істини у справі, обґрунтуванні висновків та рішень, які приймаються.

Процесуальна форма доказування визначається його змістом.

З прийняттям нового КПК України розгляд питань процесу доказування набирає все більшої широти, знаходить розкриття в сучасних новітніх підручниках з кримінального процесу, посібниках і науково-практичних коментарях до КПК України, аналізується в новітніх наукових статтях1.

У структурі доказового права можна виділити такі елементи: суб’єкти доказування, предмет доказування, докази та безпосередньо сам процес доказування.

Суб'єктами доказування є ті учасники кримінального процесу, на яких покладається обов’язок встановлення об’єктивної істини. Доки вони у передбаченому законом порядку не докажуть вини особи у вчиненні злочину, що їй інкримінується, ця особа вважається невинуватою. Обвинувачена особа не зобов’язана доводити свою невинуватість. Еі incumbitprobatcio, qui dicit, non qui negat («Тягар доказування лежить на тому, хто стверджує, а не на тому, хто заперечує»).

Конституція України (ст. 62), встановлюючи дію принципу презумпції невинуватості обвинуваченого та підозрюваного, закріплює правило: «Ніхто не зобов’язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь».

Таким чином, підозрюваний та обвинувачений у кримінальному процесі не зобов’язані доводити свою невинуватість. Вони апріорі вважаються невинуватими, якщо їх провину не довели уповноважені на це суб’єкти кримінального процесу, доти, доки їх провина не буде підтверджена обвинувальним вироком суду.

Обов'язок -доказування у кримінальному процесі покладається виключно на осіб, у провадженні яких перебуває справа - слідчий, прокурор, суд, суддя, слідчий суддя.

Час вимагає зміцнення принципу процесуальної самостійності й незалежності слідчого.

Органами досудового розслідування (органами, що здійснюють дізнання і досудове слідство), згідно зі ст. 38 чинного КПК України, є:

1) слідчі підрозділи:

а)органів внутрішніх справ;

б)органів безпеки;

в)органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства;

г)органів державного бюро розслідувань;

2) підрозділ детективів, підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України.

Оперативні підрозділи органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів Державної пенітенціарної служби України, органів Державної прикордонної служби України, органів Державної митної служби України здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора, а підрозділ детективів, оперативно-технічний підрозділ та підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України - за письмовим дорученням детектива або прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури.

Детективи Національного антикорупційного бюро України фактично поєднують в собі статус слідчого і оперуповноваженого, можуть виконувати як слідчі дії, так і здійснювати оперативно-розшукові заходи. Ця новела законодавства потребує окремого теоретичного аналізу.

Зазначимо також, що детективи Національного антикорупційного бюро України, які наділені компетенцією слідчого, при здійсненні кримінальних проваджень, для виконання покладених на них завдань можуть застосовувати надані їм права, ще лежать як у площині оперативно-розшукової, так і адміністративної та юрисдикції.

Зокрема, відповідно до ст. 17 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» Національному бюро та його працівникам для виконання покладених на них обов’язків надається право: на підставі рішення директора Національного бюро або його заступника, погодженого з прокурором, отримувати від банків, депозитарних, фінансових та інших установ, підприємств та організацій незалежно від форми власності інформацію про операції, рахунки, вклади, правочини фізичних та юридичних осіб, яка необхідна для виконання обов’язків Національного бюро. Отримання від банків інформації, яка містить банківську таємницю, здійснюється в порядку та обсязі, визначеними Законом України «Про банки і банківську діяльність» з урахуванням положень цього закону, а отримання від Центрального депозитарію цінних паперів, Національного банку України та депозитарних установ інформації, що міститься у системі депозитарного обліку цінних паперів, - в порядку та обсязі, встановленими Законом України «Про депозитарну систему України» з урахуванням положень цього закону. Суб’єкти, яким адресовано зазначене рішення, зобов’язані невідкладно, але не більше ніж протягом трьох робочих днів, надати відповідну інформацію. У разі неможливості її надання у зазначений строк з обґрунтованих причин за зверненням відповідного суб’єкта Національне бюро може продовжити строк надання інформації на строк не більше двох календарних днів; витребовувати за рішенням керівника структурного підрозділу Національного бюро та одержувати в установленому законом порядку у вказаному в запиті вигляді та формі від інших правоохоронних та державних органів, органів місцевого самоврядування інформацію, необхідну для виконання обов’язків Національного бюро, утому числі відомості про майно, доходи, видатки, фінансові зобов’язання осіб, які ними декларуються у встановленому законом порядку, відомості про використання коштів Державного бюджету України, розпорядження державним або комунальним майном; на підставі відповідного рішення суду на строк до 10 діб опечатувати архіви, каси, приміщення (за винятком жилих) чи інші сховища, брати їх під охорону, а також вилучати предмети і документи у порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України. Національне бюро в порядку, визначеному законодавством, має прямий доступ до автоматизованих інформаційних і довідкових систем, реєстрів та банків даних, держателем (адміністратором) яких є державні органи або органи місцевого самоврядування, користується державними, утому числі урядовими, засобами зв’язку і комунікацій, мережами спеціального зв’язку та іншими технічними засобами.

У даному випадку особи, які здійснюють розслідування корупційних діянь, отримують можливість поєднувати в одній особі виконання слідчої і оперативно-розшукової функції, процесуальної і оперативно-розшукової та адміністративної діяльності, що не є притаманним в повній мірі для слідчих інших підрозділів.4"

Зауважимо, що наявність розгалуженої системи слідчих та оперативних підрозділів у різних відомствах теж має свої переваги за умови, що між ними є певна конкуренція (конкуренція - двигун прогресу), яка може доповнюватись взаємоконтролем та взаємодопомогою. Така модель може бути більш гнучкішою за умови розумного її застосування і може стати противагою тоталітарності за умови чіткого визначення повноважень і гарантій їх здійснення.

Реалізація засад процесуальної самостійності і незалежності слідчого вимагає вирішення до кінця проблеми відмежування слідчої функції від адміністративної влади, виведення слідчого з-під можливого впливу виконавчої та законодавчої влади, визнання функції розслідування самостійною функцією кримінального процесу, визначення місця слідчого в системі гілок влади та зміцнення його статусу. Для забезпечення процесуальної самостійності слідчого доцільно скасувати положення чинного КПК України, згідно з якими слідчому мають даватися прокурором та керівником слідчого підрозділу обов’язкові до виконання письмові вказівки. Адміністративна влада неповинна поєднуватися з функцію розслідування, процесуального контролю чи нагляду в одній особі. На слідчих слід поширити статус недоторканності аналогічно статусу недоторканності суддів. Назріла необхідність чіткого законодавчого визначення процесуального статусу слідчого, регламентації його прав, обов’язків та законодавчого визначення гарантій його діяльності, про що йшла мова в наукових виданнях як України, так і зарубіжних країн.

Відповідно до приписів ст. 92 КПК України обов’язок доказування обставин предмету доказування «покладається на слідчого, прокурора та, в установлених цим Кодексом випадках, - на потерпілого. Обов’язок доказування належності та допустимості доказів, даних щодо розміру процесуальних витрат та обставин, які характеризують обвинуваченого, покладається на сторону, що їх подає».

У даній нормі текстуально не видно, що обов’язок доказування покладено на суд, який буцімто, за задумом законодавця, в змагальному процесі має бути неупередженим арбітром. Між тим це не зовсім так. Відповідно до ст. ЗО КПК України на суд покладено обов’язок здійснення правосуддя і ні за яких концепцій не можна вимагати від суду виконання даного завдання кримінального судочинства і винесення справедливого вироку без встановлення ним істини.

Для встановлення істини суд має стати активним дослідником справи, іншого не дано. В цьому контексті ч. 1 ст. 23 КПК України недвозначно визначає, що «суд досліджує докази безпосередньо». Отже він не повинен сподіватися лише на те, що вони будуть досліджені сторонами. Більш того, згідно з ч. 2 ст. 23 КПК України «не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду...», а «головуючий у судовому засіданні... спрямовує судовий розгляд на забезпечення з’ясування всіх обставин кримінального провадження...» (ч. 1 ст. 321). В судовому розгляді справи суд не тільки є суб’єктом доказування, а й його організатором, координатором і безпосереднім дослідником доказів.

Захисник зобов’язаний використати всі вказані в законі засоби захисту з метою з’ясування обставин, які виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, підсудного або пом’якшують чи виключають його відповідальність.

За загальним правилом захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється без-посередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику (ч. 4 ст. 46 КПК України). Відповідно для здійснення своєї доказової складової функції захисту захисник може: під час проведення процесуальних дій ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дій, які заносяться до протоколу; застосовувати з додержанням вимог закону технічні засоби при проведенні процесуальних дій, в яких він бере участь, окрім фіксації даних, що містять таємницю, яка охороняється законом, чи стосуються інтимного життя особи; заявляти клопотання про проведення процесуальних дій; одержувати копії процесуальних документів та письмові повідомлення тощо.

Крім того, захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого, до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту - такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості (ч. 5 ст. 46 КПК України).

Сторона захисту, згідно з ч. З ст. 93 КПК України, здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

Захисник-адвокат має право: збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази; одержувати документи або їх копії від підприємств, установ, організацій, а від громадян - за їх згодою; ознайомлюватися з необхідними документами та матеріалами; отримувати письмові висновки фахівців; застосовувати науковотехнічні засоби під час провадження слідчих дій за згодою слідчого; подавати докази.

При цьому захиснику надані лише найнеобхідніші права, а процесуальна форма їх реалізації законом не регламентована. Пояснюється це тим, що на боці захисника принцип презумпції невинуватості, згідно з яким діє правило: всі сумніви тлумачаться і розв’язуються на користь обвинуваченого. В силу цього захиснику необов’язково збирати неспростовні докази невинуватості свого підзахисного, а достатньо лише надати такі, які породжують сумніви у його винуватості.

Проте, на наш погляд, все ж таки процесуальна форма дій захисника із збирання доказів повинна передбачати певні гарантії отримання достовірних фактичних даних. Інакше можливості для того, щоб сіяти сумніви, можуть виявитися безмежними. Сумніви також мають бути обґрунтованими.

Закономірно виникає питання: чи потрібно винаходити якусь спеціальну форму збирання та дослідження доказів захисником, чи може бути виправданим надання йому права самостійно провадити ряд вже регламентованих законом слідчих дій? Спроби винайти будь-яку спеціальну форму діяльності захисника із збирання та дослідження доказів можуть привести тільки до невиправданої ерозії існуючої та певною мірою апробованої процесуальної форми і закріплених у законі процесуальних гарантій.

Уявляється, що захиснику має бути надане право самостійно здійснювати у встановленому законом порядку такі слідчі дії, як огляд предметів та документів у місці їх перебування, а також допит свідків за їх згодою. Певно, буде виправданим надати свідку право відмовитися від давання свідчень захиснику і вимагати допиту з урахуванням можливостей правоохоронних органів із забезпечення безпеки, визначених у Законі України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993 року.

Разом з тим викликає заперечення положення Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», викладені в п. 7 ст. 20, про те, що адвокат в своїй діяльності має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом, зокрема «вилучати речі, документи, їх копії». За загальним правилом в кримінальному процесі сторона захисту, а отже і захисник, згідно з ч. З ст. 93 КПК України, здійснює збирання доказів шляхом «витребування та отримання речей, копій документів». Тобто мова може йти лише про отримання виданих, а не про можливість «вилучення», без згоди володільця документа чи речі. «Вилучення» зазвичай розуміється як примусова виїмка, а сторона захисту за визначенням її функції не може наділятися примусовими повноваженнями. Нарешті для захисту достатньо отримання копій документів, а не «вилучати документи», тим більше за відсутності покладеного законом обов’язку їх при цьому належним чином зберігати та надавати суду. На перший погляд незначна законодавча казуїстика може мати лише характер проблем дефініцій, але в реальності такі «дрібниці» мажуть давати можливості не стільки для паралельного адвокатського розслідування, скільки, як показує практика, для активної протидії слідству шляхом укриття чи знищення доказів. Спокуса задіяти відповідні законодавчі «дефініції» може призводити до того, що сам адвокат може стати співучасником самого злочину.

п. 7 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» має бути викладений у більш коректній редакції, відповідно до змісту ч. З ст. 93 КПК України, а законодавчі норми, якими визначаються права захисника в кримінальному провадженні і особи, що має статус адвоката, потребують узгодження і гармонізації, а за своїм змістом, мають бути збалансовані з функціями даних суб’єктів.

У доказуванні як процесуальній діяльності незмінно присутні і поєднуються пізнавальні (пошукові та інформаційні процеси), комунікативні (фіксація та забезпечення передачі фактичних даних у часі та просторі), засвідчу вальні (закріплення, підтвердження достовірності фактичних даних) та обґрунтовуючі (використання доказів у встановленні істини) елементи.

Пізнавальний елемент доказування полягає у виявленні джерел доказової інформації та отриманні фактичних даних щодо обставин, які належать до предмета доказування. Тобто здійснюється пошук, знайдення та отримання інформації, яка стосується справи.

Комунікативний елемент доказування полягає в тому, що, сприймаючи доказову інформацію, слідчий в силу своєї функції так або інакше мислить себе частиною «пізнавальної системи», частками якої є всі посадові особи, які здійснюють пізнавальну діяльність у кримінальному процесі. Його завдання полягає в перетворенні «істини в собі» в «істину для всіх», у тому числі і для себе. Це досягається надійністю засобів вилучення та фіксації фактичних даних.

«Якщо пізнання в широкому розумінні цього слова, - зазначав І.М, Лузгін, - являє собою отримання знань про ті або інші предмети і явища, то доказування полягає в обгрунтуванні встановлених положень, у створенні умов для пізнання тих самих обставин іншими особами. Через доказування мовби перекидається місток від явищ, які безпосередньо сприймаються слідчим, до адресата (суду), якому таким чином створюються умови для пізнання того ж явища».

Комунікативний бік доказування спрямований на опредмечування знань, фіксацію отриманої інформації, її процесуальне оформлення та пристосування до використання в судовому розгляді всіма суб’єктами кримінального процесу.

Процесуальна форма збирання та дослідження доказів виступає, по суті, універсальним комунікативним та засвідчувальним засобом, засобом передачі доказової інформації адресату та створення необхідних гарантій її надійності - достовірності та допустимості у справі.

Засвідчувсиїьний елемент доказування (збирання та дослідження доказів) проявляється в документуванні та засвідченні в установленому порядку виявлених даних, а водночас і самої процедури одержання доказів з тим, щоб обґрунтувати їх достовірність та правильність зроблених на їх основі висновків.

Як відзначає О. Р. Ратінов, доказування - це «єдність пізнавальної й посвідчуючої (практичної) сторін».

Документуванням діяльності з виявлення, віднайдення, отримання та фіксації доказової інформації (пошуку, знайдення, вилучення та фіксації слідів злочину) утворюється певна система додаткових допоміжних доказів, що підтверджують достовірність і допустимість до справи вже отриманих доказів. Тим самим, такий процес доказування стає надійним джерелом встановлення об’єктивної істини.

По суті, доказування включає в себе пізнавальну; комунікативну та засвідчувальну і розумову діяльність як невід ’ємні структур- ні компоненти.

Як немає доказування без пізнання, так немає його і без фіксації та засвідчення самих доказів і процесу їх збирання та дослідження, без їх аналізу, тобто без супроводження процесу пізнання комунікативною, засвідчувальною та логіко-розумовою діяльністю. Пізнавальні, комунікативні, засвідчувальні та мисленнєві акти слідчого (суду) утворюють органічну єдність і являють собою якісно нову діяльність - доказування.

Зовнішньопредметна пізнавальна діяльність невіддільна у доказуванні від розумової діяльності з оцінки доказів та їх використання в побудові версій, моделюванні події злочину та подальшого ходу розслідування. Мислення в доказуванні невіддільне від чуттєвого пізнання, а аналіз, оцінка, перевірка та використання доказів органічно вплітаються в діяльність із збирання та дослідження доказової інформації. При цьому саме дослідження доказове, оскільки воно під час свого провадження, застосування, розвитку відтворює як логіку пізнання, так і логіку дійсності.

Підсумок доказування - висновок у справі - являє собою результат синтезу чуттєво-практичної (пізнавально-засвідчувальної та комунікативної) і розумової (оціночної та обґрунтовуючої) діяльності суб’єктів доказування.

Збирання доказів полягає в пошуку та виявленні джерел і носіїв доказової інформації, отриманні (вилученні стосовно речових доказів), а також закріпленні (фіксації) у передбаченій законом процесуальній формі фактичних даних.

Збирання доказів, відповідно до приписів ст. 93 КПК України, здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим у порядку, передбаченому законом.

«Сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом.

Сторона захисту, потерпілий здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій. негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

Ініціювання стороною захисту, потерпілим проведення слідчих (розшукових) дій здійснюється шляхом подання слідчому, прокурору відповідних клопотань, які розглядаються в порядку, передбаченому статтею 220 цього Кодексу. Постанова слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій може бути оскаржена слідчому судді.

Докази можуть бути одержані на території іноземної держави в результаті здійснення міжнародного співробітництва під час кримінального провадження».

Матеріали оперативно-розшукової діяльності за чинним законодавством (ст. 10 Закону України про оперативно-розшукову діяльність) використовуються «для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальному провадженні».

Згідно з ч. 2 ст. 99 КПК України «матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”, за умови відповідності вимогам цієї статті, є документами та можуть використовуватися в кримінальному провадженні як докази».

Слідчий, прокурор, відповідно до ч. 1 ст. 214 КПК України, невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов’язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування. Між тим, чинний закон не передбачив дієвих механізмів безпосереднього виявлення і попередження злочинів.

Практика має потребу в тому, щоб кримінально-процесуальне законодавство закріпило юридичні засади концептуальної моделі безпосереднього виявлення злочину.

У КПК України доцільно викласти окрему статтю «Безпосереднє виявлення ознак злочину», в якій мають бути закріплені такі основні положення:

1)безпосереднє виявлення злочину - це ініціативна, здійснювана на підставі та відповідно до закону інформаційно-пошукова діяльність посадових осіб правоохоронних органів у рамках їх компетенції, в процесі якої виявляються факти латентних злочинів чи окремі епізоди злочинної діяльності певних осіб;

2)безпосереднє виявлення злочину можуть здійснювати лише правоохоронні органи та їхні посадові особи у процесі застосування наданих їм інформаційно-пошукових повноважень;

3)отримуючи інформацію про злочин, що вчинений чи готується, названі правоохоронні органи мають забезпечити надійну фіксацію і збереження доказової інформації, здійснити складання письмових документів, які фіксують зміст, порядок та форму провадження пізнавальних дій, характер використаних при цьому пізнавальних методів та науково-технічних засобів, а також усі отримані при цьому результати; докладно відобразити в документах, які складаються, час, місце, обставини знайдення та вилучення, якісних та кількісних характеристик, а також індивідуально-визначальних якостей предметів і документів, що вилучаються, змісту отриманих фактичних даних; засвідчення достовірності записів у складених документах підписами понятих та інших учасників юридичної дії;

1)якщо під час провадження певної дії були вилучені будь-які предмети та документи, особі, у якої проведено вилучення, обов’язково має бути вручено копію протоколу або акта, який фіксує факт вилучення;

2)безпосереднє виявлення ознак скоєного чи підготовлювано- го злочину фіксується згідно з вимогами законодавства відповідно у матеріалах адміністративного чи іншого юридичного провадження, оформлюється посадовою особою, що виявила злочин, письмовим повідомленням, а слідчим, прокурором і судом - постановою, в яких викладаються виявлені відомості про злочин та його ознаки;

3)фактичні дані, отримані при безпосередньому виявленні злочину шляхом здійснення оперативно-розшукових, адміністративних чи інших непроцесуальних дій, можуть використовуватися в кримінально-процесуальному доказуванні за умови, що такі дані отримано суб’єктом, уповноваженим на інформаційно-пошукові дії, з’ясовано й може бути перевірено джерело і спосіб здобуття доказової інформації; ці дані здобуті відповідно до вимог закону без порушення чи недопустимого обмеження прав і свобод громадян і становлять достовірну інформацію, яка відповідає вимогам допустимості доказів у кримінальному судочинстві.

Одними з найбільш ефективних процесуальних засобів збирання доказів є слідчі та негласні слідчі (розшукові) дії.

Сторона обвинувачення здійснює збирання доказів здебільшого шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а сторона захисту, потерпілий може здійснювати збирання доказів шляхом ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій. Відповідно ініціювання стороною захисту, потерпілим проведення слідчих (розшукових) дій здійснюється шляхом подання слідчому, прокурору відповідних клопотань.

Кримінальний процесуальний кодекс України передбачає широку систему слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій: 1) гласні слідчі (розшукові) дії: огляд (ст. 237), включаючи огляд трупа (ст. 238), огляд трупа, пов’язаний з ексгумацією (ст. 239); допит, у тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб, який раніше йменувався очною ставкою (ст. 224-226); пред’явлення для впізнання (ст. 228-231), обшук (ст. 233-236), слідчий експеримент (ст. 240), освідування (ст. 241), отримання зразків для експертного дослідження (ст. 245), провадження експертизи (ст. 241-244); 2) негласні слідчі (розшукові) дії: аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260); арешт, огляд та виїмка кореспонденції (ст. 261-262); зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263); зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264); обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268); спостереження за особою, місцем або річчю (ст. 269); моніторинг банківських рахунків (ст. 269-1); аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270); контроль за вчиненням злочину (ст. 271); виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272); негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження, та деякі інші пізнавальні дії, які за умови юридичної визначеності і відповідно належної регламентації можуть отримати статус «слідчих дій».

Дослідження доказів нерозривно пов’язане з їх збиранням, перевіркою та оцінкою. Воно має місце вже в ході віднайдення джерел доказової інформації. Особливу роль цей напрямок діяльності суб’єктів доказування відіграє в роботі з речовими доказами, де виявлення та розшифровка доказових якостей останніх часто-густо пов’язані з необхідністю застосування інструментальних та інших методів дослідження. Дослідження доказів у цьому плані має характер опанування їх смислу та інформаційного значення.

В окремому дослідженні - експертизі - має місце отримання також нових знань - висновків, які робляться експертом на основі аналізу якостей різних об’єктів (наприклад, слідів кримінального правопорушення і зразків для порівняльного дослідження) та використання фахових знань.

Перевірка доказів. Відповідно до вимог закону всі зібрані у справі докази підлягають ретельній, всебічній та об’єктивній перевірці.

Мета перевірки - з’ясування доброякісності, придатності зібраних доказів для встановлення фактів, що належать до предмета доказування.

Перевірка доказів включає перевірку віднесеності до справи, допустимості та достовірності зібраних речових джерел інформації, документів та інших доказів. При цьому з’ясовуються та аналізуються інформаційні (доказові) якості зібраних матеріалів, встановлюється, чи додержані процесуальні правила збирання доказів, чи зіставляються одні докази з іншими фактичними даними, які є у справі, та встановленими фактами.

Перевірка доказів здійснюється також шляхом збирання нових доказових даних, які підтверджують або спростовують достовірність доказів, що є у справі, або відповідність дійсності встановлених ними фактів.

Оцінка доказів - розумова, логічна діяльність слідчого, прокурора, захисника та суду, що приводить їх до переконання про допустимість, належність, достовірність, значимість кожного доказу та достатності їх сукупності для встановлення обставин, які мають значення у справі.

Відповідно до ст. 94 КПК України «слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів - з точки зору достатності та взаємозв’язку для прийняття відповідного процесуального рішення. Жоден доказ не має наперед встановленої сили».

Оцінка доказів матеріалізується в процесуальних документах, в судових промовах, здійснюваних у процесі судових дебатів, які фіксуються в протоколі судового засідання, в судових рішеннях.

Оцінку доказів здійснюють також учасники змагального процесу - потерпілий, обвинувачений (підсудний), цивільний позивач, цивільний відповідач та їхні представники. їх оцінка доказів може бути викладена в заявах, клопотаннях, виступах в судових дебатах чи виступі підсудного з останнім словом.

Оцінка доказів здійснюється відповідно до законів (правил, постулатів) логіки. Вона включає у себе такі елементи, як аналіз, синтез, порівняння. Під час оцінки доказів здійснюється уявне моделювання досліджуваних обставин та причинно-наслідкових зв’язків.

Правила оцінки доказів:

а)суд, прокурор, слідчий та особа, яка провадить дізнання, вільні в оцінці доказів. Жодні докази не мають заздалегідь встановленої сили. Свобода в оцінці доказів гарантується законом (незалежність судді, процесуальна самостійність слідчого та особи, яка провадить дізнання, додержання таємниці наради суддів під час винесення вироку тощо);

б)оцінка доказів здійснюється за внутрішнім переконанням особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора та суду. Суд під час оцінки доказів не пов’язаний з висновками, зробленими в обвинувальному акті слідчого і прокурора;

в)оцінка доказів має ґрунтуватися на розгляді всіх обставин справи в їх сукупності;

г)під час оцінки доказів слідчий, прокурор та суд керуються законом та правосвідомістю.

Всебічна оцінка доказів завершується побудовою висновків у справі та обґрунтуванням рішень, які приймаються щодо використання доказів.

Використання доказів. Всебічна оцінка доказів завершується побудовою висновків у справі та обґрунтуванням рішень, які приймаються щодо використання доказів.

Доказування-обґрунтування являє собою логічно комунікативну діяльність з переконування суду та інших учасників судочинства (адресатів доказування) в достовірності доказів, достатності їх системи та істинності суджень, умовиводів, висновків.

Доказування-обґрунтування включає в себе логічні операції із застосування доказів як аргументів в обґрунтуванні висновків у справі, а тим самим з’ясування їх співвідношення з іншими доказами та всією системою доказів, виступає окремою формою додаткової перевірки і оцінки доказів, є органічною складовою цілісного процесу доказування.

Однак використання доказів не вичерпується доказуванням-обґрунтуванням. Це поняття більш широке. Ним охоплюються такі дії, як пред’явлення доказів під час допитів, очних ставок, впізнання, судового слідства тощо.

Доказування-обґрунтування є важливою, основною, але, як випливає з висловлених положень, не єдиною частиною процесу використання доказів. Використання доказів включає в себе логічні операції із застосування їх як аргументів в обґрунтуванні висновків у справі (доказування-обґрунтування), застосування доказів як вихідних даних під час моделювання, висунення і перевірки версій, фактичного ознайомлення окремих учасників процесу зі змістом доказів з метою одержання додаткової доказової інформації.

Всебічність, повнота й об'єктивність дослідження обставин справи можна віднести до принципів кримінального процесу, незважаючи нате, що дане положення чинний процесуальний закон згадує лише в якості складового елементу визначеної в ст. 9 КПК України засади законності.

Ч. 2 указаної норми визначає: «Прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов’язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом’якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень».

Всебічність й об’єктивність здійснення доказової діяльності є важливою запорукою виконання основного завдання - встановлення об’єктивної істини, носить ознаки принципу кримінального процесу.

В.Г. Нор слушно підкреслює, що реалізація у кримінальному процесі принципу встановлення (дослідження) обставин справи повно, всебічно і об’єктивно є необхідною умовою досягнення істини.

Всебічність, повнота й об’єктивність як принцип кримінального процесу був закріплений ще в Статуті кримінального судочинства від 20 листопада 1864 року, в якому зазначалося, що всі судові установи зобов’язані вирішувати справи у відповідності до точного розуміння існуючих законів (ст. 12); під час провадження слідства судовий слідчий зобов’язаний з повною неупередженістю з’ясовувати як обставини, що викривають обвинуваченого, так і обставини, які його виправдовують (ст. 265); судовий слідчий повинен вживати своєчасно заходи, необхідні для збирання доказів, і особливо не допускати зволікання у виявленні й зберіганні таких слідів і ознак злочину, які можуть зникнути (ст. 266).

М.С. Строгович не без підстав зазначав, що вимога всебічності, повноти й об’єктивності дослідження обставин справи зовсім не рівнозначна принципу об’єктивної істини, а є лише однією з умов, необхідних для її досягнення1. Адже категорія «мета» визначає спрямованість діяльності, а категорія «принцип» - за рахунок реалізації яких фундацій мета досягається.

Повнота дослідження обставин кримінальної справи означає виявлення всіх обставин, що входять у предмет доказування у справі.

Якщо повнота відповідає на питання, чи встановлені всі обставини по справі, то всебічність - чи достатньо глибоко і всесторонньо ці обставини досліджені.

У роботі «Теорія доказів в радянському кримінальному процесі» визначено такі вимоги всебічності: мають бути ретельно з’ясовані всі юридично значущі обставини справи, у тому числі обтяжуючі чи пом’якшуючі кримінальну відповідальність; мають бути зібрані, перевірені й оцінені всі необхідні докази; під час дослідження обставин справи повинні однаково старанно перевірятися версії обвинувачення й захисту; під час збирання і дослідження доказів повинні враховуватися законні інтереси всіх учасників кримінального судочинства; підлягають пильному з’ясуванню не тільки обставини самого злочину, а й обставини, які сприяли його вчиненню, а також фактичні дані, необхідні для вирішення цивільного позову.

О.М. Ларін вважає, що слідчі версії - це висунуті у зв’язку з розслідуванням кримінальної справи припущення, що ґрунтуються на наявних фактичних даних і спрямовані на виявлення істини про обставини, що підлягають доказуванню .

В.Ю. Шепітько виділяє чотири етапи побудови слідчих версій: аналіз фактичного матеріалу; висловлення припущення (саме версії); виведення наслідків версії; перевірка виведених наслідків (у цьому разі підтверджується або спростовується слідча версія).

Версії перевіряються шляхом проведення гласних та негласних слідчих (розшукових) дій, а також застосуванням оперативно-розшукових заходів чи слідчо-оперативних комбінацій. Важливо, щоб усі можливі версії отримали ретельну перевірку, що є певною запорукою від слідчої помилки.

Версія, яка отримала підтвердження, має бути всебічно досліджена з використанням усіх передбачених законом засобів доказування. Лише вичерпавши усі засоби для досягнення істини, можна буде говорити про можливість завершення кримінального провадження.

Всебічність дослідження означає, що в справі повинні бути висунуті всі можливі, реальні, утому числі і взаємовиключні, версії; усі вони повинні бути всесторонньо і глибоко перевірені, у процесі чого всі, крім однієї - тієї, що відповідає істині, спростовані; істинна версія має бути підтверджена достатньою і незаперечною сукупністю достовірних доказів; в ході кримінального провадження мають бути досліджені усі обставини справи, як викривальні, так і виправдувальні, обвинуваченого, а також пом’якшуючі й обтяжуючі його відповідальність; усі елементи предмета доказування повинні бути доведені з достовірністю і безсумнівністю, підтверджені незаперечними і неспростовними доказами.

Об'єктивність дослідження означає неупередженість осіб, які здійснюють розслідування або судовий розгляд справи, спрямування слідчої і судової діяльності на встановлення об’єктивної істини у справі.

Складовими елементами принципу всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи у кримінальному процесі є основні принципи доказового права, до числа яких можна віднести такі основні положення:

а)встановлення об’єктивної істини в кримінальному процесі покладається на слідчого, прокурора та суд (суддю), яким гарантується процесуальна самостійність у здійсненні дій із збирання, дослідження, перевірки, оцінки та використання доказів;

б)доказування має здійснюватися неупередженими особами і не може здійснюватися особами, які прямо або побічно зацікавлені в результатах справи, а також особами, у службовій чи іншій залежності від яких знаходиться потерпілий, свідок, підозрюваний, обвинувачений, ревізор або експерт;

в)суд, прокурор, слідчий повинні в межах своєї компетенції вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного та об’єктивного дослідження обставин справи, виявлення всіх обставин справи, як тих, що викривають, так і тих, що виправдують обвинуваченого чи підозрюваного, а також як тих, що обтяжують, так і тих, що пом’якшують його відповідальність;

г)підозрюваний, обвинувачений та підсудний не повинні доводити свою невинність, а обвинувач не має права перекладати обов’язок доказування на них;

д)висновки у справі мають грунтуватися на беззаперечно встановлених фактах;

є) ненадання обвинуваченим доказів своєї невинуватості ні за яких обставин не може бути витлумачено як доказ вини. Визнання обвинуваченим своєї вини ще не означає його винуватості у вчиненні злочину. Висновок щодо вини особи у вчиненні злочину може бути здійснений лише на підставі беззаперечної системи здобутих відповідно до закону достовірних доказів, що виключають будь-які сумніви у винуватості обвинуваченого;

ж)забороняється домагатися показань, висновків або видачі предметів і документів, а також надання будь-якої іншої інформації шляхом насильства, погроз, брехні, шантажу або інших незаконних заходів;

з)ніхто не може бути примушений та не повинен свідчити проти самого себе, членів своєї сім’ї або своїх близьких родичів;

і)як докази можуть бути використані тільки достовірні дані, отримані у встановленому законом порядку. Не можуть бути використані як докази відомості, які отримані незаконним шляхом;

к)при провадженні доказування забороняється здійснювати дії, небезпечні для життя та здоров’я громадян, такі, що принижують їх честь та гідність, або такі, що тягнуть за собою безпідставне заподіяння фізичної, моральної, майнової шкоди;

л)застосування передбачених законом заходів процесуального примусу при доказуванні допустимо лише в передбаченому законом порядку та з дотриманням принципу пропорційності - коли мета дій є вагомою, досягти її іншими засобами неможливо, а обмеження прав і свобод при застосуванні примусу будуть найменш обтяжливими у відповідній ситуації;

м)хід та результати діяльності зі збирання та дослідження доказів повинні відображатися в процесуальних документах;

н)ніякі докази для суду, прокурора, слідчого та особи, яка провадить дізнання, не мають наперед встановленої сили. Ніхто не має права втручатися в оцінку доказів особою, у провадженні якої знаходиться кримінальна справа;

о)усі сумніви у справі, в тому числі й сумніви щодо допустимості, достовірності та достатності зібраних фактичних даних, якщо вичерпані можливості їх усунути, повинні тлумачитися та розв’язуватися на користь обвинуваченого, підсудного та підозрюваного.

Система зібраних доказів повинна давати можливість зробити однозначний висновок як за кожним елементом предмета доказування, так і у справі загалом та усунути будь-які сумніви. Всі сумніви у справі підлягають об’єктивному вивченню, а якщо вичерпані можливості їх усунути, повинні тлумачитися та розв’язуватися на користь обвинуваченого (підсудного).

**Лекція № 6 Суб'єкти доказування та їх правовий статус**

Ні чинний кримінально-процесуальний закон, ні проекти КПК України не використовують спеціального поняття «суб’єкти доказування». Глава 3 КПК України «Учасники процесу, їх права і обов’язки», як і відповідні глави проектів нового КПК України (проекти КПК України від 21.05.2007, розроблений Робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права та № 1233 від 13.12.2007) загалом містять у собі перелік державних органів, посадових і приватних осіб, які вступають у кримінально-процесуальні правовідносини, виконуючи при цьому певну процесуальну функцію.

Будь-якої спеціальної диференціації цих суб’єктів стосовно кримінально-процесуального доказування законодавець не проводить. Між тим, з’ясування цього питання є важливим не тільки з наукової точки зору, а й для правозастосовчої практики. Очевидно, що чітка градація суб’єктів кримінально-процесуальних відносин за ступенем їх участі у формуванні, перевірці, оцінці та використанні доказів, встановлення їх конкретних повноважень при цьому дозволить суттєво оптимізувати процес кримінально-процесуального доказування.

У юридичній літературі з цього приводу висловлені різні точки зору. Перш за все, варто зазначити, що більшість учених розглядають питання про суб’єктів доказування, як правило, через призму ступеню їх участі у збиранні доказової інформації, а також її дослідженні. Крім того, значна кількість наукових досліджень з цієї проблематики базується на домінуванні публічних, державних начал кримінального судочинства. Так, Г. Ф. Горський, Л. Д. Кокорєв, П. С. Елькінд до суб’єктів доказування відносять посадових осіб та органи, на яких покладено збирання, перевірку, оцінку доказів і обґрунтування рішень, до яких вони приходять в процесі кримінально-процесуального доказування, а також інших осіб, які беруть участь в цій діяльності. На думку В. М. Тертишника та С. В. Слинька, суб’єкти доказування - це ті учасники кримінального процесу, на яких покладається обов’язок встановлення об’єктивної істини.

Поступове розширення диспозитивних, приватних начал и кримінальному процесі передбачає дещо інше розуміння суб’єктів доказування, появу і надання відповідних повноваге мі, приватному обвинувачу, розширення і надання додаткових можливостей у доказуванні захиснику та іншим суб’єктам кримінально-процесуальної діяльності.

Майже класичним у цьому значенні можна вважати визначення, запропоноване колективом авторів у спільній монографії, присвяченій проблемам доказування. Суб’єктами доказування вони вважають органи і особи, які відіграють у доказуванні не разову, епізодичну, а постійну, тривалу роль (хоча б в межах однієї стадії процесу), тобто: а) які здійснюють доказування (збирання, перевірку, дослідження, оцінку доказів) і несуть відповідальність за це; б) які мають право на активну і тривалу участь у процесі доказування для відстоювання своїх інтересів, що охороняються законом, чи інтересів осіб, яких вони представляють.

Інші суб’єкти процесуальних прав і обов’язків (не суб’єкти доказування) можуть відігравати у доказуванні епізодичну чи допоміжну роль, не володіючи при цьому власним процесуальним їм пресом.

Якщо виразити наведену думку дещо інакше, то виявляється, що для визначення суб’єктів доказування необхідна наявність двох критеріїв: по-перше, відповідальності за здійснення доказування, тобто обов’язку доказування, чи права на відстоювання власного інтересу або інтересу особи, яку суб’єкт представляє, тобто права доказування, а по-друге, достатньо тривала участь у процесі доказування, що визначається межами хоча б однієї стадії процесу.

Відповідно до цих критеріїв учені відносять до суб’єктів доказування органи досудового розслідування, прокурора, суд з однієї сторони, а також обвинуваченого, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, захисника і представників, - з іншої. Інші суб’єкти процесу включені ними до групи суб’єктів, що залучаються до процесу доказування, однак суб’єктами доказування не виступають.

У процесуальній літературі висловлюються й інші судження з розглядуваного питання. Наприклад, Ц. М. Каз зазначала, що виявлення кола суб’єктів доказування є неможливим без розгляду питання про осіб, які беруть участь у справі як суб’єкти процесуальної діяльності, і характер виконуваних ними функцій. При цьому під процесуальною функцією автор розуміла цілеспрямовану діяльність суб’єктів кримінального процесу, що здатні висловлювати свої судження з основних питань, які становлять суть справи, і відстоювати їх шляхом збирання, дослідження і оцінки доказів. Визначивши таким чином зміст процесуальних функцій, Ц. М. Каз приходить до висновку, що суб’єктами доказування в кримінальному процесі є учасники процесу, що здійснюють процесуальні функції. До них, на її думку, належать: суд, прокурор, слідчий, особа, яка провадить дізнання, підозрюваний, обвинувачений, захисник, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, їх представники, у тому числі законні, громадські обвинувачі і захисники.

На думку В. Д. Арсеньєва, до суб’єктів доказування мають бути віднесені:

1) органи та особи, відповідальні за провадження у справі;

2) учасники кримінального процесу, які мають в ньому юридичний інтерес чи які представляють інтереси інших учасників процесу, а також громадських організацій;

3) особи, які є джерелами відомостей про факти;

4) особи, які залучаються до участі в збиранні і перевірці доказів для виконання різних додаткових дій (секретар судового засідання, перекладач);

5) особи, які не займають певного процесуального становища у справі, але які мають право чи несуть обов’язок щодо подання наявних у них предметів і документів.

Л. Д. Кокорєв визначив підставу для класифікації суб’єктів доказування відповідно до наявності в учасників процесу обов’язку доказування та особистого інтересу у вирішенні справи. Таким чином він виділив серед суб’єктів доказування групу державних органів та посадових осіб, групу зацікавлених у вирішення справи учасників процесу та їх адвокатів. Усіх інших учасників правовідносин він суб’єктами доказування не вважав. Як зазначає автор, процесуальна діяльність свідків, експертів, понятих та інших учасників сприяє доказуванню, однак вони не здійснюють його в значенні збирання, перевірки та оцінки доказів, а тому і не належать до суб’єктів доказування.

Не погоджується з такою думкою А. Р. Белкін, який вважає, що правозастосовча практика вже давно фактично ставить питання про визнання суб’єктами доказування судового експерта та оперативного працівника. На його думку, експерт не тільки досліджує докази, а інколи вимушений і збирати їх, - при роботі з мікрооб’єктами, а також при отриманні зразків для експертного дослідження при провадженні трасологічних, балістичних та деяких інших видів експертиз.

У контексті наведеного, на наш погляд, варто зазначити, що за змістом ст. 77 КПК України експерт не вправі самостійно збирати матеріали для експертного дослідження. В іншому разі такі матеріали не будуть мати правового значення, а висновок експерта, що ґрунтується на таких матеріалах слід визнавати недопустимим доказом, як такий, що отриманий з порушенням закону.

Що стосується пропозиції вважати оперативного працівника суб’єктом доказування, то варто зауважити, що оперативний працівник дійсно забезпечує процесуальну діяльність слідчого шляхом оперативно-розшукової діяльності, результати якої можуть бути використанні в доказуванні в кримінальній справі, однак їх надання і включення до системи доказової інформації у справі здійснюється не самим оперативним працівником.

Вважаємо, що розширення кола суб’єктів доказування за рахунок включення до нього працівників, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, не є правильним з точки зору закону і доцільним з точки зору теорії і практики доказування. Оперативні працівники не здійснюють самостійну діяльність щодо надання значення доказів результатам оперативно-розшукових заходів. Вони лише надають слідчому допомогу у виявленні та формуванні доказів. Результати оперативно-розшукової діяльності, що представляються для використання в доказуванні у кримінальній справі, повинні дозволяти формувати докази, що відповідають вимогам кримінально-процесуального закону, які пред’являються до доказів загалом, а також до відповідних видів доказів зокрема, містити відомості, що мають значення для встановлення обставин предмета доказування, посилання на джерело отримання потенційного доказу, а також дані, що дозволятимуть перевірити в умовах судочинства докази, що будуть сформовані на їх основі.

Не можна забувати і про те, що оперативно-розшукові заходи не повинні не вклинюватись у процесуальну діяльність органів досудового розслідування, офіційно її перемежовувати. І перші, і друга здійснюються в межах правових сфер і процедур, які не повинні пересікатись.

У процесуальній літературі висловлюються і достатньо широкі трактування кола суб’єктів доказування в кримінальному процесі. Так, Ю. К. Орлов під суб’єктами доказування розуміє всі органи і осіб, які беруть будь-яку участь у доказовій діяльності і володіють певними правами та обов’язками. Крім суб’єктів, які ведуть кримінальний процес і учасників процесу, що відстоюють власний або представляють інтерес іншої особи, до суб’єктів доказування він відносить осіб, які є джерелом доказової інформації (свідки, експерти, спеціалісти) та осіб, які виконують допоміжні і технічні функції (перекладач, секретар судового засідання, поняті та інші учасники слідчих дій).

Вважаємо, що така позиція, відповідно до якої, по суті, суб’єкти доказування дорівнюють суб’єктам кримінального процесу, не є достатньо переконливою. Кримінальний процес - це складна система правовідносин, які, як правило, мають зв’язок підпорядкування між його учасниками. Тому навіть з формальної сторони між ними не може бути рівності у процесуальному становище, а тим більше в доказуванні.

Визначення поняття суб’єкта доказування, на наш погляд, повинно формуватись з урахуванням висловлених ученими (Ц. М. Каз, Л.Д. Кокорєв, С.М. Стахівський, Є.Г. Коваленко, В.Т. Нор) відповідних суджень з цього питання і, перш за все, необхідно брати до уваги ступінь участі конкретних суб’єктів кримінального процесу в доказуванні з урахуванням їх участі у здійсненні процесуальних функцій.

Відповідно до чинного КПК України нормативне вираження і значення мають три процесуальні функції: обвинувачення, захист і вирішення справи по суті. Однак така класифікація не розкриває багатогранності правовідносин, що виникають між суб’єктами кримінального процесу під час встановлення обставин події і провадження в кримінальній справі. Сьогодні в теорії кримінального процесу виділяють такі функції: 1) розкриття і розслідування злочинів; 2) обвинувачення (кримінальне переслідування); 3) захист; 4) нагляд за додержанням законності; 5) вирішення справи по суті (правосуддя); 6) профілактика злочинів.

Також достатньо важливим фактором, що впливає на визначення поняття суб’єкта доказування, є правова можливість участі особи у встановлені обставин події протягом усього процесу доказування, починаючи з пошуку і виявлення доказової інформації, завершуючи формулюванням висновків та прийняттям рішень по справі. Така участь можлива як протягом усього процеcy, так і в межах однієї чи декількох його стадій. Будь-яка епізодична, допоміжна роль особи в межах одного чи навіть декількох етапів доказування, на наш погляд, не є достатньою підставою для визнання такої особи суб’єктом доказування.

Крім того, безумовно, має враховуватись процесуальний обов’язок доказування, що покладається на одних суб’єктів кримінального процесу, і відповідне право брати участь в доказуванні, яким наділяються інші суб’єкти кримінального процесу. Останню умову розглянемо більш детально.

Характеризуючи обов’язок доказування, необхідно виходити, перш за все, з того, що він є безумовним елементом відповідного кримінально-процесуального правовідношення. По суті, обов’язок доказування існує в усіх правових відносинах, що виникають в процесі доказування в кримінальній справі. Враховуючи суттєвий вплив обов’язку доказування на характеристику всього процесу кримінально-процесуального доказування, включаючи динаміку його розвитку, його можна вважати однією і базових категорій усієї теорії доказів.

Згідно чинного КПК України нормативним джерелом обов’язку доказування виступають положення, закріплені у ч. ч. 1, 2 ст. 22, відповідно до яких прокурор, слідчий і особа, яка проводить дізнання, зобов’язані вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об’єктивного дослідження обставин справи, виявити як ті обставини, що викривають, так і її, що виправдують обвинуваченого, а також обставини, що пом’якшують і обтяжують його відповідальність. Суд, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, не вправі перекладати обов’язок доказування на обвинуваченого.

Правила про обов’язок доказування виступають нормативною базою, правилом поведінки при формуванні, перевірці та оцінці доказів у кримінальній справі. До числа суб’єктів такого обов’язку, крім державних органів і посадових осіб, у процесуальній літературі справедливо включається і адвокат, що виконує в кримінальному процесі функцію захисника чи представника. Як зазначається, адвокат є не тільки суб’єктом права кримінально-процесуального доказування, айв межах цього права, суб’єктом обов’язку, який має для нього правовий, зокрема, і кримінально-правовий характер.

Проте таку позицію займають не всі процесуалісти. Наприклад, Л. Д. Кокорєв вважає, що адвокати не несуть такого ж обов’язку доказування, який законом покладається на органи і осіб, які ведуть кримінальний процес. Автор стверджує, що певною мірою можна говорити не про обов’язок доказування, а лише про обов’язок брати участь в доказуванні. Останній, на думку автора, для адвоката полягає в обов’язку брати активну участь у дослідженні доказів, в їх оцінці, активно використовувати в інтересах обвинуваченого чи потерпілого усі передбачені законом засоби і способи для всебічного, повного та об’єктивного з’ясування обставин справи.

Така термінологічна еквілібристика навряд чи здатна привести до правильного вирішення питання. На перший погляд, можливо і складно встановити відмінність між змістом понять «обов’язок доказування» і «обов’язок участі в доказуванні», однак обов’язок доказування передбачає достатньо чіткий алгоритм дій, який передбачає здійснення доказової діяльності до її логічного завершення без права самостійного усунення від неї. Інша справа - участь у доказуванні, за якої можлива і допустима добровільна відмова. А згідно ч. 1 ст. 7 Закону України «Про адвокатуру» при здійсненні своїх професійних обов’язків адвокат зобов’язаний неухильно додержувати вимог чинного законодавства, використовувати всі передбачені законом засоби захисту прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб і не має права використовувати свої повноваження\*на шкоду особі, в інтересах якої прийняв доручення, та відмовитись від прийнятого на себе захисту підозрюваного, обвинуваченого, підсудного.

До того ж, якщо вважати обов’язком адвоката участь у доказуванні, а не саме доказування, то фактичну пасивну присутність адвоката в процесі (під час виконання слідчих та інших процесуальних дій, в судовому засіданні) без застосування будь-яких засобів і методів, спрямованих на захист і представництво інтересів особи, можна визнати виконанням його обов’язку та функції.

Враховуючи те велике значення, яке має обов’язок доказування в нормативному регулюванні процесу кримінально-процесуального доказування, вважаємо за доцільне внести відповідні доповнення до чинного КПК України.

Нормативне закріплення обов’язку доказування поряд з принципом презумпції невинуватості, на наш погляд, більшою мірою зможуть забезпечити змагальність кримінального процесу, а значить і права та свободи його учасників.

Обов’язок доказування в такому виді повною мірою в змозі проявитись тільки в умовах змагального судочинства, під яким традиційно розуміють такий тип процесу, в якому спір рівних сторін вирішується незалежним і неупередженим судом.

Змагальне кримінальне судочинство є можливим тільки в таких соціальних умовах, за яких держава здатна максимально самообмежитись у цій сфері діяльності, створюючи реальні передумови для вирішення кримінальної справи по суті. Як зазначає О. В. Смирнов, сторони, що звертаються до змагального суду за вирішенням справи, у реальному соціальному житті є автономними і певною мірою рівними. Більше того, навіть держава, що діє в процесі в якості суду, органів кримінального переслідування вдається до самообмеження своєї влади, виконуючи вимоги інших учасників процесу, і тим самим добровільно начебто «стає на один щабель» зі своїми підданими, громадянами.

Аналіз чинного кримінально-процесуального законодавства України доводить, що кримінальний процес в нашій державі на фоні проголошення і часткової реалізації режиму змагальності, все ще містить окремі рудименти інквізиційного процесу (можливість порушення суддею кримінальних справ приватного обвинувачення, вручення судом копії обвинувального висновку, направлення судом справ на додаткове розслідування і прокурору тощо), які поступово повинні бути вилучені з нього.

Нормативне встановлення обов’язку доказування може такою ж мірою, як і принципи презумпції невинуватості та вільної оцінки доказів врегулювати суспільні відносини в сфері кримінального судочинства і, зокрема, кримінально-процесуального доказування.

Ще однією ознакою відмежування суб’єктів доказування від інших суб’єктів кримінального процесу є наявність у них імунітету свідка та свободи від самовикриття. Ця ознака є характерною тільки для суб’єктів доказування - приватних осіб, оскільки публічні суб’єкти доказування, а також захисник не підлягають допиту як свідки в конкретній кримінальній справі за будь-яких обставин. Відносно захисника відповідна нормативна заборона сформульована у ч. 1 ст. 69 КПК України. Що стосується судді та публічних представників сторони обвинувачення (прокурора, слідчого, особи, яка провадить дізнання), яких на практиці досить часто допитують як свідків у справах, в провадженні яких вони брали участь, то вони об’єктивно не можуть бути безсторонніми свідками. Як зазначає В. Л. Будников, упередженість таких свідків формується не у зв’язку з повсякденною життєдіяльністю, вона повністю формується під час здійснення процесуальних обов’язків, внаслідок яких створюється правова основа подальшого судового розгляду. Саме тому є неприпустимим їх довільний перевод з числа публічних учасників кримінального процесу в категорію його приватних суб’єктів. Суб’єкт доказування не може бути свідком.

Такий висновок може бути застосований і до тих учасників кримінального судочинства, які мають в кримінальній справі власний правовий інтерес і наділені для його захисту імунітетом свідка і свободою від самовикриття, тобто правовою можливістю не тільки відмовитись давати показання проти себе під час допиту, а й від активної участі у будь-яких інших процесуальних діях, спрямованих на виявлення і закріплення доказової інформації.

Варто зазначити, що не всі учені поділяють таку позицію. Так, С. В. Некрасов вважає, що прокурор, слідчий, дізнавач необхідні для дачі показань як свідки тоді, коли без їх показань неможливо обійтись, оскільки вони подекуди стають очевидцями злочинних дій (бездіяльності), що мають істотне значення для справи. Якщо виходити з того, що суб’єкти доказування не повинні бути свідками, то виявиться таким, що підлягає виключенню з числа осіб, здатних дати відповідно показання, все коло учасників процесу доказування.

На жаль, автор не бере до уваги положення закону, відповідно до якого суддя, прокурор, слідчий, особа, яка провадить дізнання, не можуть брати участь у провадженні в справі, якщо вони є свідками в цій справі (п. 2 ч. 1 ст. 54, ч. 1 ст. 58, п. 1 ч. 1 ст. 60 КПК України). Очевидно, що будь-яка спроба встановлення обставин вчинення злочину незаконним шляхом не може визнаватись легітимною, а її теоретичне обґрунтування - правильним.

У інших приватних осіб, на відміну від публічних суб’єктів кримінального процесу і адвоката, відсутній обов’язок доказування. Їм належить право брати участь в доказуванні, до змісту і і кого включається можливість не тільки надавати доказову інформацію, як скажімо і свідку чи експерту, а й брати участь протягом усього процесу дослідження доказів.

Отже, правовими підставами визнання конкретного суб’єкта кримінального судочинства суб’єктом доказування є:

1. Участь у здійсненні однієї з процесуальних функцій.
2. Наявність у нього права чи обов’язку доказування на всіх ного етапах.
3. Наділення імунітетом свідка чи свободою від самовикриття.

Відповідно суб’єктом кримінально-процесуального доказування слід вважати суб’єкта кримінального процесу, який уповноважений законом на вчинення практичних дій та здійснення логічно-аналітичних операцій щодо формування, перевірки і оцінки доказів для обґрунтування і мотивування відповідних висновків і процесуальних рішень.

Таким чином, до суб’єктів кримінально-процесуального доказування можна віднести суд (суддю), прокурора, слідчого, начальника слідчого відділу, орган дізнання, особу, яка провадить дізнання, підозрюваного, обвинуваченого (підсудного, засудженого, виправданого), захисника, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, їх представників, законного представника неповнолітнього підсудного, правопорушника (у справах з протокольною формою досудової підготовки матеріалів).

Очевидно, що суб’єкти доказування - це не всі суб’єкти криміального процесу, а тільки ті, які мають в ньому самостійний чи делегований процесуальний інтерес. Останній може мати публічний або особистий характер, а тому суб’єкти доказування залежно від інтересу можуть бути поділені на дві групи:

1) суб’єкти доказування, діяльність яких спрямована на захист публічного інтересу (орган дізнання, особа, яка провадить дізнання, слідчий, начальник слідчого відділу, прокурор, суд, суддя). Ці суб’єкти є офіційними, публічними суб’єктами кримінального процесу, що зобов’язані в силу службових обов’язків виконувати певні процесуальні дії і приймати процесуальні рішення в межах своєї компетенції (порушити кримінальну справу, притягнути особу як обвинуваченого, закрити справу тощо). Водночас, вони зобов’язані забезпечити дотримання прав і законних інтересів інших суб’єктів кримінального процесу;

2) суб’єкти доказування, що мають у кримінальному процесі безпосередній, особистий інтерес, оскільки результати кримінального судочинства здатні створити для них певні права і обов’язки (підозрюваний, обвинувачений, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, правопорушник). До цієї ж групи належать і ті суб’єкти, які представляють в доказування особистий інтерес інших осіб (захисник, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, законний представник неповнолітнього підсудного), процесуальна діяльність яких є похідною від тих суб’єктів доказування, інтереси яких вони представляють.

Ці суб’єкти доказування відрізняються від суб’єктів першої групи відсутністю будь-яких владних повноважень. Однак вони в змозі впливати на рішення посадових осіб шляхом реалізації наданих їм прав - заявлення клопотань, подання доказів, оскарження дій і рішень суб’єктів першої групи.

Принципова відмінність суб’єктів першої і другої груп проявляється в їх відношенні до обв’язку доказування, у зв’язку з чим суб’єкти доказування поділяються на дві групи:

1) суб’єкти доказування, на яких покладено обов’язок щодо його здійснення (суд, прокурор, слідчий, начальник слідчого відділу, орган дізнання, особа, яка провадить дізнання, захисник-адвокат, представник-адвокат);

2) суб’єкти доказування, які вправі брати участь у ньому (потерпілий, підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений, цивільний позивач, цивільний відповідач, захисник і представник, які не є адвокатами).

**Лекція № 7 Теоретичні та практичні аспекти процесуальних джерел доказів**

Докази за їх змістом і процесуальною формою можна поділити на такі види: показання свідка; показання потерпілого; показання підозрюваного; показання обвинуваченого; речові докази; висновок експерта; протоколи процесуальних дій та інші документи.

Названі засоби доказування слід вважати саме видами доказів, а не їх джерелами. Помилкове іменування їх джерелами доказів, як це роблять деякі вчені, неминуче призводить до тавтології, наприклад, «джерелами доказів є ... речові докази», що утворює нонсенс - «джерелами доказів є докази».

Показання - це відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинувачуваним, свідком, потерпілим, експертом щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження.

Проблеми показань різних учасників процесу розглядались в юридичній літературі, але потребують подальшого аналізу з урахуванням нового КПК України.

Показання свідка. Свідком у кримінальній справі може бути будь-яка особа, якій відомі будь-які обставини справи, якщо вона не є зацікавленим у результатах справи учасником процесу: потерпілим, підозрюваним, обвинувачуваним або підсудним.

Свідок є незамінним учасником процесу, а його показання в системі інших доказів можуть мати вирішальне значення у справі. З огляду на це особа, якій відомі будь-які обставини справи, має бути допитана як свідок і не може мати іншого процесуального стану, крім стану свідка. Остання вимога знайшла своє відображення в законі, наприклад, суддя, слідчий, прокурор, захисник не можуть брати участі в розгляді справи, якщо вони є свідком і у зв’язку з цим допитувались або підлягають допиту як свідок.

У практиці частими є випадки, коли працівники міліції, будучи свідками злочинів (спекуляції, порушення правил про валютні операції, збуту вкраденого або наркотиків тощо), самі затримують підозрюваного і провадять дізнання у справі. Це є порушенням закону.

Предметом показань свідка можуть бути будь-які фактичні обставини, що стосуються певної справи, у тому числі обставини, що характеризують особистість обвинувачуваного, підозрюваного, потерпілого та взаємини свідка з ними. Свідок дає показання про обставини, сприйняті ним як безпосередньо, так і з інших джерел, наприклад, зі слів іншої особи або з будь-якого документа. Як свідчить народне прислів’я: «Із свідків краще один, хто бачив, ніж десять тих, що чули».

Предметом показань свідка можуть бути також відомості довідкового характеру про обставини, які самі не мають доказового значення, але необхідні для розслідування справи.

Свідок має певні права, здійснення яких максимально гарантує доброякісність його показань. Серед них слід зазначити право свідка знати у зв’язку з чим і в якій справі він допитується; власноручно викладати свої показання в протоколі допиту; користуватися нотатками і документами під час давання показань у тих випадках, коли показання стосуються будь-яких розрахунків та інших даних, які йому важко тримати в пам’яті; відмовитися давати показання щодо себе, членів сім’ї та близьких родичів; знайомитися з протоколом допиту і клопотати про внесення до нього змін, доповнень і зауважень, власноручно робити такі доповнення і зауваження.

Закон забороняє домагатися показань від свідка шляхом насильства, погроз або інших незаконних заходів. Неприпустимі будь-які погрози, а також інші незаконні дії (шантаж, підкуп, обіцянка вигоди тощо).

Психологічний вплив, так звані «комбінації», припустимі, якщо вони не пов’язані з повідомленням свідку явно неправильних відомостей (обманом) і не утискають вільне волевиявлення, залишають можливість вільного вибору лінії поведінки.

Забороняються тривалі виснажливі допити. До таких можна віднести допит тривалістю більше двох годин без перерви або допит протягом доби тривалістю понад вісім годин. Неприпустиме використання як гіпнозу або психотропних засобів, так і отримання показань за винагороду.

Під час аналізу положень закону, у яких стверджується, що «суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них», закономірно постає логічне запитання: «Для чого тоді взагалі отримувати такі пояснення чи здійснювати допити осіб на досудовому слідстві, якщо вони не є доказами і на них не можна посилатись?». І чому отримані під час обшуку на досудовому слідстві речові докази є доказами (суд не може ж безпосередньо сам здійснювати обшук), а показання свідків будуть доказами тільки ті, які отримані судом. Така «нова теорія доказів» не витримує критики, хоча б з огляду на знову ж таки «нову концепцію спрощеного судового розгляду», коли суд може розглядати справу без судового слідства, а, отже, і безпосереднього допиту свідків та сприйняття даних ними показань.

Відповідно до ч. 2 ст. 97 КПК України суд має право визнати допустимим доказом показання з чужих слів незалежно від можливості допитати особу, яка надала первинні пояснення, у виняткових випадках, якщо такі показання є допустимим доказом згідно з іншими правилами допустимості доказів. Між тим, показання з чужих слів не надає достатніх можливостей для перевірки первинного змісту і джерела наданої інформації. З огляду на це виникають значні складнощі щодо з’ясування достовірності фактичних даних, отриманих в результаті таких показань. Тому законодавець встановлює додаткові вимоги: «суд може визнати доказами показання з чужих слів, якщо сторони погоджуються визнати їх доказами»; «суд має право визнати допустимим доказом показання з чужих слів, якщо підозрюваний, обвинувачений створив або сприяв створенню обставин, за яких особа не може бути допитана». У будь-якому разі джерело інформації має бути відоме - це слова іншої відомої особи, яку з певних причин саму не може бути допитано. Доказами не можуть бути дані, джерело яких невідоме (чутки, плітки).

Часто у використанні показань з чужих слів виникає потреба, коли особа, яка надала первинні дані, тяжко хвора чи померла. Якщо є загроза втрати показань хворої, слід скористатися можливостями, які надані ст. 225 КПК України: «У виняткових випадках, пов’язаних із необхідністю отримання показань свідка чи потерпілого під час досудового розслідування, якщо через існування небезпеки для життя і здоров’я свідка чи потерпілого, їх тяжкої хвороби, наявності інших обставин, що можуть унеможливити їх допит в суді або вплинути на повноту чи достовірність показань, сторона кримінального провадження, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право звернутися до слідчого судді із клопотанням провести допит такого свідка чи потерпілого в судовому засіданні, втому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб. У цьому випадку допит свідка чи потерпілого здійснюється у судовому засіданні в місці розташування суду або перебування хворого свідка, потерпілого в присутності сторін кримінального провадження з дотриманням правил проведення допиту під час судового розгляду».

Піклуючись про об’єктивність судочинства, про достовірність доказів і перспективу встановлення істини, із правил допустимості показань з чужих слів закон встановив окремі виключення, пов’язані не стільки з якістю таких (незалежно від їх змісту, належності до справи чи достовірності), скільки зі специфікою їх джерел: «у будь-якому разі не можуть бути визнані допустимим доказом показання з чужих слів, якщо вони даються слідчим, прокурором, співробітником оперативного підрозділу або іншою особою стосовно пояснень осіб, наданих слідчому, прокурору або співробітнику оперативного підрозділу під час здійснення ними кримінального провадження» (ч. 7 ст. 97 КПК України). Відчувається, що законодавець обережно ставиться до застосування ним же і запровадженої новели - «показання з чужих слів», створюючи додаткові противаги від використання в доказуванні сумнівної інформації.

Відповідно до приписів ч. 6 ст. 97 КПК України «показання з чужих слів не може бути допустимим доказом факту чи обставин, на доведення яких вони надані, якщо показання не підтверджується іншими доказами, визнаними допустимими...». Вданому випадку змішуються поняття «допустимості» доказів з поняттям їх «достовірності». Законодавець фактично допускає до розгляду у кримінальному провадженні будь-які дані, отримані з чужих слів, але пропонує суб’єктам доказування, перевіривши їх і оцінивши в сукупності з іншими доказами та впевнившись в їх недостовірності, вважати вищеназвані показання з чужих слів недопустимим доказом. І хоча закон чітко не встановлює окремої вимоги щодо достовірності фактичних даних як доказів, він фактично таку вимогу визнав в приписах процитованої статті.

Ст. 96 КПК України, підтверджуючи даний концепт, має назву «з’ясування достовірності показань свідка» та розкриває технологію перевірки показань на предмет їх достовірності чи недостовірності, Це ще раз підкреслює думку - недостовірні дані не можуть мати значення доказів у кримінальному провадженні.

Показання потерпілого можуть мати суттєве доказове значення. Але вони можуть мати доказову силу лише за умови дотримання вимог закону щодо процесуальної форми допиту. Закон вимагає на початку допиту роз’яснити потерпілому його права, про що робиться відмітка в протоколі допиту. Надання потерпілому можливості скористатись своїми правами - суттєва складова допусти-мості його показань як доказів у кримінальній справі.

Проблема гарантій достовірності показань потерпілого та захисту прав потерпілого досліджується вченими-юристами1, але діяльність щодо втілення в законодавчу і слідчу практику пропозицій вчених бажає кращого.

Хоча в позитивному плані зазначимо, що потерпілому вже надано право брати участь у судових дебатах. Пропозиція про необхідність надання такого права потерпілому висловлена й обґрунтована у відомих роботах. Це право надане потерпілому, виходячи з необхідності забезпечення принципів рівності та змагальності сторін. Воно не може бути звужене.

Безумовно, потерпілому має бути надана можливість ознайомлюватися з постановою про призначення експертизи, реалізувати своє право на відведення експерта. Так само, як і підсудному, йому до початку судового засідання необхідно вручати копію обвинувального висновку, а після його закінчення - копію вироку або іншого рішення.

При цьому потерпілому мають роз’яснятись права, визначені в чинному КПК України. Помилкою буде роз’яснювати йому положення ст. 63 Конституції України, в якій мовиться про те, що особа не несе відповідальності за відмову від давання показань щодо самого себе, своїх близьких родичів та членів своєї сім’ї. Адже КПК України потерпілому надає більші права - право взагалі відмовитись від давання показань щодо будь-яких осіб. Якщо названа, дуже шляхетна норма Конституції України буде застосовуватись до потерпілого, то це буде тягти протиправне звуження існуючих їх прав, що вже визнані КПК України та КК України. А, отже, за таких умов показання потерпілого можуть вважатись даними під тиском, загрозою вжиття негативних для нього заходів та застосування незаконних дій, тобто позбавленими доказової сили.

Закон не передбачає відповідальності потерпілого за відмову від давання показань. Потерпілий несе відповідальність за давання явно неправдивих показань за ст. 384 КПК України.

Під час допиту потерпілого необхідно приділити особливу увагу з’ясуванню: деталей, які можуть бути зіставлені з іншими зібраними доказами; конкретних дій кожного обвинуваченого; власних дій потерпілого; передуючих взаємин з обвинуваченим; причин протиріч між показаннями потерпілого з цих питань та показаннями, поясненнями, заявами інших осіб.

Допитуючи потерпілого та оцінюючи його показання, слід враховувати, що потерпілий, з одного боку, є особою, яка безпосередньо постраждала від злочину і часто знає та може повідомити такі факти, які за допомогою свідоцьких показань чи інших доказів не завжди можуть бути встановлені, а, з іншого боку, він є зацікавленою в справі особою, до того ж на об’єктивність показань його можуть впливати емоційні переживання, викликані злочином.

Показання підозрюваного - це повідомлення інформації особою, яка затримана чи стосовно якої здійснено повідомлення про підозру. #

Проблема законодавчого визначення поняття, статусу та удосконалення захисту прав підслідної особи, яка сьогодні ототожнюється з поняттям підозрюваного у кримінальному процесі, ненова1. З огляду на цю проблему висловлювалась пропозиція ввести в законодавчий обіг замість поняття «підозрюваний» новий термін «підслідний»'. Необхідність такого уточнення зберігається і сьогодні.

У цьому аспекті звертає на себе увагу кримінально-процесуальне законодавство ФРН. У КПК ФРН застосовуються відповідно до стадій процесу чотири поняття: «уегсіасіїгісіег» - особа, відносно якої є підстави для підозри її у скоєнні злочину; «Ьєгбсішіс^єг» - особа, відносно якої здійснюється кримінально-процесуальне провадження; «аг^езсіпіїс^ег» - особа, відносно якої висунуто обвинувачення; «аг^ек^іег» - підсудний.

Зауважимо, що в українській мові термін «підозрювати» означає допускати причетність кого-небудь до чогось негативного, здогадуватися про що-небудь, припускати щось3. Часто ним позначається не стільки об’єктивний факт, скільки суб’єктивний стан. Синонімами слова «підозра» є слова «припущення» та «сумнів». «Сумнівний» учасник процесу - це гірка реальність сьогодення, яка нагадує всім відомі часи, де сумнів (припущення, підозра) часто видавався за істину.

На нашу думку, помилковою з самого початку була спроба визначити за допомогою поняття «підозрюваний» юридичний статус одного з учасників процесу. Вживання терміна «підслідний» було б більш правильним. Він вказує саме на фактичний стан особи, а не на суб’єктивне уявлення про ситуацію з боку слідчого. Крім того, він стилістично нейтральний і з усього синонімічного ряду має мінімальну експресію, несе найменше емоційне забарвлення. Характерно, що стосовно стадії судового розгляду законодавець пішов саме таким шляхом і використав термін «підсудний».

Показання підозрюваного є як окремим видом доказів, так і засобом його захисту. Підозрюваний може визнати або не визнати висунуті проти нього підозри і давати свої показання. Його показання можуть містити фактичні дані про відомі йому обставини справи, а також посилання на докази, які спростовують виниклу підозру.

Алібі - особливий вид показань підозрюваного, за якого він стверджує про неможливість вчинення кримінального правопорушення, посилаючись на те, що в момент його скоєння перебував в іншому місці або був у такому стані, що не міг його скоїти. Алібі має бути ретельно перевірено.

Підозрюваний має право давати показання з приводу обставин, які були підставою для його затримання, та з приводу інших відомих йому обставин у справі.

Підозрюваний, як і обвинувачуваний, вправі відмовитися давати показання, про що йому повідомляється в момент затримання і перед кожним допитом.

Оскільки підозрюваний зацікавлений у результатах справи, то до оцінки його показань слід ставитися з пересторогою, ретельно їх зіставляти з іншими доказами і з усіма обставинами справи.

Визнання підозрюваним своєї вини може бути покладено в основу обвинувачення, судового вироку й інших висновків у справі лише за безсумнівного підтвердження цих показань сукупністю непорушних достовірних інших доказів.

Показання обвинуваченого є одним із видів доказів.

Обвинувачуваним, згідно з ч. 2 ст. 42 КПК України, є особа, обвинувальний акт щодо якої переданий до суду. Таким чином показання обвинуваченого мають місце в судовому розгляді справи.

У своїх показаннях обвинувачений повідомляє суду відомості про вчинені ним або іншими особами дії та про інші факти, які стосуються справи.

Слід мати на увазі, що обвинувачений, будучи особою, зацікавленою в результаті справи, нерідко вдається до давання неправдивих показань, з тим щоб уникнути відповідальності.

Може скластися враження, що визнання обвинуваченим своєї провини є більш ефективним та достовірним засобом встановлення істини. Насправді це не так. Визнання обвинуваченим своєї провини може бути як правдивим, так і неправдивим. Визнання обвинуваченим своєї провини, так само як і його показання загалом, вимагають перевірки за допомогою інших доказів, оцінюються сукупно з усіма доказами у справі.

Особливу групу показань обвинуваченого становлять обмови. Обмова - явно неправдиве показання, спрямоване проти невинуватої особи. Обмова явно невинуватої особи с обставиною, яка обтяжує відповідальність. На нашу думку, обмова явно невинуватої особи є суспільно небезпечним діянням, схожим із заздалегідь не- правдивим доносом. Для громадянина, стосовно якого обвинуваченим зроблені завідомо неправдиві показання, наступають нерідко більш тяжкі наслідки, ніж після крадіжки його майна. Тому обмова, від кого б вона не виходила, повинна бути відповідно покарана. На наш погляд, необхідно встановити правило, згідно з яким обмова вважалась би тяжким кримінальним злочином.

**РЕЧОВІ ДОКАЗИ**

Речовими доказами, згідно з приписами ст. 98 КПК України, «є матеріальні об’єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об’єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом».

Аналіз особливостей речових доказів не привертали увагу дослідників. Речові докази мають важливе значення в доказуванні. Ці «німі учасники процесу» - речові докази, - зазначав М. В. Духовський, - промовляють часто краще та рельєфніше за численних свідків».

І. Бентам називав сліди злочину німими свідками і ними визнавав речі, що були предметом злочину, чи предмети, зовнішній вигляд яких змінився внаслідок злочину, речі, які свідчать про скоєння злочину тощо.

І. Кертес називає речовим доказом предмет, який знаходиться у розпорядженні органу розслідування чи суду, зафіксований у ході процесуальної дії; під даними, що містяться у речовому доказі, розуміють інформацію про елементарний акт відображення події. Речовий доказ - єдність двох вищенаведених категорій.

Ю.К. Орлов розглядає речові докази в їх гносеологічному аспекті як предмети, що є частиною цього середовища, в які злочином або іншою встановленою по справі подією внесені (або мають бути внесені) зміни. Гносеологічні ознаки речових доказів в багатьох випадках визначають їх юридичну природу та процесуальне призначення. Речовими доказами можуть бути лише такі предмети, які через свій об’єктивний зв’язок з подією, яка розслідується, можуть виконувати в процесі доказування певні гносеологічні функції, слугують засобами пізнання фактів, що підлягають встановленню по даній справі2.

За визначеннями указаних авторів, до речових доказів відносяться будь-які предмети, які можуть бути використані для встановлення обставин, що входять в предмет доказування в кримінальному провадженні.

Між тим, таке визначення поняття речових доказів лише як «предметів» є дещо вузьким, не охоплює всієї сукупності матеріальних джерел доказової інформації.

«Предмет» - матеріальне явище, що сприймається органами чуття як щось існуюче, що містить певні властивості і якості; річ, що обслуговує певну потребу, яка належить до сфери матеріального побуту, рухомого майна3. Від поняття предмета відрізняється поняття «річ», яким зазвичай іменують предмети, які є об’єктами права власності, мають певне цивілізаційне призначення і, як наслідок цього, певну цінність. «Річ» - неживий предмет, що належить до рухомого майна, пожитки; окремий предмет переважно побутового призначення, трудової діяльності; неживий предмет, що є виробом людини4.

У філософській літературі та точних науках предметами зазвичай іменують фізичні тіла, прилаштовані людиною для її потреб («опредмечені» об’єкти матеріального середовища навколишнього світу) та, як правило, придатні для неодноразового використання в певних цілях1. Більш широким поняттям можна вважати поняття «фізичне тіло», яким охоплюється будь-який матеріальний об’єкт, що має просторово визначені межі, певну геометричну форму. Ще більш широким поняттям є поняття «речовина». Речовиною називають усі як тверді, так і сипучі чи рідинні стани матерії. Самим же поняттям «матерія» охоплюються всі прояви живої і неживої матеріальної субстанції, охоплюються не тільки речовини та інші матеріальні утворення, а й так звана «антиматерія», електромагнітні хвилі, світові потоки, потоки елементарних часток, нейтрино, ефір тощо, фактично усі відомі та навіть ще не досліджені та можливі стани матеріального світу. Саме матерія і виступає джерелом чи носієм інформації, а сама інформація не може існувати без матеріальної основи.

Думається, що для сучасного стану теорії доказів для розкриття поняття «речові докази» більш вдалим для вживання буде термін «матеріальні об'єкти», яким охоплюється та частина матерії (матеріальних утворень), котра реально може сприйматися і використовуватися в сучасному кримінальному провадженні з огляду на сучасний стан дослідницьких методів природничих наук та експертології. Отже дамо таке визначення.

Речовими доказами є отримані у встановленому законом порядку предмети, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення або зберегли на собі сліди злочину, або були об’єктами злочинних дій, або з’явилися у результаті вчинення кримінального правопорушення, а також гроші та цінності, нажиті злочинним шляхом, і всі інші матеріальні об’єкти, які своїми якостями, ознаками, станом або місцезнаходженням відображають різні обставини предмета доказування (розслідуваної події) і можуть бути засобами до розкриття кримінального правопорушення і встановлення об’єктивної істини у справі та відповідають вимогам належності до справи, допустимості і достовірності.

Речовими доказами можуть бути продукти злочинної діяльності; речі, кинуті злочинцем на місці події; предмети, які зберігаються за відсутності нате законних підстав; нотатки, матеріали технічного документування, виготовлені злочинцем; зразки для порівняльного дослідження; засоби підготовки та приховання злочину.

Речові докази є «найбільш перспективними для забезпечення об’єктивності процесу доказування». Ці часто малопомітні, а, отже, не знешкоджені «рукою, що зазвичай замітає сліди», «німі і добропорядні свідки» є досить об’єктивними, неупередженими й непідкупними, їх не можна «залякати» (хіба що знищити), вони стійкі і «невибагливі», а вустами фахівців можуть говорити красномовніше і переконливіше багатьох інших доказів.

У навчальних цілях цікаво з’ясувати питання про співвідношення понять «сліди злочину» та «речові докази»;

Матеріальні сліди злочину являють собою результати певних, пов’язаних з розслідуваною подією змін якостей, станів, ознак, взаєморозташувань матеріальних об’єктів, що відображають обставини вчиненого злочину.

Зазвичай усі сліди злочину поділяються натри великі групи: сліди-предмети; сліди-речовини (залишки речовини); сліди-відображення. Вони є потенційними речовими доказами.

Проте поняття «сліди злочину» та «речові докази» різняться як за своїм обсягом, так і за своїм змістом.

З одного боку, поняттям матеріальних слідів злочину охоплюються такі об’єкти, які через свої особливості не можуть бути використані як речові докази (сліди у вигляді тілесних ушкоджень, труп, речовини, які швидко псуються, обстановка місця події) або не можуть бути залучені до процесу доказування через відсутність науково обґрунтованих та апробованих методик вилучення з них інформації про розслідуваний злочин.

З іншого боку, до речових доказів можуть бути віднесені матеріальні об’єкти, які або взагалі не були у взаємодії з подією злочину (зліпки, відбитки слідів тощо), або не зазнали будь-яких змін - так звані «негативні обставини»,

Негативними обставинами називають відсутність тих чи інших матеріальних слідів-відображень, які мали б бути, при певних проявах об’єктивної сторони злочину, факти, які є наслідком дій, пов’язаних з приховуванням, маскуванням злочину.

Таким чином, сліди злочину є лише частиною об’єктів матеріального світу - потенційних речових доказів. Для позначення всієї сукупності останніх може бути використано термін «речові джерела інформації». В даних поняттях мисляться всі ті «вихідні матеріали», які за певних умов можуть набувати статусу речових доказів.

Разом з тим, у поняття речових доказів вкладається більший зміст, ніж у поняття матеріальних носіїв інформації про злочин взагалі та слідів злочину зокрема.

Порівняльний аналіз норм кримінально-процесуального закону, а також розгляд вказаних понять у зв’язку з динамікою пізнавально-засвідчувального процесу (доказування у справі) дозволяють зробити висновок, що сліди злочину та інші матеріальні носії інформації про злочин є гносеологічною та матеріальною першоосновою речових доказів.

Безпосередньому використанню їх у доказуванні у кримінальній справі передує діяльність органів дізнання та попереднього слідства з пристосування їх до такого використання, перетворення їх із «речі у собі» на «річ для всіх». У ході такої діяльності сліди злочину та інші матеріальні носії інформації про злочин процесуально закріплюються, оцінюються та набувають правового статусу речових доказів.

Яким же процесуальним вимогам повинні відповідати сліди злочину, щоб набути статусу речових доказів? У розв’язанні даного питання ми виходили з того, що речових доказів, як і доказів взагалі, не може бути поза доказуванням.

По-перше, вони повинні мати відношення до предмета доказування, а саме: бути в змозі знімати інформаційну невизначеність щодо предмета доказування, тобто бути належними до справи.

По-друге, належні до справи сліди злочину набувають значення речових доказів лише тоді, коли вони одержані законним шляхом, за умови їх допустимості до справи.

По-третє, встановлюючи строгий порядок одержання речових джерел інформації та фіксації обставин їх віднайдення, вилучення та дослідження, закон тим самим переслідує мету забезпечити використання у доказуванні не будь-яких, а лише достовірних відомостей - «фактичних даних». Логічно зробити висновок, що речові докази як такі мають відповідати вимозі достовірності. Тільки за цієї умови вони можуть бути покладені в основу тих або інших висновків у справі, використані як засоби доказування.

Отже, сліди злочину можуть мати значення речових доказів лише у разі відповідності їх вимогам належності до справи, допустимості та достовірності.

Розкриттю поняття речових доказів значною мірою сприяє класифікація останніх. Одна з класифікацій міститься в самому законі, де названі такі види речових доказів: а) знаряддя вчинення злочину; б) об’єкти, які зберегли на собі сліди злочину; в) предмети, які були об’єктами злочинних дій; г) гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом; д) інші предмети, які можуть бути засобами встановлення фактичних обставин справи.

Цей перелік логічно доповнюється вказівкою на такі види речових доказів, як продукти злочинної діяльності; речі, кинуті злочинцем на місці події; предмети, які зберігаються за відсутності на те законних підстав; нотатки, листи, письмові документи чи матеріали технічного документування, виготовлені злочинцем; зразки для порівняльного дослідження; засоби підготовки та приховання злочину. У розкритті та розслідуванні злочинів все більшого значення набувають такі речові докази, як мікрооб’єкти. Вони залишаються практично на кожному місці злочину; мають свого роду «імунітет» проти знищувальної дії з боку зацікавлених осіб, оскільки невидимі для неозброєного ока; здатні нести інформацію доказового значення, що часто прямо вказує на особу, яка вчинила злочин, а це дозволяє забезпечити швидке розкриття та розслідування злочину.

Під мікрооб'єктами розуміються слабко видимі або невидимі неозброєним оком в нормальних умовах спостереження малі кількості речовин або сліди - відображення фізичної дії, які перебувають у зв’язку з розслідуваною подією. За фізичними та доказовими якостями вони класифікуються на такі групи: мікрочастинки, тобто частки різних матеріальних об’єктів розміром менше 2 мм2, які мають стійку форму і не є окремими предметами або їх деталями; мікрокількості рідких, в’язких, сипких, газоподібних речовин з нестійкими просторовими межами; мікросліди - відображення фізичної дії на мікрооб’єктах. До самостійної групи можуть бути віднесені мікропредмети, тобто мікротіла, що являють собою єдине ціле, мають стійку форму, пристосовані для здійснення певної діяльності, та предмети (певні мікротіла), що мають своє окреме призначення, розміром не більше 2 мм2. Це різні мікродеталі радіоапаратури та інших технічних пристроїв.

Речові докази зазвичай повинні зберігатися при кримінальній справі до набрання вироком суду законної сили або до закінчення строку оскарження постанови або ухвали про закриття кримінальної справи та передаватися разом з кримінальною справою.

Речові докази, насамперед, повинні бути уважно оглянуті, сфотографовані, докладно описані в протоколі слідчої дії, в процесі провадження якої отримані, за необхідності направлені на експертні дослідження, після чого приєднуються до кримінального провадження та мають використовуватися за призначенням - як докази. Спосіб упаковки повинен забезпечувати неможливість підміни або зміни вмісту без порушення її цілісності та схоронність вилучених (отриманих) речових доказів від пошкодження, псування, погіршення або втрати властивостей, завдяки яким вони мають доказове значення, а також індивідуалізацію речових доказів. Для забезпечення останнього на упаковку доцільно кріпити інформаційні полоси з підписами понятих та інших учасників слідчої дії, в процесі якої був отриманий речовий доказ. На речові докази, які не можуть бути належним чином упаковані через громіздкість чи з інших причин, прикріплюється бирка у спосіб, що унеможливлює її зняття, зміну або пошкодження. На упаковці (бирці) проставляються підписи осіб, які брали участь у процесуальній дії, та зазначається інформація про вміст упаковки, найменування проведеної процесуальної дії, дата її проведення та номер кримінального провадження.

Порядок зберігання речових доказів конкретизується у відомчих нормативних актах, основним з яких є «Порядок зберігання речових доказів стороною обвинувачення, їх реалізації, технологічної переробки, знищення, здійснення витрат, пов’язаних з їх зберіганням і пересиланням, схоронності тимчасово вилученого майна під час кримінального провадження», затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 19 листопада 2012 р. № 1104.

Вилучені (отримані) стороною обвинувачення речові докази зберігаються разом з матеріалами кримінального провадження в індивідуальному сейфі (металевій шафі) слідчого, який здійснює таке провадження.

Документи, які є речовими доказами, повинні зберігатися вкладеними між чистими аркушами паперу в конвертах. На таких документах забороняється робити будь-які помітки, написи і перегинати їх. У разі наявності великої кількості документів їх складають в окремий пакет. На конверті (пакеті) зазначається перелік документів, що вкладені в нього.

Речові докази, які за своїми властивостями (габаритами, кількістю, вагою, об’ємом) не можуть зберігатися разом з матеріалами кримінального провадження, зберігаються у спеціальних приміщеннях органу, у складі якого функціонує слідчий підрозділ, що обладнані сейфами, ґратами на вікнах, охоронною та протипожежною сигналізацією, крім матеріальних носіїв секретної інформації, які передаються в установленому законом порядку на зберігання до режимно-секретного підрозділу органу, у складі якого функціонує слідчий підрозділ.

Відповідальним за зберігання речових доказів, що зберігаються разом з матеріалами кримінального провадження, є слідчий, який здійснює таке провадження.

Відповідальною за зберігання речових доказів в обладнаному приміщенні чи спеціальному сейфі є посадова особа органу, у складі якого функціонує слідчий підрозділ, що призначається наказом керівника такого органу або слідчого підрозділу.

Питання про долю речових доказів вирішується вироком або ухвалою суду чи постановою судді, слідчого судді, слідчого про закриття справи.

**ДОКУМЕНТИ**

В українській мові поняття «документ» означає діловий папір, який підтверджує право на що-небудь, або підтверджує певний юридичний факт, або слугує доказом будь-чого1.

У найбільш загальному плані під документом розуміють будь- який об’єкт матеріального світу, на якому знаками (буквами, числами тощо) зафіксовані які-небудь відомості про якісь об’єкти чи їхні зображення.

Документ - діловий папір або матеріальний об’єкт - результат технічного документування, який підтверджує певний юридичний факт або слугує доказом яких-небудь фактів. Юридичним документом вважається письмовий акт, який встановлює, розвиває або припиняє певні правовідносини або фіксує юридично значимі факти та дії.

Документи як докази в різних аспектах аналізувались в наукових працях. Між тим теорія доказів і доказове право не стоять на місці і потребують подальшого розгляду.

Згідно з ст. 99 КПК України документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об’єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження. До документів можуть належати: 1) матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні); 2) матеріали, отримані внаслідок здійснення під час кримінального провадження заходів, передбачених чинними міжнародними договорами, згоду на обов’язковість яких надано Верховною Радою України; 3) складені в порядку, передбаченому цим Кодексом, протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії; 4) висновки ревізій та акти перевірок. Матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», за умови відповідності вимогам цієї статті, є документами та можуть використовуватися в кримінальному провадженні як докази.

Документи як докази поділяються на такі групи: а) фактичні документи (документи, які існували до початку кримінального провадження або створені в період розслідування, але не в ході процесуальної діяльності); б) матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації, у тому числі електронні (матеріали технічного документування); в) протоколи слідчих та інших процесуальних дій.

До фактичних документів як доказів у кримінальному провадженні, за умови відповідності вимогам належності до справи, допустимості і достовірності, можуть належати: будь-які офіційні історичні, юридичні, організаційно-управлінські та бухгалтерські документи: накладні, платіжні відомості, касові ордери, акти інвентаризації, квитанції, акти ревізії або висновки аудиторських перевірок, акти митних оглядів, контрольних закупок, технічних розслідувань, угоди, контракти, ліцензії та багато інших документів.

Для фактичного документа як окремого виду доказу характерні такі ознаки:

• Документ має походити від установ, підприємств, організацій, посадових осіб або громадян - має бути офіційним письмовим актом, засвідченим відповідним підписом. До документів офіційних осіб ставляться особливі вимоги. По-перше, зміст документа має відповідати компетенції посадової особи, по-друге, сам доку-мент має містити певні реквізити (встановлений для даного документа перелік відомостей, підписи, печатка тощо);

• Документ є доказом, якщо відомості про факти, викладені в ньому, мають значення для кримінальної справи і за їх допомогою можна встановити наявність або відсутність обставин, які підлягають доказуванню у кримінальній справі;

• У документі відомості про ті або інші обставини, факти мають бути подані у вигляді опису цих обставин та фактів особами, від яких походить цей документ;

• Документ набуває значення доказу, якщо він отриманий законним шляхом.

У тих випадках, коли документи, крім зафіксованої в них інформації, містять сліди підробки, тобто відображають обставини події своїми фізичними чи іншими матеріальними якостями, такі документи набувають значення речових доказів.

Процесуальні документи, складені з дотриманням процесуальної форми збирання, дослідження, фіксації та засвідчення доказової інформації, виступають практично універсальним комунікативним та засвідчувальним засобом, засобом передачі доказової інформації адресату та створення необхідних гарантій достовірності та допустимості доказів у справі.

Кримінально-процесуальним документом можна вважати письмовий документ чи результат технічного документування, виготовлений на основі кримінально-процесуального закону уповноваженим на це суб’єктом у зв’язку із здійсненням будь-яких процесуальних актів (виконанням процесуальних дій або прийняттям рішень), в якому засобами письмової мови чи технічного документування зафіксовано інформацію про хід та результати діяльності учасників кримінального процесу, перебіг та результати слідчих та інших процесуальних дій.

Протоколи слідчих, негласних слідчих (розшуковик) та інших процесуальних дій мають унікальну якість - здатність бути процесуальним носієм доказової інформації різного рівня: фактичних даних, які мають значення так званих основних доказів, та доказів допоміжних. Наприклад, під час провадження впізнання у протоколі фіксується інформація, яка походить від упізнавача. У цій частині протокол впізнання набуває значення основного доказу. Одночасно в протоколі впізнання фіксується інформація про процедуру впізнанню яка дозволяє судити про достовірність зроблених упізнавачем висновків. У цій частині протокол впізнання має якості допоміжного доказу, за допомогою якого визначається достовірність основного доказу

Аналогічним чином під час огляду місця події фіксується як інформація, що надходить від матеріальної обстановки місця події (злочину) або окремих слідів злочину, так і інформація про порядок дослідження, фіксації та вилучення речових доказів, яка дає можливість судити про збереженість їх доказових якостей, достовірності доказової інформації.

Без сумніву, доказове значення матимуть не тільки показання свідка, потерпілого або показання підозрюваного (обвинуваченого), а й обставини отримання показань, які фіксуються в протоколах.

Фактично протоколи будь-яких слідчих дій (у тому числі протоколи допитів та очних ставок) містять ознаки як основного, так і допоміжного доказу.

Процесуальний документ - невід’ємний атрибут процесуальної дії або рішення, органічна частина процесуального акту. Неприпустиме здійснення будь-якої процесуальної дії без складання передбаченого законом процесуального документа і навпаки.

Відповідно до ст. 103 нового КПК України 2012 року «процесуальні дії під час кримінального провадження можуть фіксуватися: 1) у протоколі; 2) на носії інформації, на якому за допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії; 3) у журналі судового засідання».

Відповідно до статті 104 нового КПК України:

 «1. У випадках, передбачених цим Кодексом, хід і результати проведення процесуальної дії фіксуються у протоколі.

2. У випадку фіксування процесуальної дії під час досудового розслідування за допомогою технічних засобів про це зазначається у протоколі.

Якщо за допомогою технічних засобів фіксується допит, текст показань може не вноситися до відповідного протоколу за умови, що жоден з учасників процесуальної дії не наполягає на цьому. У такому разі у протоколі зазначається, що показання зафіксовані на носії інформації, який додається до нього.

3. Протокол складається з:

1) вступної частини, яка повинна містити відомості про: місце, час проведення та назву процесуальної дії; особу, яка проводить процесуальну дію (прізвище, ім’я, по батькові, посада); всіх осіб, які присутні під час проведення процесуальної дії (прізвища, імена, по батькові, дати народження, місця проживання); інформацію про те, що особи, які беруть участь у процесуальній дії, заздалегідь повідомлені про застосування технічних засобів фіксації, характеристики технічних засобів фіксації та носіїв інформації, які застосовуються при проведенні процесуальної дії, умови та порядок їх використання;

2) описової частини, яка повинна містити відомості про: послідовність дій; отримані в результаті процесуальної дії відомості, важливі для цього кримінального провадження, в тому числі виявлені та/або надані речі і документи;

3) заключної частини, яка повинна містити відомості про: вилучені речі і документи та спосіб їх ідентифікації; спосіб ознайомлення учасників зі змістом протоколу; зауваження і доповнення до письмового протоколу з боку учасників процесуальної дії.

4. Перед підписанням протоколу учасникам процесуальної дії надається можливість ознайомитися із текстом протоколу.

5. Зауваження і доповнення зазначаються у протоколі перед підписами. Протокол підписують усі учасники, які брали участь у проведенні процесуальної дії. Якщо особа через фізичні вади або з інших причин не може особисто підписати протокол, то ознайомлення такої особи з протоколом здійснюється у присутності її захисника (законного представника), який своїм підписом засвідчує зміст протоколу та факт неможливості його підписання особою.

6. Якщо особа, яка брала участь у проведенні процесуальної дії, відмовилася підписати протокол, про це зазначається в протоколі. Такій особі надається право дати письмові пояснення щодо причин відмови від підписання, які заносяться до протоколу. Факт відмови особи від підписання протоколу, а також факт надання письмових пояснень особи щодо причин такої відмови засвідчуються підписом її захисника (законного представника), а у разі його відсутності - понятих».

На нашу думку, в законі слід закріпити правило про те, що у вступній частині протоколу зазначається факт роз’яснення учасникам процесуальної дії їхніх прав і обов’язків, що прямо випливає з того, що кожен учасник процесу має бути повідомлений про свої права, адже в ст. 223 КПК України 2012 року визначається: «Перед проведенням слідчої (розшукової) дії особам, які беруть у ній участь, роз’яснюються їх права і обов’язки, передбачені цим Кодексом, а також відповідальність, встановлена законом».

Щодо описової частини, то, на наш погляд, закон має викласти вказівку про необхідність детального фіксування не тільки відомостей, отриманих в результаті процесуальної дії, а й важливих обставин, при яких отримані відповідні доказові дані, адже останні можуть мати важливе значення при визначенні допустимості та достовірності доказу.

Кримінально-процесуальний документ незмінно є найважливішим елементом процесуальної форми, яка покликана, по-перше, доводити до відома юридично значимі факти, закріплювати та засвідчувати отримані фактичні дані - докази, а тим самим сприяти встановленню об’єктивної істини, в силу чого в самій процесуальній формі законодавчо втілюється накопичений людством досвід пізнання істини; по-друге, слугувати засобом реалізації учасниками процесу своїх прав та обов’язків; по-третє, бути гарантією законності.

Проблеми процесуальних документів слідчого перебували в центрі уваги науковців як у радянські часи, так перебувають і сьогодні.

Процесуальний документ відіграє роль істотного гаранта встановлення істини та забезпечення справедливості правосуддя, захисту прав і свобод людини. Це можна аргументувати наступними об’єктивними закономірностями.

1. Про обставини вчиненого злочину робляться висновки на підставі зібраних у справі доказових матеріалів. Щоб висновки були правильними (відповідали істині), необхідно, щоб у доказуванні використовувалися тільки достовірні фактичні дані. Доведення є встановлення істинності яких-небудь суджень за допомогою аргументів (доказів), істинність яких установлена. Встановлення достовірності доказів передбачає наявність можливості перевірити джерела і способи одержання фактичних даних. При цьому джерело інформації повинне бути доброякісним, а спосіб її одержання - законним і надійним (не приводити до деформації, зміни первісного змісту і змісту одержуваних фактичних даних). Допустимість і достовірність інформації може бути підтверджена в переважній більшості випадків лише процесуальним документом, що фіксує джерело і процес її одержання, дослідження і закріплення.

2. Здійснюючи діяльність зі збирання і дослідження доказів, слідчий, орган дізнання, прокурор і суд вступають у певні правовідносини з іншими учасниками процесу і зобов’язані вживати заходів до захисту їхніх прав і законних інтересів. Закон закріплює обов’язок за особою, у провадженні якої знаходиться справа, роз’ясняти учасникам процесу їхні процесуальні права і надавати реальну можливість для їхньої реалізації (право заявити відвід, представити доказ, власноручно викласти свої показання тощо). Про виконання даних вимог можуть свідчити процесуальні документи, що фіксують процесуальну діяльність на різних стадіях процесу.

3. Слідчий, орган дізнання, прокурор і суд вправі при наявності для того підстав застосовувати до інших учасників процесу передбачені законом примусові заходи, що обмежують права і свободу людини. Про наявність законних підстав для застосування таких заходів, так само як і про дотримання передбачених законом гарантій захисту прав і свобод людини, можна судити тільки за певними документами кримінальної справи, зокрема, за постановами, що мотивують відповідні рішення.

4. Копії основних процесуальних документів (постанова про притягнення в якості обвинувачуваного, обвинувальний висновок і вирок) вручаються обвинувачуваному (підсудному). Цим гарантується право обвинувачуваного знати, у чому він обвинувачується, і захищатися від необгрунтованого обвинувачення, право оскаржити необгрунтоване рішення. Без названих процесуальних документів неможливо забезпечити правильне застосування закону, здійснити судочинство, звернути вирок до виконання.

5. Документування процесуальної діяльності та процесуальних правовідносин дозволяє здійснити дієвий процесуальний контроль і прокурорський нагляд за забезпеченням встановлення істини, захисту прав і свобод людини, справедливості правосуддя.

Процесуальний документ - органічна і невід’ємна частина будь-якої правозастосовчої діяльності, незмінний атрибут процесуальної форми правосуддя. Відступ від установленої процесуальної форми може призвести до непоправних помилок. У цілому кримінально-процесуальні документи виконують інформаційну, пізнавальну, комунікативну, засвідчувальну, правозастосовчу, правозахисну та виховну функції, забезпечують можливість здійснення дійового прокурорського нагляду та процесуального контролю, відіграють організуючу та дисциплінуючу роль. Процесуальні документи - необхідна умова правосуддя, влучності та безпомилковості застосування кримінальної репресії, процесуального примусу або інших заходів юридичної відповідальності1.

Висока інформативність та важливе доказове значення протоколів слідчих та інших процесуальних дій зумовлюють необхідність скрупульозного ставлення до них, суворого додержання встановлених законом вимог під час їх складання, повного, всебічного та об’єктивного відображення в них усіх виявлених фактів та обставин. Порушення, допущені як під час провадження слідчої дії, так і при складанні протоколу, можуть призвести до втрати суттєвих для справи доказів.

Згідно з ст. 105 КПК України особою, яка проводила процесуальну дію, до протоколу долучаються додатки.

Додатками до протоколу можуть бути:

1. спеціально виготовлені копії, зразки об’єктів, речей і документів;

2. письмові пояснення спеціалістів, які брали участь у проведенні відповідної процесуальної дії;

3. стенограма, аудіо-, відеозапис процесуальної дії;

4. фототаблиці, схеми, зліпки, носії комп’ютерної інформації та інші матеріали, які пояснюють зміст протоколу.

Додатки до протоколів повинні бути належним чином виготовлені, упаковані з метою надійного збереження, а також засвідчені підписами слідчого, прокурора, спеціаліста, інших осіб, які брали участь у виготовленні та/або вилученні таких додатків.

Сучасні електронні документи - це документи, інформація в яких зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов’язкові реквізити документа (ч. 1 ст. 5 Закону України від 22 травня 2003 р. «Про електронні документи та електронний документообіг»).

У зв’язку з розширенням обігу електронних документів заслуговує на увагу порядок використання фактичних даних, що містяться в електронних документах, як доказів у кримінальних справах.

Відповідно до ч. 6 ст. 7 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг», копією електронного документа є візуальне подання цього документа на папері, яке засвідчене у порядку, встановленому законодавством. Відповідно для використання в кримінальному доказуванні фактичних даних, які розміщені у вигляді електронних даних, наприклад інформації, поданої на інтернет-ресурсах, виникає потреба фіксації та засвідчення достовірності змісту такої інформації. Зважаючи на те, що така інформація може «неочікувано» зникнути, вона має бути перенесена на інший матеріальний носій, здатний для перенесення її в просторі і часі. Для цього можуть бути використані як засоби засвідчення нотаріусом копії електронного документа, так і фіксація такої інформації в залежності від носія і змісту шляхом провадження відповідних слідчих (розшукових) дій (огляд чи зняття інформації з телекомунікаційних мереж, якщо інформація носить елементи охоронюваної законом таємниці спілкування тощо).

Відповідно до вимог ст. 107 КПК України 2012 року «Застосування технічних засобів фіксування кримінального провадження»:

«1. Рішення про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів під час досудового розслідування, в тому числі під час розгляду питань слідчим суддею, приймає особа, яка проводить відповідну процесуальну дію. За клопотанням учасників процесуальної дії застосування технічних засобів фіксування є обов’язковим.

2. Про застосування технічних засобів фіксування процесуальної дії заздалегідь повідомляються особи, які беруть участь у процесуальній дії.

3. У матеріалах кримінального провадження зберігаються оригінальні примірники технічних носіїв інформації зафіксованої процесуальної дії, резервні копії яких зберігаються окремо.

4. Фіксування за допомогою технічних засобів кримінального провадження в суді під час судового провадження є обов’язковим. У разі неприбуття в судове засідання всіх осіб, які беруть участь у судовому провадженні, чи в разі, якщо відповідно до положень цього Кодексу судове провадження здійснюється судом за відсутності осіб, фіксування за допомогою технічних засобів кримінального провадження в суді не здійснюється.

5. Учасники судового провадження мають право отримати копію запису судового засідання, зробленого за допомогою технічного засобу.

6. Незастосування технічних засобів фіксування кримінального провадження у випадках, якщо воно є обов’язковим, тягне за собою недійсність відповідної процесуальної дії та отриманих внаслідок її вчинення результатів, за винятком випадків, якщо сторони не заперечуюгь проти визнання такої дії та результатів її здійснення чинними».

Фактичні результати застосування технічних засобів, незалежно від суб’єктів та правової форми застосування самих технічних засобів, мають свої особливості як докази. А саме: по-перше, вони не є результатом природного відображення події злочину в об’єктивному світі (слідами злочину), а є продуктами «вторинного відображення» на штучних, спеціально створених для цього носіях інформації; по-друге, є результатом застосування технічних засобів, особливості яких слід враховувати при оцінці доказового значення інформації, що фіксується за їх допомогою; по-третє, вони забезпечують фіксацію (документування) інформації без її кодування або узагальнення, забезпечуючи можливість емпіричного пізнання розшукуваних фактів.

Фактичні результати технічного документування можуть розглядатись відповідно до чинного процесуального законодавства як різновид документів, а при певному законодавчому регулюванні можуть мати і значення самостійного виду доказів у кримінальній справі. При цьому сам процес технічного документування має бути докладно регламентований у кримінально-процесуальному законі.

У новому КПК України можливості технічного документування доказових фактів, включаючи технічне фіксування самої події злочину, значно розширені.

Так, згідно з ст. 260 КПК України 2012 року в ході розслідування може здійснюватися окремо аудіо-, відеоконтроль особи, що є різновидом втручання у приватне спілкування, яке проводиться без її відома на підставі ухвали слідчого судді, якщо є достатні підстави вважати, що розмови цієї особи або інші звуки, рухи, дії, пов’язані з її діяльністю або місцем перебування тощо, можуть містити відомості, які мають значення для досудового розслідування.

Відповідно до ст. 270 КПК України 2012 року може здійснюватися аудіо-, відеоконтроль місця, хоча важко побачити різницю між даною слідчою дією і попередньою. Закон її регламентує так: «Аудіо-, відеоконтроль місця може здійснюватися під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину і полягає у здійсненні прихованої фіксації відомостей за допомогою аудіо-, відеозапису всередині публічно доступних місць, без відома їх власника, володільця або присутніх у цьому місці осіб, за наявності відомостей про те, що розмови і поведінка осіб у цьому місці, а також інші події, що там відбуваються, можуть містити інформацію, яка має значення для кримінального провадження».

Відповідно до ст. 263 КПК України 2012 року зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (мереж, що забезпечують передавання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень будь-якого виду між підключеними до неї телекомунікаційними мережами доступу) є різновидом втручання у приватне спілкування, яке проводиться без відома осіб, які використовують засоби телекомунікацій для передавання інформації, на підставі ухвали слідчого судді, якщо під час його проведення можна встановити обставини, які мають значення для кримінального провадження.

Зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж полягає у проведенні із застосуванням відповідних технічних засобів спостереження, відбору та фіксації змісту інформації, яка передається особою та має значення для досудового розслідування, а також одержанні, перетворенні і фіксації різних видів сигналів, що передаються каналами зв’язку.

Ст. 263 КПК України 2012 року регламентує зняття інформації з електронних інформаційних систем.

Безумовно, хід і результати аудіо-, відеоконтролю особи та інших вищевказаних негласних слідчих дій підлягають технічному документуванню. Таке документування носить ознаки безпосередньої фіксації фактів з допомогою технічних засобів, а результати такого документування можуть мати значення доказів як документів чи речових доказів.

Відповідно до ст. 266 КПК України:

«1. Дослідження інформації, отриманої при застосуванні технічних засобів, у разі необхідності здійснюється за участю спеціаліста. Слідчий вивчає зміст отриманої інформації, про що складається протокол. При виявленні відомостей, що мають значення для досудового розслідування і судового розгляду, в протоколі відтворюється відповідна частина інформації, після чого прокурор вживає заходів для збереження отриманої інформації.

2. Технічні засоби, що застосовувалися під час проведення зазначених негласних слідчих (розшукових) дій, а також первинні носії отриманої інформації повинні зберігатися до набрання законної сили вироком суду.

3. Носії інформації та технічні засоби, за допомогою яких отримано інформацію, можуть бути предметом дослідження відповідних спеціалістів або експертів у порядку, передбаченому цим Кодексом».

При пред’явленні учасникам процесу матеріалів справи у зв’язку з закінченням досудового розслідування звукозапис, матеріали кінозйомки та відеозапису відтворюється обвинуваченому і його захиснику, а в разі клопотання - і іншим учасникам процесу. Матеріали технічного документування в опечатаному вигляді зберігаються при справі.

**ВИСНОВКИ ЕКСПЕРТА**

З розвитком науково-технічних засобів пізнавальної діяльності в доказуванні все більшу роль відіграє судова експертиза, а теорія доказів все більше поглинає нову складову юриспруденції - експертологію.

Різні питання провадження судової експертизи та використання висновку експерта в доказуванні у кримінальному процесі розглядаються в роботах вітчизняних вчених - процесуалістів та криміналістів.

Термін «судова експертиза» законодавець визначає в ст. 1 Закону України «Про судову експертизу» як «дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об’єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває в провадженні органів дізнання, слідства чи суду».

У ст. 1 Закону України «Про наукову та науково-технічну експертизу» зазначається, що це діяльність, метою якої є дослідження, перевірка, аналіз та оцінка науково-технічного рівня об’єктів експертизи і підготовка обґрунтованих висновків для прийняття рішень щодо таких об’єктів.

Виходячи з вищенаведеного, під експертизою розуміють, насамперед, дослідження. З точки зору філології: 1) дослідження - це відтворення якого-небудь явища або спостереження за новим явищем у певних умовах з метою вивчення; 2) аналіз - метод наукового дослідження предметів, явищ шляхом розкладу, розчленування їх складу і властивостей; 3) оцінка - думка, міркування про якість, характер, значення кого-, чого-небудь; перевіряти - переконатися в правильності, точності чого-небудь.

Згідно зет. 101 нового КПК України: «Висновок експерта - це докладний опис проведених експертом досліджень та зроблені за їх результатами висновки, обґрунтовані відповіді на питання, поставлені особою, яка залучила експерта, або слідчим суддею чи судом, що доручив проведення експертизи».

Ю.К. Орлов виокремлює наступні ознаки судової експертизи: використання спеціальних знань, проведення дослідження з метою встановлення обставин, які мають значення для справи, наявність спеціального суб’єкта експертизи, визначену процесуальну форму провадження, оформлення результатів в спеціальному процесуальному документі - висновку експерта4.

Об’єкти експертизи - це закріплені в матеріалах справи та передбачені кримінально-процесуальним та цивільно-процесуальним законодавством джерела інформації5.

Предметом експертизи є експертне завдання, яке необхідно розв’язати експертові під час і за результатами дослідження на основі відповідного обсягу спеціальних знань з використанням засобів і методів, що перебувають у його розпорядженні.6

Методи експертизи - це система науково-технічних, логічних та інших дослідницьких технологій, які застосовуються для з’ясування інформаційного змісту досліджуваних об’єктів, отримання емпіричних даних чи їх аналізу, ідентифікації, для вирішення усіх питань, що поставлені перед експертом.

А. І. Вінберг та Н.Т. Малаховська запропонували наступну класифікацію експертних методів: 1) за ступенем їх загальності та су¬бординації: всеохоплюючий та розглянуті на цьому рівні методи логіки; 2) загальні (загальнопізнавальні) методи: спостереження, вимірювання, опис, планування, експеримент, моделювання та ін.; 3) окремі методи (інструментальні та допоміжно-технічні); 4) спеціальні методи, функції яких виконують спеціалізовані методики експертного дослідження.

Мотивовані висновки експерта являють собою узагальнені, опосередковані, вивідні знання, які мають відповідати вимогам достовірності. Для цього об’єкти експертизи досліджуються в першу чергу недеструктивними методами, для збереження доказових ознак методологія експертизи має бути відображена в описовій частині висновку експерта з тим, щоб хід і результати дослідження могли бути доступними об’єктивній перевірці шляхом повторного дослідження, отримані відомості повинні бути результатом дослідження при умові відсутності сумнівів у правильності проведеного дослідження і отриманих результатів.

Висновки експерта класифікуються:

• залежно від повноти відповідей на поставлені слідчим або судом запитання на: повні (вичерпні) і часткові (невичерпні);

• за якістю зв’язування на: позитивні або негативні;

• за ступенем підтвердження на: категоричні і ймовірні (діагностичні).

Висновки експерта можуть бути і такими, що вказують на неможливість вирішення питання. Якщо експерт дає ймовірний висновок або висновок про неможливість вирішення питання, то в дослідницькій частині він зобов’язаний викласти причини, з яких не виявилося можливим вирішити питання в категоричній формі або довелося відмовитися від вирішення питання.

Висновок експерта - це викладений у складеному відповідно до вимог закону документі результат діяльності експерта з проведення експертизи, що являє собою докладний опис методології, ходу та результатів експертного дослідження, містить обґрунтовані відповіді на запитання, поставлені перед експертом особою, яка за-лучила експерта, слідчим суддею чи судом.

Відповідно до закону висновок експерта являє собою самостійний вид доказів.

Водночас доказове значення експертизи не зводиться тільки до висновків експерта. В ході експертизи експерт зазвичай на основі аналізу отриманих фактичних даних і наукових знань робить певний висновок, але поряд з цим встановлює фактичні дані емппіричної властивості та повідомляє наукові дані з досліджуваних питань, які теж можуть мати доказове значення.

Характеризуючи висновок експерта як доказ, необхідно зауважити таке:

• експертиза проводиться за постановою особи, у провадженні якої перебуває справа;

• експертиза проводиться особою, яка має необхідні фахові знання та є компетентною;

• експерт проводить дослідження наданих йому на експертизу об’єктів, однак якщо під час проведення експертизи знайде факти, які мають значення для справи, з приводу яких йому не були поставлені запитання, він вказує на них у своєму висновку;

• експерт проводить дослідження самостійно та несе відповідальність за давання явно неправильного висновку;

• отримані в ході дослідження фактичні дані та сформульовані висновки експерт викладає у спеціальному документі - висновку експерта, який має значення самостійного доказу;

• доказове значення у висновку експерта мають як отримані в ході дослідження фактичні дані, так і зроблені експертом висновки;

• у підсумковому документі - висновку експерта -не тільки викладаються встановлені фактичні дані та висновки експерта за досліджуваними питаннями, а й описуються технічні прийоми, наукові методи та послідовність дослідження, що слугує доказовою основою достовірності отриманих експертом результатів.

У рамках кримінального провадження можуть призначатися та здійснюватися такі основні види (підвиди) експертизи:

Криміналістична: почеркознавча та авторознавча; технічна експертиза документів; балістична; трасологічна (крім досліджень слідів пошкодження одягу, пов’язаних з одночасним спричиненням тілесних ушкоджень, які проводяться в бюро судово-медичної експертизи); фототехнічна, портретна; експертиза голограм; відео-, звукозапису; вибухотехнічна; матеріалів, речовин та виробів (лакофарбових матеріалів і покриттів; полімерних матеріалів; волокнистих матеріалів; нафтопродуктів і пально-мастильних матеріалів; скла, кераміки; наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів; спиртовмісних сумішей; ґрунтів; металів і сплавів; наявності шкідливих речовин у навколишньому середовищі; речовин хімічних виробництв та спеціальних хімічних речовин; харчових продуктів; сильнодіючих і отруйних речовин); біологічна.

Інженерно-технічна: інженерно-транспортна (автотехнічна, транспортно-трасологічна, залізнично-транспортна); дорожньо-технічна; будівельно-технічна (оціночно-будівельна); земельно-технічна (оціночно-земельна); пожежно-технічна; безпеки життєдіяльності; гірничотехнічна; інженерно-екологічна; електротехнічна; комп’ютерно-технічна; телекомунікаційна.

Економічна: бухгалтерського та податкового обліку; фінансово-господарської діяльності; фінансово-кредитних операцій.

Товарознавча: машин, обладнання, сировини та товарів народного споживання; автотоварознавча; транспортно-товарознавча.

Експертиза у сфері інтелектуальної власності: літературних та художніх творів; фонограм, відеограм, програм (передач) організації мовлення; винаходів і корисних моделей; промислових зразків; сортів рослин і порід тварин; комерційних (фірмових) найменувань, торговельних марок (знаків для товарів і послуг), географічних зазначень; топографій інтегральних мікросхем; комерційної таємниці (ноу-хау) і раціоналізаторських пропозицій; економічна у сфері інтелектуальної власності.

Судово-медична. Судово-психіатрична. Судово-бухгалтерська. Біологічна. Психологічна. Ґрунтознавча. Судово-хімічна. Ботанічна. Мистецтвознавча. Фармацевтична. Зоотехнічна. Екологічна.

З метою більш повного задоволення потреб слідчої та судової практики слідчим може бути визнано проведення інших видів експертизи (серед яких може бути археологічна) або спеціальних криміналістичних експертиз: волосся людини і тварин; продуктів харчування; судово-медична імунологія; судово-медична цитологія; судово-медична молекулярна біологія; одорологія; судово-бухгалтерська експертиза; мінералознавча експертиза й інші експертні дослідження.

Відносно новими видами експертиз є мистецтвознавча, медико-криміналістична, хіміко-фармацевтична та деякі інші види експертиз.

Мистецтвознавча експертиза, Об’єктами мистецтвознавчої експертизи можуть бути предмети антикваріату, картини, ікони, музейні цінності, ювелірні художні вироби з дорогоцінних металів і каменю чи інші жіночі прикраси, рисунки, рукописи, гобелени, кінопродукція чи відеофільми, скульптурні твори чи архітектурні проекти. В кримінальному процесі вони стають предметами експертних досліджень у зв’язку зі злочинами, найчастіше крадіжками, контрабандою, шахрайством.

Принципову задачу ідентифікації слідів крові та зразків для порівняльного дослідження, взятих у конкретної особи, дозволяє вирішити використання розробленого останніми роками методу генотипоскопії (ДНК-дактилоскопії). Метод основується на аналізі нової категорії генетичних маркерів - поліформних ділянок дезоксирибонуклеїнової кислоти (ДНК), що характеризуються, як з’ясувалося, достатньою індивідуальністю. Індивідуальні «відбитки» ДНК проявляються за допомогою різних зондів.

Державний науково-дослідницький та експертно-криміналістичний центр (ДНДЕКЦ) МВС України та ЕКЦ Росії вже сьогодні проводять експертизи з використанням методу ДНК-дактилоскопії. Це дозволяє: ідентифікувати конкретну особу за слідами крові та сперми; виявити, хто є батьком або матір’ю дитини; визначити, чи належали частини тіла розчленованого трупу одній людині.

Широке впровадження даного методу в слідчу та експертну практику дасть змогу, на наш погляд, докорінно змінити ситуацію в боротьбі із злочинністю. Вже зараз необхідно працювати над проблемою створення відповідних автоматичних банків даних з урахуванням можливостей методу генотипоскопії для забезпечення ефективного використання слідів крові, сперми та інших об’єктів біологічного походження в розкритті та розслідуванні злочинів.

Зазначимо, що в Німеччині, згідно зет. 8Ц результати досліджень із застосуванням методу генотипоскопії - встановлений ідентифікаційний код ДНК обвинуваченого в скоєнні особливо тяжких злочинів вже заносяться до автоматичних банків даних.

Сумським заводом електронних мікроскопів налагоджено випуск приладів групи ЕМАЛ - мас-аналізаторів з лазерним джерелом іонів. Принцип дії приладу оснований на іонізації певних ділянок твердої речовини через потужне імпульсне випромінення квантового генератора та вивченні плазми, яка утворюється за допомогою мас-спектрометра.

Застосування потужного лазерного джерела іонів дозволяє проводити аналіз практично всіх твердих речовин за 100% іонізації, уникнути явищ фракційності, тобто забруднення плазми речовинами самого іонізатора, що мало місце при іскровій іонізації, а отже, забезпечує високу розрішаючу РОЗДІЛЬНУ здатність та точність аналізу. Наявність у приладі фокусуючої оптичної системи у сполученні зі скануючим пристроєм забезпечує високу локальність аналізу з точністю до діаметра променя - менше 10 мк. Застосування мас-спектрометра з подвійним фокусуванням дає можливість використати значну частину іонів при аналізі речовини, що приводить у підсумку до підвищення чутливості аналізу. Більше того, аналізатор забезпечує можливість одночасної реєстрації на екрані або фотоплатівці декількох десятків елементів. Нарешті, прилад забезпечує збереженість досліджуваних зразків та швидкість дослідження. Ці якості приладу EMAJI розширюють доказові можливості різних досліджень матеріалів, речовин та виробів, дозволяють ефективно використовувати його для визначення природи досліджуваних об’єктів, встановлення мікроелементного складу різних слідів ґрунту, волосся, нашарувань, мікрочасток та інших речових доказів, у тому числі й мікрооб’єктів.

Останнім часом в юридичній літературі все частіше з’являються праці, присвячені проблемам використання як засобу отримання доказової інформації поліграфа. Поліграф - прилад для об’єктивного дослідження фізіологічних показників, які дають змогу діагностувати емоційний стан людини під час опитування. Отримані результати кладуться в основу діагностичних висновків щодо правдивості відповідей опитуваного.

Основні виробники поліграфічних приладів у Росії - «Дельта», «ЕПОС», «Інекс», в США - «Axciton System», «Stoelting» постійно удосконалюють техніку таких досліджень.

Але доки під сумнівом залишається достовірність отриманих результатів, доти такого роду діагностика може використовуватися хіба що в оперативно-розшуковій роботі для конкретизації версій та одержання орієнтуючої інформації.

Процес дослідження істини в кримінальному процесі має бути істинним, забезпечувати отримання достовірних даних, а отже, такий процес має бути добре контрольованим на всіх його стадіях, перевірочним та добре вивченим. В усякому разі мають бути відомі механізми формування тих або інших висновків або інформаційних результатів, досліджені всі варіанти дії використаного методу в залежності від різних змінюваних умов його застосування.

З названих причин не можуть бути використані в доведенні гіпноз, екстрасенсорика та інші нетрадиційні методи психології.

Висновок експерта - це процесуальний документ, в якому викладаються підстави проведення експертизи, методологія, хід та результати експертного дослідження.

Доказове значення у висновку експерта можуть мати: а) відомості про конкретні факти, фактичні дані, встановлені в ході експертного дослідження; б) висновки експерта, зроблені на основі проведеного з використанням спеціальних знань дослідження відповідних об’єктів і аналізу отриманих фактичних даних; в) відомості про методологію дослідження, які дають змогу перевірити і підтвердити чи спростувати висновки експерта.

Експертиза може бути також повторною, додатковою, комісійною та комплексною.

Повторна експертиза призначається, якщо слушність і обгрунтованість висновків експерта викликає сумніви в силу суперечливості фактичним обставинам справи або була проведена з порушенням кримінально-процесуального закону, що впливає на допустимість експертного висновку як доказу. Проведення повторної експертизи доручається іншому експерту або іншим експертам.

Додаткова експертиза призначається, якщо висновки експерта не викликають сумнів, але експерт досліджував не всі зразки або обставини, що мають значення для вирішення поставлених питань, не дав вичерпних відповідей на всі поставлені питання або не мав можливості вирішити окремі з них через те, що для провадження дослідження йому не було надано необхідні дані. Ця експертиза може доручатися тому самому або іншому експертові.

Для призначення додаткової експертизи варто зазначити, у чому саме полягає неясність або неповнота висновку основної експертизи або які обставини зумовили розширення експертного завдання.

Комісійна експертиза - це експертиза, проведена декількома експертами одного фаху. Звичайно, провадження експертизи доручають декільком експертам у випадку її особливої складності або повторності призначення. Комісійна експертиза проводиться спеціалістами однієї галузі знань. Організацію роботи комісії забезпечує головний експерт. Якщо експерти доходять загального висновку, висновок підписується всіма, а у разі розбіжностей кожний із них дає висновок окремо.

Комплексна експертиза - це експертиза, у провадженні якої беруть участь декілька експертів різних за фахом або одного вузькофахового напрямку.

Комплексна експертиза призначається, якщо виникає необхідність у вирішенні достатньо складних питань, що стосуються різноманітних галузей знань, або якщо існують різні точки зору з будь-якого питання. Експерти складають висновок, у якому відбиваються хід і результати досліджень, указується, які дослідження провів кожний із них. Загальний висновок підписується експертами, що брали участь у спільній оцінці результатів дослідження і схильні до єдиної думки. Якщо експерти не дійшли загальної думки, вони формулюють самостійні висновки в загальному висновку.

Висновки експерта формулюються на основі всебічного аналізу і синтезу результатів дослідження. Вони повинні давати відповіді на всі поставлені питання. Висновок має бути викладений зрозумілою мовою, що не припускає різноманітних тлумачень. Висновки повинні випливати з проведеного дослідження, не бути логічно суперечливими і бути такими, які можна перевірити.

Висновок експерта не має переваг над іншими доказами. Безумовно, вони мають велике значення для справи. До їх переваг належить та обставина, що висновки експерта обґрунтовані дослідженнями, проведеними із застосуванням сучасних і достатньо апробованих наукових, технічних або інших спеціальних знань. Але це не може бути підставою для надання йому особливої доказової сили, некритичного ставлення до нього.

Висновок експерта для особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду не є обов’язковим, але незгода з ним повинна бути мотивована у відповідних постанові, ухвалі, вироку.

Якщо в результаті оцінки висновку експерта слідчий дійде висновку, що він є неповним або недостатньо зрозумілим, і якщо під час допиту експерта не було можливості усунути незрозумілість, тоді слідчий має призначити додаткову експертизу. В разі визнання висновку експерта суперечним матеріалам справи, необгрунтованим або сумнівним щодо його правильності слідчий може призначити повторну експертизу.

**Лекція № 8 Слідчі (розшукові) дії в кримінально-процесуальному доказуванні**

Слідчі дії - це регламентовані нормами процесуального права та здійснювані в рамках кримінально-процесуального провадження уповноваженою нате особою, а також забезпечувані заходами державного примусу та супроводжувані необхідним документуванням процесуальні дії, які являють собою комплекс пізнавально-засвідчувальних операцій, спрямованих на отримання, дослідження та перевірку доказів.

Акцентуючи увагу на тому, що слідча дія - це найважливіший елемент процесуальної діяльності слідчого, що має пізнавальну і посвідчувальну сторони, своєрідний детально регламентований законом засіб одержання і перевірки доказів, О. П. Рижаков до числа критеріїв (ознак) слідчих дій відносить: 1) їхню пізнавальну спрямованість; 2) забезпеченість державним примусом; 3) слідчі дії суттєво зачіпають права й інтереси громадян; 4) наявність детально розробленої і закріпленої в кримінально-процесуальному законі процедури.

Проблемою залишається визначення поняття «слідчі (розшукові) дії», згаданого в новому КПК України без чіткої логіки його використання.

На думку авторів нового Науково-практичного коментаря до КПК України, слідчу (розшукову) дію слід розуміти як передбачений Кримінальним процесуальним кодексом захід, який застосовується компетентними особами для збирання, дослідження, оцінки та використання доказів під час конкретного кримінального провадження. Вони мають пізнавальний і водночас процесуальний характер та розшукову спрямованість, сутність якої полягає у намаганні процесуальної особи розшукати й належним чином зафіксувати у відповідних процесуальних джерелах фактичні дані, що мають значення для кримінального провадження. Не менш важливою метою слідчих (розшукових) дій є перевірка раніше отриманих у цьому кримінальному провадженні доказів або інших встановлених фактів. Всі інші дії слідчого, що прямо не пов’язані з отриманням (збиранням), дослідженням і перевіркою доказової інформації, прийнято позначати терміном «процесуальні» або «інші» дії слідчого. Як збірне кримінальне процесуальне поняття слідча (розшукова) дія - це система кримінальних процесуальних правил і умов, що здійснюються уповноваженою на те особою в конкретному кримінальному провадженні з метою виявлення, вилучення, дослідження і фіксації доказів.

Між тим, як зазначає Д.П. Письменний, в теорії кримінального процесу досі не розглядається така правова категорія як «розшукові дії».

Слідчі (розшукові) дії згідно з ч. 1 ст. 223 КПК України є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Але саме на це і спрямовані будь-які слідчі дії як засоби пізнання в кримінальному провадженні. Скоріше, використання в указаній дефініції терміна «розшукові» є надлишковим багатослів’ям.

Правова система України сьогодні в цілому і система слідчих дій, зокрема, має розбудовуватися відповідно до визнаного європейською спільнотою та укоріненого в практиці Європейського суду з прав людини принципу правової визначеності, згідно з яким обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями. Обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

Дослідження теорії слідчих дій традиційно було притаманне процесуальній науці, але з урахуванням положень нового КГЖ України ще тільки набирає обертів.

Основу слідчих дій складають окремі методи пізнання - візуальне спостереження, розпитування, сприйняття, пошук, порівняння (ідентифікація), відтворення, дослідження, які супроводжуються закріпленням (фіксацією та засвідченням) одержаної доказової інформації чи висновків дослідження у відповідних процесуальних документах.

Норми права, які регламентують провадження слідчих дій, являють собою певну модель діяльності слідчого і несуть у собі конструктивні засади. Вони створюють правовий інститут - слідчу дію. Виступаючи як пізнавально-засвідчувальна дія, слідча дія одночасно є також і актом застосування права і в силу цього формує систему правовідносин.

Кожна слідча дія є не тільки засобом пізнання, засобом збирання, дослідження та перевірки доказів, а й виступає актом правоза-стосовної діяльності. Тому інститут слідчої дії має встановлювати певну систему гарантій як встановлення істини, так і забезпечення прав і свобод людини.

Кримінальний процесуальний кодекс України передбачає дві широкі групи слідчих дій:

1) традиційні слідчі дії: огляд (ст. 237), включаючи огляд трупа (ст. 238), огляд трупа, пов’язаний з ексгумацією (ст. 239); допит, у тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб, який раніше йменувався очною ставкою (ст. 224-226); пред’явлення для впізнання (ст. 228-231), обшук (ст. 233-236), слідчий експеримент (ст. 240), освідування (ст. 241), отримання зразків для експертного дослідження (ст. 245), провадження експертизи (ст. 241-244);

2) негласні слідчі (розшукові) дії: аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з електронних інформаційних систем і т.д.

Негласні слідчі (розшукові) дії\ як визначено в ст. 246 КПК України, - це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених законом.

Система негласних слідчих (розшукових) дій за новим КПК України складається з двох блоків.

До першого блоку належать слідчі дії, які пов’язані з втручанням у приватне спілкування:

1) аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260);

2) арешт, огляд та виїмка кореспонденції (ст. 261-262);

3) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263);

4) зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264).

До другого блоку негласних (слідчих) належать інші негласні слідчі (розшукові) дії:

1) обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267);

2) установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст, 268);

3) спостереження за особою, місцем або річчю (ст. 269);

4) аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270);

5) контроль за вчиненням злочину (ст. 271);

6) виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272);

7) негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження.

У той же час контроль за вчиненням злочину включає в себе ще одну підсистему негласних слідчих (розшукових) дій, які до цього регулювались як оперативно-розшукові заходи і комбінації. Так, відповідно до ст. 271 КПК України: «Контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, та проводиться в таких формах:

1) контрольована поставка;

2) контрольована та оперативна закупка;

3) спеціальний слідчий експеримент;

4) імітування обстановки злочину».

Такій системі слідчих дій бракує досконалості, а саме: системності, відповідності принципам верховенства права, юридичної визначеності, передбачуваності та пропорційності.

Звертає на себе увагу те, що такі названі в законі слідчі (розшукові) дії, як аудіо-, відеоконтроль особи, спостереження за особою, місцем або річчю та аудіо-, відеоконтроль місця, ґрунтуються на одному й тому ж методі пізнання і фіксування в кримінальному провадженні - візуальному спостереженні та технічному документуванні, і, скоріше «штучно, втиснуті» в різні види і процесуальні форми окремих слідчих дій, хоча можуть з більшим успіхом регламентуватися однією універсальною негласною слідчою (розшуковою) дією.

У систему негласних слідчих (розшукових), з одного боку, входять слідчі дії, які пов’язані з втручанням у приватне спілкування: 1) аудіо-, відеоконтроль особи; 2) арешт, огляд та виїмка кореспонденції; 3) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; 4) зняття інформації з електронних інформаційних систем. Але втручанням у приватне спілкування із названих дій можна вважати лише арешт, огляд та виїмку кореспонденції та зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж. Інші за своїм змістом можуть і не мати справи з спілкуванням. Можливо, законодавець мав на увазі більш широке поняття – втручання у приватне життя. Але до такої групи мав би бути віднесений і обшук тощо. Схоже, маємо справу зі штучною і непродуманою класифікацією, а це вже питання теоретичного рівня якості законів. На жаль, законодавча техніка нового КПК України не витримує критики.

Більшість із негласних слідчих (розшукових) дій, особливо з групи контролю за вчиненням злочину (спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки злочину), так і не отримали належної процесуальної регламентації, що залишає місце для свавілля та ставить під сумнів можливість застосування таких засобів, оскільки вони не відповідають закладеним у рішеннях Європейського суду з прав людини вимогам юридичної визначеності. Контрольована поставка взагалі, якими б цілями вона не виправдувалась, недопустима в кримінальному провадженні, адже є по суті не тільки провокацією злочину, а й співучастю у його здійсненні, не може бути незамінною і не відповідає як вимозі верховенства права, так і принципу пропорційності.

Встановлюючи у ст. 267 «Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи» правило про те, що «слідчий має право обстежити публічно недоступні місця, житло чи інше володіння особи шляхом таємного проникнення в них, у тому числі з використанням технічних засобів». Цією статтею законодавець робить значний крок у минуле, підмінюючи принцип верховенства права принципом доцільності, грубо порушуючи положення ст. 22 Конституції України.

Вочевидь, існуюча система слідчих дій, підстави і процесуальна форма їх провадження потребують удосконалення.

Залежно від джерел отриманої інформації слідчі дії поділяються на:

а) спрямовані на отримання інформації від людей (допит, очна ставка, впізнання та деякі інші);

б) спрямовані на отримання інформації від матеріальних об’єктів (огляд, обшук, виїмка, експертиза та подібні);

в) спрямовані на отримання інформації як від матеріальних об’єктів, так і від людей (відтворення обстановки й обставин події злочину, затримання підозрюваного).

Залежно від характеру одержуваної інформації слідчі дії поділяються на: вербальні (виявляють і фіксують словесно-знакову інформацію), невербальні (виявляють, досліджують і фіксують емпіричні дані - властивості і стан матеріальних об’єктів).

За особливостями процесуальної форми провадження слідчі дії можуть бути поділені на такі, які провадяться:

1) за рішенням слідчого (проведення експертизи, проведення дистанційного впізнання в режимі відеоконференції тощо) або без нього. Без винесення постанови слідчий виконує такі слідчі дії: допит, огляди, відтворення обстановки й обставин події, пред’явлення для впізнання і, як правило, затримання підозрюваного;

2) на підставі постанови слідчого, погодженої з керівником органу досудового розслідування (виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації - ст. 272);

3) за постановою прокурора (ексгумація трупа - ст. 239, освідування - ст. 241, контроль за вчиненням злочину - ст. 271);

4) за ухвалою слідчого судді - здійснення у режимі відеоконференції допиту (ст. 225); обшук, аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260); накладення арешту та виїмка поштово-телеграфної кореспонденції (ст. 261-262); зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263), зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264); обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268); спостереження за особою, місцем або річчю (ст. 269); аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270);

5) за участю понятих (обшук або огляд житла, обшук особи, впізнання) і без них (допит);

6) з обов’язковою участю фахівця (огляд трупа слідчим, прокурором проводиться за обов’язкової участі судово-медичного експерта або лікаря; ексгумація трупа; допит малолітньої або неповнолітньої особи проводиться у присутності законного представника, педагога або психолога, а за необхідності - лікаря, і без його участі або за його участю на розсуд слідчого;

7) особою однієї статі з іншими учасниками (освідування, особистий обшук) та будь-якими особами, що проваджують розслідування в передбаченому порядку.

Послідовність (черговість) проведення слідчих дій визначаються конкретною слідчою ситуацією та вирішуються особою, в провадженні якої перебуває справа, або прокурором, що здійснює нагляд за досудовим розслідуванням.

До позитивів нового КПК України слід віднести: визначення загальних правил провадження усіх слідчих дій; обмеження провадження слідчих дій в часі - допит не може продовжуватися без перерви понад дві години, а в цілому - понад вісім годин на день; більш детальна регламентація впізнання особи; регламентація допиту та впізнання у режимі відеоконференції; новий КПК України цілком слушно включає до системи слідчих дій слідчий експеримент.

Загальні правила провадження слідчих дій.

1. Слідчі дії провадяться слідчим, у чиєму провадженні перебуває кримінальна справа, або прокурором. Слідчий чи прокурор можуть доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам, співробітники яких під час виконання доручень слідчого, прокурора користуються повноваженнями слідчого.

2. Фактичними підставами для проведення слідчої (розшукової) дії є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення її мети, а юридичною підставою є прийняте відповідно до приписів закону рішення про її проведення.

3. Проведення слідчих (розшукових) дій у нічний час (з 22 до 6 години) не допускається, за винятком невідкладних випадків, коли затримка в їх проведенні може призвести до втрати слідів кримінального правопорушення чи втечі підозрюваного.

4. Слідчий чи прокурор, які виконують слідчу дію, під час проведення слідчої дії можуть робити тільки те і тільки в тій формі, що і як визначено законом.

5. Слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії осіб, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені.

6. Перед початком провадження будь-якої слідчої дії слідчий повинен роз’яснити учасникам їх права й обов’язки та порядок їх реалізації.

7. Слідчий, прокурор зобов’язаний запросити не менше двох незацікавлених осіб (понятих) для пред’явлення особи, трупа чи речі для впізнання, огляду трупа, в тому числі пов’язаного з ексгумацією, слідчого експерименту, освідування особи. Винятками є випадки застосування безперервного відеозапису ходу проведення відповідної слідчої (розшукової) дії. Поняті можуть бути запрошені для участі в інших процесуальних діях, якщо слідчий, прокурор вважатиме це за доцільне.

8. Під час проведення слідчої дії необхідно забезпечувати захист прав і свобод людини.

9. Забороняються будь-які дії, що принижують честь і гідність особи, не передбачені законом засоби примусового характеру.

10. У процесі слідчої дії слід вжити заходів щодо забезпечення нерозголошення конфіденційної інформації, захисту сфери особистого життя людини.

11. Примусові заходи застосовуються тільки відповідно до принципу пропорційності - в разі крайньої необхідності і тільки в передбаченому законом порядку.

12. У ході слідчої дії мають бути вжиті заходи щодо нерозголошення таємниці слідства. В процесі розслідування доречно попереджувати учасників слідчої дії про недопустимість розголошення без дозволу слідчого даних досудового слідства та про передбачену законом стосовно них відповідальність за недотримання цих вимог.

13. Після провадження слідчих дій необхідно забезпечити безпеку учасників процесу.

14. Про провадження будь-якої слідчої дії має бути складений протокол, в якому докладно фіксується все, що відбувалося, відображаються хід та результати слідчої дії. За необхідності перебіг і результати слідчої дії фіксуються засобами технічного документування.

15. Слідчі (розшукові) дії не можуть проводитися після закінчення строків досудового розслідування, крім їх проведення за дорученням суду.

Складання протоколу слідчої дії поряд з технічним документуванням її проведення має на меті: забезпечити можливість переконатися в обґрунтованості та законності проведеної слідчої дії, отже, правильно розв’язати питання про допустимість і достовірність отриманих у цьому процесі доказів.

Інститут слідчої дії - це система правових приписів, що визначають: сферу і об’єкт слідчої дії, його мету і завдання; підстави проведення; коло учасників та їх правовий статус; механізм реалізації ними своїх прав і обов’язків; порядок здійснення і правила провадження пізнавально-засвідчувальних дій; способи і форми їх фіксації; гарантії захисту прав і свобод людини, заходи та межі примусу і відповідальності, які застосовуються у разі невиконання положень закону.

Інститути слідчих дій створюють певну модель діяльності слідчого, прокурора щодо збирання, дослідження та перевірки доказів.

Сама процесуальна форма слідчої дії є важливим компонентом реалізації принципу юридичної визначеності, спрямована на отримання достовірних доказів, а в кінцевому прояві і на встановлення істини у справі, сприяє забезпеченню прав і свобод людини, а отже і здійсненню правосуддя в цілому.