

## ТЕОРЕТИЧНІ РОЗБІЖНОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ДОКАЗІВ

ЗАКЛЮКА Андрій В'ячеславович - заступник начальника державної фіскальної служби України в місті Київ

УДК 343.12

*Стаття розглядає теоретичні положення визначення доказів в уголовному процесі. Визначається коло обставин, підлягаючих доказуванню. Встановлюються правила недопустимості доказів. Розглядається питання про необхідність визначення доказів, що використовуються оперативними підрозділами при використанні їх результатів, проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Представляються теоретичні пропозиції про внесення змін до чинного УПК України та елементи класифікації доказів в уголовному процесі.*

**Ключові слова:** докази, слідчий, прокурор, суддя, негласні слідчі (розшукові) дії, технічні засоби, докази, обставини кримінального правопорушення.

**Актуальність статті** вказує на теоретичні розбіжності у визначенні доказів, які встановлені у КПК України. Формулювання у ст. 84 КПК України поняття доказів породжує безліч питань, на які необхідно надавати відповідь не тільки з теоретичної точки зору, але для застосування практикою.

Для розкриття змісту статті, визначення його мети необхідно визначити концептуальні положення та спробувати надати відповідь.

Перше питання. Чи доцільно розширювати коло обставин, що підлягають доказуванню, за рахунок таких, які повинні бути встановлені не по кожному кримінальному провадженні?

Друге найбільш важливе питання пов'язано з «хірургічним, терміновим» втручанням щодо визначення у законі норми, яка вказана у ст. 87 КПК на неприпустимість доказів. Як повинен діяти суддя, якщо показання підозрюваного, обвинуваченого, які отримані за відсутності захисника, включаючи обставини відмови від захисника, але не підтверджені під час судового розгляду кримінального провадження?

Останнє питання: як необхідно визначити докази, які застосовуються на підставі законодавства про оперативно-розшукову діяльність (ОРД) оперативними підрозділами під час використання результатів ОРД, проведення негласних слідчих (розшукових) дій?

Відповідь на перше питання можна розкрити прикладом. Майно, яке підлягає конфіскації, або доходи від цього майна, яке використовувалося для фінансування тероризму, організованої злочинної групи, незаконного збройного формування та ін., є окремим видом кримінального правопорушення. Ст. 91 КПК України перераховує дане майно як «характер і розмір шкоди, заподіяної кримінальним правопорушенням», а специфіка його використання відображена в інших нормах чинного законодавства України.

Друга відповідь на питання визначена у КПК України теоретичною проблемою доказів у кримінальному провадженні.

Треба зазначити, що теорія доказів була сформована у 1864 році – Статутом Крими-

нального Укладення. Перші вчені, до яких необхідно віднести Л.Е. Владимірова, І.Я. Фойницького, визначали докази, встановили їх на підставі практики застосування судом [1; 16].

Подальший розвиток доказів був спрямований на їх збирання, закріплення, оцінку слідчим, прокурором у публічному процесі. Ці положення були розроблені М.С. Строговичем, М.В. Жогиним, В.Г. Танасевичем, О.Р. Ратиновим, А.А. Єйсманом, О.М. Ларіним, С.М. Стахівським, С.В. Слінько та ін. [3; 5; 10; 11; 12].

Відповідь щодо визначення доказів, які отримані за результатами проведення ОРД, полягає в тому, що процедура подання до слідчого, прокурора, суду фактичних даних, обставин доказування, предметів, документів, інших доказів, або негласних слідчих (розшукових) дій, які можуть бути надані не тільки учасниками процесу у встановленому чинному КПК України. Чинне законодавство встановило докази з об'ємом процесуального визначення, що передшкочає їх законності збирання, оцінки. Нових теоретичних розробок доказів за період 2012-2014 рік проведено не було, всі наукові публікації носили переважно констативний зміст, а вчені чекали результатів практики у визначенні доказів та їх застосування судом.

#### Виклад загального матеріалу

Найбільше насторожує твердження, що докази є фактичні дані, факти та обставини, які перераховані у ст. 84-85 КПК. У даному випадку надається двойне визначення та розуміння доказів як по формі, так і змісту, тим самим автори КПК повернули докази до формальної їх оцінки. Звичайно, проблеми доказів у КПК можна визначити на підставі поглядів окремих його авторів, але у разі дотримання таких поглядів не слід створювати теорію доказів «з чистого аркуша», ігноруючи фундаментальні дослідження, які були проведені за століття існування КПК.

Викликає заперечення термін «інші обставини», які вказані як фактичні дані у найменуванні джерел доказів таких, як показання, речові докази, документи, висновки експертів.

Однак вказаний перелік частини 2 ст. 84 КПК України не має самостійного значення, його використання в назві «докази», як самостійного інформаційного джерела недоречно. По-перше, фактичні дані повинні бути закріплені, як докази, у протоколі процесуальної, слідчої розшукової, негласної слідчої (розшукової) дії. По-друге, факт вчинення кримінального правопорушення не має процесуального значення, а повинен бути процедурно закріплений у протоколі. По-третє, документи, які отримує слідчий під час їх вилучення у разі проведення обшуку, як слідчої розшукової дії, не можуть бути доказами, якщо вони не відносяться до обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні.

Слідчий, прокурор, суддя на стадії досудового розслідування та судового розгляду кримінального провадження повинні після отримання доказової інформації встановити її процесуальну природу формування та спираючись на категорії гносеології та інформатики оцінити доказове значення для доказування вини підозрюваного, обвинуваченого.

Вчені процесуалісти і криміналісти, які досліджують проблеми теорії доказів, як правило, стверджують, що доказування здійснюється відповідно до загальних правил пізнання. Аналіз літературних джерел, що побачили світ за останні роки, свідчить, що ці аспекти проблеми мають цілий ряд помилок.

Правильними можна визначити позиції авторів, що розмежовують поняття доказів та їх джерел, які не змінили своїх поглядів після прийняття КПК.

Категорії доказового права не відносяться до числа ідеологічних, але в онтологічному та гносеологічному аспектах у засобах встановлення істини нічого не змінилося. Коректуватися у даному разі можуть не тільки правові норми, а також знання правових явищ. Практикою встановлюється положення, які визначені в галузі криміналістики, юридичної психології, судової медицини та інших галузей знань, у якій формі і які об'єкти виявляються, фіксуються, досліджуються і оцінюються як носії доказової інформації або сама встановлювана інформація.

Наприклад, у разі вилучення складної технічної документації, яка має ряд ознак і властивостей, слідчий має право призначити криміналістичну експертизу щодо встановлення предмету доказування складу кримінального правопорушення, хоча він самостійно може оцінити фактичні дані та визначити предмет доказування без допомоги формулювання, що даються фахівцями та експертами, виходячи з правил пізнання.

Емпіричний матеріал, анкетування свідчить, що 50% – слідчі призначали експертизу у разі дослідження складних технічних, автотехнічних, фізикотехнічних матеріалів, які він отримав під час проведення досудового розслідування. 15% – слідчі самостійно приймали процесуальне рішення щодо розкриття змісту отриманих матеріалів. 25% експертизу призначав прокурор при ознайомленні з матеріалами кримінального провадження, 10% – експертизу призначав слідчий суддя під час оскарження неправових дій слідчого.

Теоретично встановлення будь-якої ланки цілісного об'єкта не тільки можливо, але доцільно. Більше того, воно є одним з методологічних засад системних досліджень, встановлення істини у кримінальному провадженні.

У практичній діяльності докази та їх джерела існують у нерозривному зв'язку та єдності. Однак правовий зміст даного поняття має неоднозначне тлумачення.

Докази – це фактичні дані, що мають встановлені в законі властивості, а пізнавальна їх природа завжди одна, бо вона має вираз мовними засобами, які закріплюються під час проведення слідчих розшукових дій.

Джерела доказів є процесуальною формою, в якій докази допускаються в кримінальне провадження. Шукати нові юридичні терміни для їх позначення є зайвим. Кожному з джерел доказів, тобто кожній «процесуальній формі», притаманна певна процедурна форма, як категорія діалектики. Формою показань є мова допитуваного особи. Формою речових доказів є ознаки, які мають дані властивості предметів. Формою протоколу, висновку

експерта, документів є письмові акти та носії інформації.

Докази у кримінальному процесуальному праві нерозривно пов'язані з проблемами джерел доказів їх умовами допустимості, достатністю та недопустимістю.

Чинний КПК втратив точку опори у визначенні відповідного місця джерел доказової інформації.

І.В. Михайловський, І.Л. Петрухін, С.А. Шейфер пропонують відмовитися від вживання терміна «джерело доказів», стверджуючи, що дана правова категорія існує в дійсності, але потребує нового найменування [6, с. 167; 8].

В. Т. Томін формулює тезу про "обмежувальний перелік джерел доказів" [14, с. 68-72].

С.В. Росинський аналізує перелік джерел доказів та вказує на теоретичні питання складання протоколу слідчих і судових дій. За результатом аналізу він пропонує іменувати джерела не протоколом, а результатами проведення процесуальних, слідчих розшукових дій, оскільки протокол не може бути доказом у відстані від усіх обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні [9, с. 149].

Поряд з аргументованими позиціями зустрічаються точки зору, що є продуктом гіперболізації концепції єдності фактичних даних та їх джерел.

Висновок з аналізу даних наукових точок зору можна скласти таким чином, що документ, протокол слідчих та судових дій не можна визначати як фактичні доказові дані або відомості про факти. Тому не виникає заперечень, з точки зору теорії кримінального процесуального права, про перейменування ч. 2 ст. 84 КПК України змісту «показання» у «результат проведення процесуальних, слідчих розшукових, негласних слідчих (розшукових) дій».

Процесуально-правова природа матеріалів, отриманих у результаті застосування негласних слідчих (розшукових) дій після вступу в дію чинного КПК України знайшло відображення в кримінальних процесуальних та криміналістичних дослідженнях багатьох авторів М.А. Погорєцького, О.В. Ба-

уліна, Н.С. Карпова, С.М. Стахівського, та ін. ]7, с. 145-148; 11, с. 43].

Юридичний зміст результатів проведення негласних слідчих (розшукових) дій не має цілісне утворення доказу. Вони можуть набувати різний статус у кримінальному провадженні, а саме: речові докази, документи, додатки до документів або висновків спеціалістів, експертів або зразків для порівняльного дослідження або протокол процесуальних слідчих (судових) дій.

Таким чином, навіть при побіжному погляді на емпіричну картину застосування техніко-криміналістичних засобів можна помітити, що отримані при цьому матеріали за формою, змістом і процесуальної природи далеко не однорідні. Питання доказового значення фактичних даних, отриманих за результатом застосування технічних засобів під час провадження негласних слідчих (розшукових) дій, у навчальній літературі висловлюються неоднозначні думки. Ось основні точки зору.

М. А. Чельцов пропонував розширити перелік речових доказів, "включивши в нього знімки, зліпки, відбитки і записи, виконані фотографічним, механічним чи іншим способом, що забезпечує точність відтворення". Ця думка широко поширена достатньо для використання в доведенні процесуальних ознак фактичних даних, які фіксують об'єкти як речові докази [17, с. 221].

Ю.М. Грошевой, В.М. Хотинець, В.Я. Дорохов, О.М. Ларін писали, що процес формування речових доказів, як і інших доказів відповідають, з одного боку – матеріальні сліди предмета, з іншого – їх сприйняття і фіксація в процесуальних документах [2, с. 79; 5, с. 122].

Таким чином докази не створюються і не можуть створюватися учасниками доказування. Всі результати проведення негласних слідчих (розшукових) дій, що пройшли процедуру оформлення, повинні мати рівне правове значення.

В.О. Коновалова, М.Г. Салтевський висловлювали думку, яка полягає у визначенні результатів проведення негласних слідчих (розшукових) дій під час фіксації даних слідчих дій, як документи, що вказані у

протоколі або в його додатках. Вони надали значення даних результатів як "інші документи" [4; 13, с. 152].

Аналіз даних теоретичних позицій свідчить, що матеріали, отримані в результаті застосування технічних засобів, володіють рядом ознак документів як самостійних джерел доказів. По-перше, вони є документами як предмети матеріального світу. Наприклад, якщо фотознімки оформити не у вигляді фототаблиці, а помістити за допомогою сучасних комп'ютерних технологій на сторінки самого протоколу, то їх правова природа ніяк не зміниться.

По-друге, вони мають фактичні дані, які зафіксовані як усно, письмово, такі в іншій формі. Що ж стосується фактичних даних, які встановлюються шляхом вивчення додатків до протоколів, то до них у даному випадку незастосовні такі категорії, як "самостійність або не самостійність". Вони є доказами та володіють зазначеними в законі ознаками. Основне, що за їх допомогою можуть бути встановлені обставини, що мають значення для кримінального провадження, встановлення обставин кримінального правопорушення та винного.

**Висновок** можна визначити на підставі диференційованого підходу до матеріалів, які отримані за результатом проведення негласних слідчих (розшукових) дій, а саме їх пропонується розділити на групи. Перша група – це похідні докази, які встановлюються на підставі застосування технічних засобів, отримання копії документів, відбитків, зразків почерка та ін. Другою групою є протокол результатів проведення слідчої дії, додатків до нього: плани, схеми. Третя група включає комплексні матеріали – протокол та його джерела – аудіо, відеонесії інформації, відеоматеріали та ін.

#### Література.

1. Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах.// Л.Е. Владимиров/ – Тула. Автограф. 2000. – 235с.
2. Грошевой Ю.М. Кримінальний процес України //Ю.М.Грошевой, В.М.Хотенець/. – Х.: Право. 2000. – 487с.

### АНОТАЦІЯ

Стаття розглядає теоретичні положення визначення доказів у кримінальному провадженні. Встановлює коло обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Пропонує положення недопустимості доказів. Надається аналіз аспектів щодо визначення доказів, які застосовуються на підставі законодавства про оперативно-розшукову діяльність оперативними підрозділами під час використання результатів ОРД, проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Надаються теоретичні пропозиції щодо внесення змін до чинного КПК України та елементи класифікації доказів у кримінальному провадженні.

### SUMMARY

The article examines the theoretical position determination evidence in criminal proceedings. Specifies the range of circumstances to be proved in criminal proceedings.

Sets the position of inadmissibility of evidence. Consider the question should be determined as evidence that apply under the laws of Operational Activities operational units when using investigative results, conducting covert investigation (search) action. Provides theoretical proposals for amendments to the current Code of Ukraine and the classification of items of evidence in criminal proceedings.

3. Жогин Н.В. Теория доказательств в советском уголовном процессе. / Н.В. Жогин, В.Г. Танасевич, Г.М. Миньковский, А.Р. Ратинов, А.А. Эйс-ман. под. ред. Н.В. Жогина. – М.: Юрид. лит. 1973. – 510с.

4. Коновалова В.Е. Версия: концепции и функции в судопроизводстве //В.Е.Коновалова/ – Х.: Основа. 2000. – 210с.

5. Ларин А.М. Доказывание на предварительном расследовании в советском уголовном процессе // А.М. Ларин/ – М.: Юрид. лит. 1961. – 220с.

6. Михайловский И.В. Основные принципы организации уголовного суда // И.В. Михайловский/ – Томск.: 1905. – 220 с.

7. Погорецький М.А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі. //М.А. Погорецький/ – Х. Арцїз. 2007. – 575с.

8. Петрухин И.Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. //И.Л.Петрухин/ – М.: Юрид. лит. 1989. – 160с.

9. Россинский С. В. Уголовный процесс России : курс лекций. 2-е изд., исправл.

и доп. // С.В. Россинский/ М. : Эксмо, 2008. 249с.

10. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. //М.С.Строгович/ – М.: Юриздат НКЮ СССР. 1958. – 440с.

11. Стахівський С.М. Слідчі дії як основні засоби збирання доказів. //С.М. Стахівський/ – К. Атака. 2009. -64с.

12. Слинко С.В. Теория доказательств.// С.В.Слинко, В.М. Тертышник/ – Х. Арцїз. 1998. – 200с.

13. Салтевский М. В. Криминалистика /М.В. Салтевский/ – Х.:Основа. 1996. – 320с.

14. Томин В.Г. Острые углы уголовного судопроизводства //В.Г.Томин / – М.: Юрид. лит. 1991. – 180с.

15. Тертишник В.М. Гарантії істини та захисту прав і свобод людини в кримінальному процесі //В.М.Тертишник/ – Дніпропетровськ.: Дніпр. державний ун-т внутрішніх справ. 2002. – 350с.

16. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства :учебник //И.Я.Фойницкий/ т. 1. – СПб.: Наука. 1996. – 586с.

17. Чельцов М.А. Советский уголовный процесс.учебник //М.А.Чельцов/ – М.: Госюриздат. 1951 – 300с.