
Р. В. Тертишніков, здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ

Деякі теоретичні та практичні проблеми доказового права в Україні

Стаття присвячена дослідженню доказової діяльності та її інструментів у цивільному, кримінальному, адміністративному та господарському судочинстві, а також в діяльності інших органів держави у процесі застосування права. На основі аналізу норм права відповідних галузей сформульовані пропозиції стосовно удосконалення процесуального законодавства і практики його застосування.

Ключові слова: *доказування, докази, засоби доказування, мета доказування, елементи доказування, структура доказування, процесуальна форма, змагальність, диспозитивність, гармонізація норм процесуального права, диференціація норм права, суб'єкти доказування.*

Доказування та докази є одними з найважливіших питань юридичної науки. Особливу увагу цим питанням приділяють вчені і практики у науках цивільного процесуального, кримінального процесуального, адміністративного процесуального та інших процесуальних галузей права, оскільки саме при розгляді та вирішенні цивільних, кримінальних, адміністративних, господарських і інших справ однією з головних складових процесуальної діяльності була і є доказова діяльність. Тому саме у цих правових науках і виникло поняття доказового права.

Воно, до речі, невідоме правовій науці і правовим системам деяких держав. Так, наприклад, в Австралії діє закон «Про докази [доказування]» (Evidence Act 1995 [AUS]) [1]. Для будь-яких судових процедур на федеральному рівні діє один нормативний акт про доказування і докази в Канаді, США і деяких інших державах [2, с. 15]. Так, у США діють Федеральні правила доказування для судів Сполучених Штатів та магістратів [3, с.72].

Необхідність дослідження зазначеного процесу викликана також поступовою інтеграцією окремих елементів змагального типу процесу, який існує у державах загального права, та інквізиційного (змішаного) типу цивільного процесу держав континентальної Європи. Особливо яскраво ця тенденція проявляється у галузі доказів і доказування [6, с. 3].

Причинами виникнення поняття доказового права є і певна єдність принципів доказової діяльності, подібність або тотожність певних правових інститутів: поняття доказів та засобів доказування, предмета доказування, доказової діяльності, її суб'єктів, загальність мети доказування і т. ін. Об'єктивність появи зазначеного поняття підтверджується і появою порівняно нових галузей процесуального права, які так чи подібним чином регулюють доказову діяльність у Конституційному Суді України, у господарських та адміністративних судах та в інших органах держави, які в своїй роботі застосовують право.

Тому одним з важливих спільних завдань і цивільної процесуальної, і кримінальної процесуальної, і господарської процесуальної, і адміністративної процесуальної науки та, безумовно, і загальної теорії держави і права, конституційного права є дослідження діючих норм доказового права у зазначених галузях і пошуки шляхів подальшого їх зближення та гармонізації.

Зміни в цивільному судочинстві, що пов'язані з прийняттям нового Цивільного процесуального кодексу України (далі ЦПК) та Кодексу адміністративного судочинства України (далі КАС) викликали певні труднощі як у правозастосовній практиці, так і в юридичній літературі.

Однією з таких проблем є визначення доказування та його мети. Проблема є актуальною для всіх видів судочинства і в ді-

ьяльності багатьох інших державних органів в Україні, оскільки багато вчених-юристів справедливо твердять про необхідність гармонізації окремих процесуальних інститутів, тяжіння судової процедури до певної універсальності, уніфікації процесуального регулювання, у тому числі і основних положень теорії доказів та прийняття уніфікованих законодавчих актів Основ процесуального права України [5, с. 82] або навіть єдиного кодексу для розгляду цивільних, господарських й адміністративних справ.

У науці цивільного процесуального права та в інших процесуальних науках, у судовій та іншій правозастосовній практиці існує низка проблем у визначенні термінів, понять та засад доказової діяльності. Тому у цій статті на підставі порівняння галузевих процесуальних норм та практики їх застосування досліджуються головні інструменти судового доказування. Оскільки ці питання в юридичній науці і процесуальному законодавстві в деяких випадках не вирішені чи вирішені суперечливо, що викликає низку проблем у цивільному судочинстві, автор статті вважає, що з метою удосконалення цивільного процесуального законодавства і практики його застосування нагально необхідно подальше комплексне наукове дослідження судового доказування, його засобів, доказів.

На певному рівні галузевих досліджень виникла проблема порівняльного та комплексного аналізу галузевих норм, які регулюють доказову діяльність, докази, місце суду в доказовій діяльності і т. ін. Але у сучасній вітчизняній літературі з процесуального права як з точки зору його змін, так і гармонізації окремих інститутів уваги питанням доказового права, як вважається, приділяється ще недостатньо.

Так, у діючому ЦПК України міститься ст. 10 про змагальність сторін, про певні обмеження повноважень суду у доказовій діяльності, про обов'язок суду *сприяти* всебічному і повному з'ясуванню обставин справи. Подібні правила про змагальність встановлює і ст. 4³ Господарського процесуального кодексу України (далі ГПК), ст. 11 КАС. Але ст. 11 КАС поряд із свободою сторін у наданні ними суду доказів передбачає право суду вживати передбачених законом заходів, необхідних для з'ясування

всіх обставин справи, у тому числі щодо виявлення та витребування доказів з власної ініціативи.

Стаття 57 ЦПК містить нормативне визначення доказів: доказами є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інші обставини, які мають значення для вирішення справи. Подібним чином визначають поняття доказів ст. 32 ГПК і ст. 69 КАС.

Але у визначенні кола засобів у зазначених кодексах є певні, досить спірні особливості.

Так, для господарських судів ст. 32 ГПК зазначає, що фактичні дані встановлюються такими засобами: письмовими і речовими доказами, висновками судових експертів, поясненнями представників сторін та інших осіб, які беруть участь у судовому процесі. У необхідних випадках на вимогу судді пояснення зазначених осіб мають бути викладені письмово. Але зазначена стаття не передбачає можливості участі в господарському судочинстві свідків.

Для адміністративного судочинства ст. 69 КАС як засоби доказування передбачає пояснення сторін, третіх осіб та їхніх представників, показання свідків, письмові і речові докази та висновки експертів. Пояснення сторін, третіх осіб та їхніх представників про відомі їм обставини, що мають значення для справи, оцінюються поряд з іншими доказами у справі. І лише *після останнього положення* цитована стаття передбачає правило, що сторони, треті особи або їхні представники, які дають пояснення про відомі їм обставини, що мають значення для справи, можуть бути за їх згодою допитані як свідки (ст. 76 КАС).

Що стосується кола засобів доказування у цивільному судочинстві, то воно визначається у ч. 2 ст. 57 ЦПК таким чином: пояснення сторін, третіх осіб, їхніх представників, *допитаних як свідки*, показань свідків, письмових доказів, речових доказів, зокрема звуко- і відеозаписів, висновків експертів. Автор статті вважає таке визначення вкрай невдалим головним чином тому, що воно не передбачає за поясненнями сторін, третіх осіб та їх представників статусу засобів доказування [7, с. 78–79]. Таку

наукову позицію поділяють і ще ряд вчених (С. В. Васильєв, В. Ю. Мамницький і ін.). А С. Я. Фурса і Є. І. Фурса дуже аргументовано вважають норми, що не включають до засобів доказування пояснень сторін, третіх осіб та їх представників, правовим нонсенсом, оскільки вони протирічать основним базовим принципам цивільного процесу – змагальності, належності доказів [8, с. 340].

Друге зауваження до редакції зазначеної норми ЦПК полягає у тому, що вона вважає відеозаписи та звукозаписи різними видами речових доказів, а для суду при розгляді цивільних справ необхідно не лише мати відповідні предмети, документи, а більш важливим є зміст відомостей про факти справи, що розглядається, ніж сама наявність зазначених записів.

Необхідно зазначити недоліки регулювання кола засобів доказування і наведеними нормами ГПК, і КАС, і ЦПК. Усі вони визначають коло засобів доказування у вигляді «замкнутого» переліку. Розвиток сучасної науки і сучасних технологій нагально потребує розширення цього переліку.

Наведені правила про змагальність, положення суду у доказовій діяльності, понятті доказів та засобів доказування у трьох галузях процесуального права свідчать про наявність в українському законодавстві не лише тяжіння різних галузей процесуального права до уніфікації, але в деяких випадках до диференціації.

Однак, як зазначає В. В. Комаров [4], така тенденція не обов'язково веде до необхідності існування та прийняття різних процесуальних законів. Оскільки в основу конструкції цивілістичних процесів (і додамо, що і в основу різних галузей процесуального права), покладені позов та позовне провадження, то базові інститути цивільного процесуального права та цивільного процесу (підкреслимо – що найважливішим з них є доказове право) можуть бути основою єдиного процесуального кодексу, який містив би правила розгляду цивільних, господарських та адміністративних справ.

Певні категорії доказового права застосовуються і в інших формах захисту цивільних прав (третейській, нотаріальній і ін.) і, як вважається, взагалі у всякій правозастосовній практиці.

Так, Закон України «Про третейські суди» № від 11.05.2004 №1701-IV визначає юрисдикцію цих судів, принципи і правила третейського розгляду, дає звичайне для всіх процедур нормативне визначення поняття доказів, застосовує терміни «засоби доказування», «розподіл обов'язків по доказуванню», встановлює вимоги до рішення (такі чи подібні як в усіх процесуальних кодексах) та ін. Повноваження, які надані міжнародному комерційному арбітражу, включають повноваження по визначенню допустимості, належності і значимості будь-якого доказу.

Що стосується нотаріату, то вважаємо, що нотаріус, застосовуючи норми права, досліджує докази, встановлює наявність чи відсутність обставин та постановляє нотаріальний акт з урахуванням волевиявлення і зацікавленості сторін на підставі певних правових норм. Таким нотаріальним актом є, наприклад, винесення нотаріусом постанови про відмову у вчиненні нотаріальної дії. Пунктом 31 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (затверджена Наказом Міністерства юстиції України 03.03.2004 № 20/5) встановлені підстави такої відмови, а п. 32 — порядок її винесення та її зміст.

Нотаріус відмовляє у вчиненні нотаріальної дії, якщо: її вчинення суперечить закону; не подані необхідні відомості та документи (належні докази та допустимі їх засоби. — *Р. Т.*); дія підлягає вчиненню іншим нотаріусом; за вчиненням дії звернулася недієздатна або обмежена у дієздатності особа чи представник, який не має необхідних повноважень; правочин від імені юридичної особи не відповідає обсягу цивільної правоздатності останньої. У постанові нотаріуса, крім звичайних реквізитів, повинні бути зазначені мотиви відмови нотаріуса з посиланням на належні норми діючого права. Закон України «Про нотаріат» №3425 — XII з наступними змінами встановлює принципи організації і діяльності нотаріату, його компетенцію, процесуальний порядок вчинення нотаріальних дій, вимоги до засобів доказування та підсумкових документів.

Тому автор вважає, що для будь-якої правозастосовної діяльності взагалі характерним і обов'язковим є те, що вона здійснюється: 1) передбаченими в законі органами чи особами;

2) на певних правових принципах; 3) відповідно і у встановленій законом процесуальній формі, структурою якої є часткові процесуальні форми, процесуальні форми окремих стадій і проваджень.

Як свідчення певного зв'язку чи навіть споріднення процедур застосування норм права у різних формах захисту суб'єктивних прав слід вважати й те, що в навчальній дисципліні «цивільний процес» у навчальних юридичних закладах вивчаються і процедури діяльності адміністративних та господарських судів, третейського суду та ін. Нотаріат також традиційно включається в предмет цивільного процесуального права як навчальна дисципліна, оскільки інше місце серед них йому найти складно [9, с. 15].

У правових системах багатьох іноземних держав, як уже зазначалось, прийняті і діють єдині нормативні акти, які регулюють питання про судові докази і судове доказування. Тому вважається можливим і необхідним з урахуванням і досвіду зарубіжних країн, в яких процесуальна діяльність здійснюється у традиціях *common law*, розробка і прийняття в Україні єдиного закону про докази і доказування.

З огляду на зазначене автор вважає за необхідне розробку та прийняття в Україні загального нормативного акта, який регулював би процедуру діяльності всіх органів по застосуванню правових норм чи хоча б тих, які уособлюють форми захисту суб'єктивних прав.

У Загальному процесуальному кодексі України необхідно було б передбачити такі процесуальні інститути, як загальні принципи організації і діяльності певного кола органів і осіб, що застосовують норми права, принципи та критерії визначення компетенції, визначення доказування і доказів, головні вимоги до доказів і засобів доказування та до підсумкових актів застосування права, право і порядок оскарження цих документів та порядок їх перегляду та ін. За таких умов у галузевих же законодавчих процесуальних актах необхідно було б врегулювати лише окремі питання процедури, що є характерними саме для діяльності по застосуванню права цим органом чи особою.

Але у сучасній науковій літературі з цивільного процесуального права як з точки зору його змін, так і гармонізації окремих інститутів уваги питанням доказового права приділяється ще недостатньо.

Згідно зі ст. 1 ЦПК України завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Подібним чином визначаються завдання суду і в адміністративному судочинстві (ст. 2 КАС України). Зазначені завдання виконуються судами шляхом розгляду і вирішення цивільних, господарських і адміністративних справ при додержанні процесуальної форми та правильному застосуванні належних норм цивільного, господарського або адміністративного права.

Підсумковим актом захисту суб'єктивного права повинно бути законне і обґрунтоване судове рішення. Цивільне, адміністративне і будь-яке інше процесуальне право встановлює порядок умовиводу, яким орган державної влади доходить переконання у правоті або неправоті тієї і іншої сторони; рішення ж є відбиттям цього переконання. Якщо правосуддя як державна функція полягає у застосуванні норм права до конкретних життєвих випадків, то і встановлення істинності фактів (за винятком фактів, які не підлягають доказуванню), є найважливішою умовою захисту порушених прав.

Досягнення цієї мети можливе лише за тих умов, якщо при розгляді справи буде досягнуте вірне знання про фактичні обставини спору. При цьому суд має розрізнати встановлені і сумнівні факти. Останні не можуть покладатися в основу судового рішення. Лише у такому випадку суд матиме можливість визначити належну норму матеріального права, яка регулює дані спірні відносини, та з'ясувати суб'єктивні права і обов'язки учасників цих відносин. Це є *conditio sine qua non* (неодмінною умовою) правильного розгляду справи.

З прийняттям нових процесуальних кодексів інколи стверджують, що встановлення об'єктивної істини тепер від судів не

вимагається. Вважаємо, що деякі зміни у регулюванні змагальності цивільного судочинства необхідно вважати не як виключення із завдань суду, який розглядає справу, встановлення об'єктивної істини, а як часткове зміщення обов'язку доказування на осіб, які беруть участь у справі. Разом з цим процесуальні кодекси (особливо КАС і ГПК) підкреслюють не лише обов'язок суду сприяти особам, які беруть участь у справі, у здійсненні ними доказової діяльності, і права його та обов'язки по визначенню предмета доказування, по встановленню фактів його змісту та прийняттю відповідних доказів, а також по витребуванню доказів за клопотанням сторін і за своєю ініціативою.

Таким чином, характерними ознаками судового доказування у цивільному судочинстві є таке: 1) воно є засобом судового пізнання; 2) його суб'єктами процесуальний закон визначає спеціальний державний орган (суд) та осіб, які беруть участь у справі; 3) має цілеспрямований характер, спрямоване на встановлення об'єктивної істини у справі; 4) здійснюється у встановленому процесуальним законом процесуальному порядку, тобто у процесуальній формі, яка підкорюється певним принципам (об'єктивної істини, диспозитивності, змагальності, безпосередності та ін.), і передбачає обсяг і певні види фактів та засобів доказування, встановлює строки доказування та його структуру.

Оскільки доказова діяльність є логіко-практичною правовою діяльністю, з боку норм процесуального права вона структурується, тобто з боку правових норм визначається певне взаєморозташування і зв'язок її складових частин, якими є стадії, тобто певні ступені, етапи, фази її розвитку, які є елементами структури доказової діяльності. Однак слід застерегти, що виокремлення певних стадій доказової діяльності є доволі умовним.

Так, наприклад, при вирішенні питання про прийняття якого-небудь доказу суд проводить певне його дослідження і попередню оцінку. Тому у кожній стадії доказової діяльності при розгляді конкретної цивільної справи певною мірою можуть бути задіяні якщо не всі її елементи, то більшість елементів її структури (стадії, етапи) як інструменти доказування.

Все зазначене необхідно і з теоретичних потреб (дослідження і пізнання суті доказування), і із законотворчих потреб (вдосконалення діючого законодавства), і з потреб практики застосування норм, які регулюють доказову діяльність правоохоронних та правозастосовних органів.

Як і всяка процесуальна діяльність, доказова діяльність здійснюється відповідно до встановленого процесуальним законом порядку і у встановленому законом порядку, тобто відповідно до процесуальної форми і у процесуальній формі.

Так, відповідно до ст. 27 ЦПК, ст. 22 ГПК, ст. 49 КАС особи, які беруть участь у справі, мають право подавати докази, а суд зобов'язаний їх прийняти, якщо вони подаються у визначений строк та за умов їх належності та допустимості (статті 131, 58–59 ЦПК). У зазначеному випадку дії по поданню доказів є змістом окремого процесуального правовідношення, а права осіб, які беруть участь у справі, на подання доказів та обов'язок суда прийняти докази становлять процесуальну форму даного правовідношення, тобто часткову процесуальну форму.

Об'єднання таких процесуальних форм, відповідно до яких і у яких здійснюється процесуальна доказова діяльність, і становить загальну процесуальну форму доказової судової діяльності.

Однак при цьому потрібно мати на увазі, що часткові процесуальні форми входять у загальну форму доказової діяльності у визначеному процесуальним законом порядку, тобто остання є не сумативним, а системним утворенням. Системоутворюючим фактором є проміжні, стадійні процесуальні форми доказової діяльності: процесуальні форми подання та збирання доказів, їх дослідження та оцінка. Подібним чином визначають стадії доказування і у теорії держави та права.

Таким чином, автор статті вважає, що структура судового доказування – це його побудова, взаєморозтошування і зв'язок складових частин, які полягають у тому, що доказові процесуальні дії суду та інших суб'єктів доказової діяльності (зміст процесу доказування) здійснюються із застосуванням елементів доказової діяльності відповідно до процесуальної форми у част-

кових процесуальних формах, які через процесуальні форми зазначених стадій входять до загальної процесуальної форми судового доказування.

Список використаних джерел

1. [Електронний ресурс]. – Режим доступу [AUS] <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2004C00836>
2. Белоглавек, А. Эксперты в международных условиях [Текст] / А. Белоглавек, Р. Хотова. – К. : Таксон, 2011. – 475 с.
3. Елисеев, Н. Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран [Текст] : [учебник] / Н. Г. Елисеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби, Проспект, 2004. – 624 с.
4. Комаров, В. В. Цивільне процесуальне право: проблеми методології науки, диференціація та уніфікація судових процедур [Текст] / В. В. Комаров // Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. – Х. : Право, 2008. – Т. 3. – 555 с.
5. Комаров, В. В. Цивільний процесуальний кодекс та Кодекс адміністративного судочинства: проблема єдності та відмінностей у аспекті моделі адміністративної юстиції [Текст] / В. В. Комаров // Проблеми теорії та практики цивільного судочинства : монографія / В. В. Комаров, В. І. Тертишніков, В. В. Баранкова та ін. ; за заг. ред. В. В. Комарова. – Х. : Харків юридичний, 2008. – 928 с.
6. Сергеева, К. А. Обеспечение доказательств в гражданском и арбитражном процессе [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / К. А. Сергеева. – Екатеринбург, 2012. – 28 с.
7. Тертишніков, Р. В. Доказування і докази в цивільному судочинстві України [Текст] : наук.-практ. посіб. / Р. В. Тертишніков. – Х. : ФІНН, 2009. – 88 с.
8. Цивільний процес України : академічний курс [Текст] : підручник, за ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С.Я. : КНТ, 2009. – 848 с.
9. Ярков, В. В. Нотариат и нотариальное право России : выбор модели развития [Текст] / сб. материалов и статей к 10-летию Центра нотариальных исследований / В. В. Ярков. – М., 2012. – 314 с.

Стаття надійшла 24 січня 2013 р.

Р. В. Тертишников

Некоторые теоретические и практические проблемы доказательственного права в Украине

Статья посвящена исследованию доказательственной деятельности и ее инструментов в гражданском, уголовном, административ-

ном и хозяйственном судопроизводстве, а также в деятельности других органов государства в процессе применения права. На основании анализа норм права соответствующих отраслей сформулированы предложения по совершенствованию процессуального законодательства и практики его применения.

Ключевые слова: доказывание, судебное познание, доказательства, средства доказывания, цель доказывания, элементы доказывания, структура доказывания, процессуальная форма, состязательность, диспозитивность, гармонизация норм процессуального права, дифференциация норм права, субъекты доказывания.

R. V. Tertyshnikov

Some theoretical and practical problems of law of evidence in Ukraine

The article is dedicated to research of evidential activity and its instruments in civil, criminal, administrative and economic proceedings, and in activity of other state bodies during application of the law. On the basis of analysis of norms of law of corresponding branches proposals to improve procedural legislation and practice of it application are formulated.

There are several problems and difficulties in defining terms, concepts and principles of evidence-based activities in the science of civil procedural law and other procedural sciences, in judicial and other law enforcement practice. Therefore, major instruments of judicial proof are examined in this paper, based on the comparison of procedural rules and practices. As these issues in jurisprudence and procedural law are not resolved or resolved contradictory in some cases, causing a number of problems in civil proceedings, the author of this article believes that in order to improve civil procedural law and practice further comprehensive scientific study of judicial proof, its instruments, evidence is required.

Presented rules on competition, provision of evidence in court, the concept of evidence and proof in three areas of procedural law indicate the presence in Ukrainian legislation not only attraction of different branches of procedural law to unification, but in some cases to differentiation.

The author believes that any law enforcement activity in general is characterized by the fact that it is carried out: 1) by bodies or persons, prescribed by law, 2) on certain legal principles, and 3) in accordance with statutory and procedural forms, the structure of which contains partial procedural forms, some forms of procedural steps and proceedings.

As evidence of a certain connection or even a relationship of procedures of application of norms of law in different forms of protection of subjective rights it should be considered and that procedures of the administrative and commercial courts, arbitration, and others are studied under the subject Civil Procedure in legal educational institutions.

The author considers it necessary to develop and adopt general normative act in Ukraine that would regulate the procedure of application of law for all bodies, or at least for those that represent a form of protection of subjective rights.

The final act of protection of subjective rights should be lawful and reasonable judgment. If justice as a state function consists in applying the law to specific cases of life, then finding the truth of facts (except for the facts that are not subject to proof), is essential to protect rights.

Key words: *proof, legal knowledge, evidence, means of evidence, purpose of proof, elements of proof, proof structure, procedural form, competitiveness, discretionary, harmonization of norms of procedural law, differentiation of norms of law, subjects of proof.*