



М.Є. Шумило,
доктор юридичних наук,
професор, заслужений діяч
науки і техніки України,
професор кафедри
правосуддя
Київського національного
університету
імені Тараса Шевченка

Summary

The article presents a critical analysis of the general notion of "evidence" in the new CrimPC of Ukraine. Following its results, the author proposes to waive in-depth list of evidence in the CrimPC and to introduce its recognition only in the trial procedure

Поняття «докази» у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі

Пошук наукового і нормативного визначення поняття «докази» у кримінальному процесі у вітчизняній науці та законодавстві завжди супроводжувався дискусією. Це зумовлено його складністю і значущістю, оскільки «...докази є центральний вузол усієї системи судочинства, душа всього кримінального процесу»¹, а сама система доказів — ознака зрілості народу в справі встановлення юридичної правди, це історія народного розуму².

Аналіз історичної ретроспективи цієї проблеми дає змогу вибудувати таку наукознавчу схему. Якщо йдеться про законодавство, то в Статуті кримінального судочинства 1864 р. Російської імперії, до складу якої входила Україна, не було визначення загального поняття «докази». У ньому було окреслено лише способи їх збирання (огляд і освідчування — ст. 315—352; освідчування обвинуваченого, що страждав на психічні розлади — ст. 353; обшук та виїмка в будинках — ст. 357—370; допит обвинуваченого — ст. 398—414; виклик і допит свідка — ст. 433—453; збирання та збереження речових доказів — ст. 371—376).

У Статуті кримінального судочинства 1864 р. Російської імперії, до складу якої входила Україна, не було визначення загального поняття «докази». У ньому було окреслено лише способи їх збирання

Коли йдеться про тогочасні теоретичні уявлення, то, наприклад, І. Бентам вважав, що доказ — це факт за припущенням істинний, який розглядають як мотив для віри в існування чи неіснування іншого факту³. На думку Л.Є. Владимірова, доказом є все те, що наповнює речовий світ, все те, що може бути сприйнято із світу духовного і становити кримінальний доказ⁴. У свою чергу, Д.Г. Тальберг стверджував, що доказ — це факти чи дані судового провадження, які слугують для переконання у невинуватості чи винуватості⁵. П.І. Люблінський тлума-

¹ Спасович В.Д. Избранные труды и речи / В.Д. Спасович; сост. И.В. Потапчук. — Тула, 2000. — С. 17—22 (Тут і далі — переклад автора).

² Див.: Там само.

³ Див.: Великие и выдающиеся, знаменитые и известные личности об уголовном судопроизводстве: хрестоматия / сост. И.В. Смольнова. — М., 2012. — С. 308.

⁴ Див.: Владиміров Л.Е. Учения об уголовных доказательствах. — СПб., 1910. — С. 100.

⁵ Див.: Тальберг Д.Г. Русское уголовное судопроизводство. — К., 1891. — Т. 2. — С. 37.

чив поняття «доказ» і як «відомий засіб доказування в його відношенні до висновку», і як «відомості, матеріальне джерело, за допомогою якого отримується доказ»⁶. І.Я. Фойницький поняттю «доказ» також надавав два значення: засіб для того, щоб дійти висновку про невідоме шукане, і розумовий процес, шляхом якого шукана обставина пов'язується з відомою обставиною⁷.

У доказуванні в кримінальній справі реально важливим є не так джерельна основа, як те, які саме висновки зробить суб'єкт доказування із отриманого доказового матеріалу

У розглянутих теоретичних конструкціях процесуальних доказів нескладно помітити наявність двох взаємопов'язаних частин: об'єктивного (джерельного, юридичного) та суб'єктивного (раціонального, людського). Зрозуміло, що в діалектиці їхньої взаємодії пріоритет має бути в інтелектуальних і психологічних якостях конкретної особи — доказувача. З цього приводу слушно писав В.Д. Спасович: «...питання про судові докази власне не юридичне. Воно належить до сфери логіки і антропології, воно своїм корінням впирається в основу філософії, його треба перш за все вивчати в одиничній людині...»⁸.

Звідси випливає засадничий висновок: у доказуванні в кримінальній справі реально важливим є не так джерельна основа, як те, які саме висновки зробить суб'єкт доказування із отриманого доказового матеріалу. Слід також пам'ятати, що цей матеріал юристи завжди тлумачать по-різному залежно від своїх індивідуальних особливостей. У цьому контексті пророчими стали слова В.Д. Спасовича, який уважав, що переконання судді було і залишається таємничим, як і будь-яка сила природи, а тому «безумні і безнадійні будь-які намагання законодавця визначити... механічно теорію доказів з виключенням із неї суб'єктивного елементу, особистого переконання судді»⁹.

Слід наголосити, що положення Статуту кримінального судочинства 1864 р. і теоретичний доробок науковців дореволюційного періоду значно вплинули на перші законодавчі акти радянської влади. Про це свідчить відсутність у Кримінально-процесуальному кодексі (далі —

КПК) УРСР 1922 р. і КПК УРСР 1927 р. визначення загального поняття «доказ». У ст. 62 КПК 1922 р. лише вказувалося, що «доказами є показання свідків, висновки експертів, речові докази, протоколи оглядів і інші писані документи та особисті пояснення обвинуваченого».

Ситуація, на нашу думку, радикально змінилась у 1958 р., коли в ст. 16 Основ кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік вперше в історії вітчизняного кримінально-процесуального законодавства було сформульовано загальне поняття доказів у

такій редакції:

«1. Доказами в кримінальній справі є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

2. Ці дані встановлюються: показаннями свідка, показаннями потерпілого, показаннями підозрюваного, показаннями обвинуваченого, висновком експерта, речовими доказами, протоколами слідчих і судових дій та іншими документами».

Положення Статуту кримінального судочинства 1864 р. і теоретичний доробок науковців дореволюційного періоду значно вплинули на перші законодавчі акти радянської влади. Про це свідчить відсутність у КПК УРСР 1922 р. і КПК УРСР 1927 р. визначення загального поняття «доказ»

Можна стверджувати, що запропонований концепт, суворо регламентуючи способи збирання доказів, а також встановлюючи вичерпний перелік джерел доказів, становив собою в певному сенсі реакцію суспільства на період свавілля і беззаконня в роки сталінських репресій.

Зміст цієї норми-дефініції був відтворений у ст. 65 КПК УРСР 1960 р. і кримінально-процесуальних кодексах інших союзних республік колишнього СРСР, не ставши проте джерелом натхнення для доктрини і практики нормотворення в країнах соціалістичного табору (за винятком НРБ і СРР).

Спираючись на положення ленінської теорії відбиття і вчення про сигнал із теорії інформації, В.Я. Дорохов (якому належить авторство легальної дефініції «доказ») трактував це поняття так: у гносеологічному плані доказ завжди має об'єктивний зміст, фактичні дані (відображений факт об'єктивної реальності) і суб'єктивну форму, джерела фактичних даних (відобра-

⁶ Великие и выдающиеся, знаменитые и известные личности об уголовном судопроизводстве. — С. 324..

⁷ Див.: Фойницький І.Я. Курс уголовного судопроизводства / И.Я. Фойницкий. — СПб., 1996. — Т. 2. — С. 162.

⁸ Великие и выдающиеся, знаменитые и известные личности об уголовном судопроизводстве. — С. 299.

⁹ Там само.

ження у свідомості конкретної особи)¹⁰. На відміну від своїх попередників (А.Я. Вишинського, М.С. Строговича, Р.Д. Рахунова, В.Д. Арсентьева та ін.), цей авторитетний радянський процесуаліст прагнув довести, що доказами є не факти об'єктивної дійсності, а дані про них, які зумовлюють виникнення психологічних образів (копій фактів) у свідомості учасників процесу.

Доказами в кримінальній справі визнавалася єдність фактичних даних та їхніх процесуальних джерел

У закріпленій в юридичній нормі дефініції поняття «доказ» було визначено зміст і форму доказу, вичерпний перелік видів доказів, а також загальні вимоги до належності та допустимості доказів. Як стверджував В.Я. Дорохов, «...кримінально-процесуальні форми виявлення, закріплення фактичних даних створюють умови, максимально гарантуючи від викривлення інформації і помилок при збиранні доказів, і тим самим забезпечують найбільш сприятливі можливості для повного, всебічного встановлення обставин, що входять у предмет доказування»¹¹. Тобто на передній план автор висував практичні операції зі збирання, перевірки й оцінювання доказів, фактично залишаючи поза увагою вже зазначене вище питання щодо розуміння та інтерпретації доказів, а також їх використання для обґрунтування правових позицій сторін обвинувачення та захисту.

Отже, доказами в кримінальній справі визнавалася єдність фактичних даних та їхніх процесуальних джерел. Як справедливо зауважує з цього приводу В.І. Зажичкий, «...за такого тлумачення доказу в ньому розмежовується два аспекти — гносеологічний і правовий. Перший аспект утворює єдність об'єктивного змісту і суб'єктивної форми, а другий — вимоги належності і допустимості»¹².

Ця концепція доказів та їхніх видів сформувалася в умовах конкретної політико-правової ситуації, де домінувала марксистсько-ленінська теорія пізнання, яка фактично була наріжним каменем методологічного фундаменту наукових досліджень у галузі теорії доказів. Як слушно зазначає В.А. Лекторський, ленінська теорія відбиття нав'язувалася радянським філософам як безсумнівна догма. У філософії науки це набувало форми гострого об'єктивізму. У наукових дже-

релах «обґрунтовувалося», що пізнання є раціональним та істинним, якщо із нього був вилучений людський фактор¹³. Питання щодо логіки і психології доказування, на жаль, відійшли на другий план (старша генерація процесуалістів пам'ятає працю російського вченого О.О. Ейсмана «Логіка доказування» як спробу вийти за межі зачарованого кола інформаційного трактування доказів і доказування)¹⁴.

Через 35 років у контексті питання про структуру доказів Р.В. Костенко зауважив, що простий аналіз найпоширенішої концепції «єдиного» поняття доказів у кримінальному процесі свідчить, що вчені переважно досліджували питання внутрішньої структури доказу, яка складається із даних про факти і їх процесуальні форми. Водночас сутнісне призначення доказів у кримінальній справі залишалося поза сферою досліджень процесуальної теорії. Він також зазначив, що необхідно аналізувати «гносеологічні характеристики і процесуальну природу доказів», щоб вони виконували своє процесуальне призначення і слугували засобами встановлення наявності чи відсутності обставин, котрі підлягають доказуванню¹⁵.

Сама по собі інформація не може вважатися доказом, якщо в комунікації бере участь людина. У таких випадках треба говорити не про інформацію, а про її розуміння

Наукова об'єктивність вимагає вказати і на те, що окремі вчені висловлювали сумніви щодо інформаційної природи походження доказів. З цього приводу І.М. Лузгін звернув увагу на те, що «...субстанцію судового доказу дійсно утворює інформація. Однак для визначення поняття «докази» у кримінальному процесі поняття сигналу-інформації не може бути використане, оскільки воно характеризує спосіб передачі інформації, її переміщення в часі та просторі, але не розкриває юридичної природи судового доказу»¹⁶. У цьому контексті, на нашу думку, правильне твердження російського фахівця А.А. Кухти про те, що «сама по собі інформація не може вважатися доказом, якщо в комунікації бере участь людина. У таких випадках треба говорити не про інформацію, а про її розуміння»¹⁷. Водночас окремі

¹⁰ Див.: Дорохов В.Я. Проблемы истины, понятие доказательства и природы видов доказательств в советском уголовном процессе : автореф. дисс. на соискание учен. степени доктора юрид. наук. — М., 1979. — С. 24.

¹¹ Дорохов В.Я. Общее понятие доказательств в советском уголовном процессе. — М., 1981. — С. 29.

¹² Зажичкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. — СПб., 2006. — С. 326.

¹³ Див.: Лекторский В.А. Эпистемология классическая и неклассическая. — М., 2001. — С. 8.

¹⁴ Див.: Эйсмман А.А. Логика доказывания. — М., 1971. — С. 112.

¹⁵ Див.: Костенко Р.В. Понятия и признаки уголовно-процессуального доказательства. — М., 2006. — С. 12—13.

¹⁶ Лузгин И.М. Методологические проблемы расследования. — М., 1973. — С. 83.

¹⁷ Кухта А.А. Доказывание истины в уголовном процессе : автореф. дисс. на соискание учен. степени доктора юрид. наук. — Нижний Новгород, 2010. — С. 33.

науковці пропонували розглядати проблему, пов'язану з доказами, із позиції науки сімїотики. Наприклад, Є.Є. Підголін стверджував, що процес доказування є комунікативною діяльністю його суб'єктів і становить собою повідомлення, передачу відомостей від одного суб'єкта до іншого, і саме таку передачу, коли не лише повідомляється про що-небудь, а наводяться підстави, докази, що відомості є істинними, адекватними дійсності¹⁸.

Навіть побіжно оглянувши норми доказового права в КПК пострадянського періоду, можна помітити наявність двох полярних тенденцій: із одного боку, це прагнення зберегти старі, «апробовані» інформаційні схеми розуміння доказів, а з другого — очевидна спроба відійти від них і повернутися до класичних західноєвропейських концептів розуміння доказів, відмовляючись від їх нормативної фіксації

Тобто слід однозначно визнати: доктринальні положення інформаційного концепту доказів, основу яких становить «відбиттєва» ідеологія, пустили глибоке коріння у свідомості законодавців і науковців, визначаючи логіку і стиль мислення реформаторів процесуального законодавства в більшості колишніх союзних республік. Як зазначає В.П. Гмирко, «концепт «відбиття», будучи успішно індоктринований в масову юридичну свідомість, використовувався радянською і далі активно використовується пострадянською процесуальною доктриною як її беззастережна організаційна аксіома»¹⁹.

Вивчення відповідних норм-дефініцій поняття «докази» у деяких кримінально-процесуальних кодексах колишніх союзних республік дає підстави стверджувати, що їх автори і далі є прихильниками відбиттєво-інформаційної концепції доказів. Навіть побіжно оглянувши норми доказового права в КПК пострадянського періоду, можна помітити наявність двох полярних тенденцій: із одного боку, це прагнення зберегти старі, «апробовані» інформаційні схеми розуміння доказів, а з другого — очевидна спроба відійти від них і повернутися до класичних західноєвропейських концептів розуміння доказів, відмовляючись від їх нормативної фіксації.

Так, у ст. 115 КПК Республіки Казахстан, ст. 124 КПК Республіки Туркменістан практично збережено «радянську» модель доказу у кримінальному процесі. У ст. 72 КПК Республіки

Таджикистан, у ст. 93 КПК Республіки Молдова видами (джерелами) доказів називають таємні записи, прослухані і зафіксовані телефонні розмови, електронні, відео- та аудіоспостереження, науково-технічні і судово-медичні висновки. Тобто обраний спосіб унормування дав змогу законодавцям не встановлювати відповідну процесуальну форму для збирання зазначених видів доказів і тим самим розширити перелік їх видів.

Згідно зі ст. 20 КПК Литовської Республіки та КПК Республіки Грузія доказами в суді визнаються фактичні дані та інформація, подані в установленому порядку, які підтверджують або спростовують обставини, що мають значення для справи.

Зовсім інакше позиціонує себе законодавець Естонської Республіки, який, на противагу законотворцям згаданих вище колишніх союзних республік, вирішив діяти по-європейськи, тобто не визначати у КПК поняття «доказ». Так, у ст. 63 КПК Естонії наводиться лише перелік видів доказів, а в п. 2 цієї статті зазначено, що для доказування обставин кримінального процесу можуть використовуватись також інші докази. Варто наголосити, що в КПК Грузії, Таджикистану, Естонії, Молдови доказами також визнається інформація, отримана шляхом проведення оперативно-розшукових дій, якщо дотримувалися вимоги закону.

Закріплені у вітчизняному КПК 2012 р. положення доказового права (хоч і запозичили деякі позиції із західноєвропейського та англо-американського кримінально-процесуального права) не є винятком у постсоціалістичному кримінальному судочинстві і також мають суперечливий характер, зумовлений відбиттєво-інформаційною моделлю доказів, успадкованою від КПК 1960 р.

Таким чином, вивчення кримінально-процесуального законодавства зазначених вище країн переконливо свідчить, що запроваджена в 1958 р. модель доказів піддалася прогнозованій «ерозії», внаслідок чого загальні (родові) норми доказового права не завжди узгоджуються з юридичними правилами збирання і процесуальною природою окремих видів доказів. Можна дійти висновку, що законодавці пострадянської доби в міру свого праворозуміння відступили від моделі загального поняття «докази» зразка 1958 р. Це проявилось в розширенні переліку видів доказів, включення до них матеріалів оперативно-розшукової діяльності або використання їх як фактичної основи для отримання доказів, в окремих випадках у відмові від процесуальної форми їх

¹⁸ Див.: Підголін Є.Є. Понятіе доказательства в уголовном судопроизводстве (семіотические аспекты) // Правоведение. — Л., 1978. — № 2. — С. 64—69.

¹⁹ Гмирко В.П. Концепт «відбиття» і методологічні проблеми теорії доказування // Університетські наукові записки «Часопис Хмельницького університету управління та права». — Хмельницький, 2011. — Вип. 3. — С. 274—275.

збирання і навіть визнання їх статус-кво винятково судовою інстанцією. Причини такої ситуації, вважаємо, цілком очевидні: у нове законодавство намагаються втиснути концептуальні уявлення про докази радянської доби. Тому його по праву слід вважати нормотворенням перехідного періоду.

Аналіз змісту гл. 4 КПК 2012 р. і пов'язаних із нею інших норм доказового права свідчить про невідповідність вимогам ст. 84 цього Кодексу змісту спеціальних норм про процесуальну форму та способи отримання окремих видів доказів

На нашу думку, можна стверджувати, що закріплені у вітчизняному КПК 2012 р. положення доказового права (хоч і запозичили деякі позиції із західноєвропейського та англоамериканського кримінально-процесуального права) не є винятком у постсоціалістичному кримінальному судочинстві і також мають суперечливий характер, зумовлений відбиттєво-інформаційною моделлю доказів, успадкованою від КПК 1960 р.

Не викликає сумнівів те, що в КПК 2012 р. у гл. 4 «Докази і доказування» практично збережено ієрархічну модель побудови цього інституту за зразком його попередника. Тобто спочатку викладені загальні норми, а потім встановлені вимоги до окремих видів доказів. Відповідно до цієї нормотворчої логіки у формулі загального поняття доказів (ст. 84 КПК 2012 р.) відображено, вважаємо, найбільш суттєві ознаки, характерні як для доказів у цілому, так і для конкретного самостійного виду доказів. По суті, подібна конструкція зумовлюється реальністю загального особливого й окремого, встановлюючи, таким чином, сукупність вимог, яким мають відповідати всі без винятку види доказів²⁰. Проте аналіз змісту гл. 4 КПК 2012 р. і пов'язаних із нею інших норм доказового права свідчить про невідповідність вимогам ст. 84 цього Кодексу змісту спеціальних норм про процесуальну форму та способи отримання окремих видів доказів.

Так, у ст. 84 КПК 2012 р. закріплено загальне поняття доказів як фактичних даних, отриманих у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутності фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів. Таким чином, легальне визначення цього поняття має забезпечувати однаковість у тлумаченні гносеологічних, правових, логічних характеристик кожного із виду доказів, усуненню суперечливості й ефективності застосування певних норм.

Проте ця норма, на нашу думку, з огляду на її призначення (бути дефініцією) не виконує належну їй функцію у механізмі правового регулювання, а навпаки — породжує певні суперечності. Це пояснюється кількома причинами. У ст. 65 КПК 1960 р. така парадигма загального поняття «докази» переважно узгоджувалася з процедурами збирання їх різновидів. У ст. 84 КПК 2012 р. застаріла модель поняття «докази» (як форма) суперечить способам їх збирання (змістова складова діяльності). Законодавець по суті поки що частково відмовився від процесуальної форми збирання всіх доказів. І це крок уперед.

У ст. 93 КПК 2012 р. до способів збирання доказів стороною обвинувачення віднесено конкретні слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових і фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій

Штучні формальності не можуть бути перешкодою у встановленні фактів і обставин, що входять до предмета доказування (ст. 91 КПК 2012 р.). Головне — необхідно гарантувати дотримання прав і свобод людини. Докази можуть бути такими, якщо вони отримані незабороненими способами. Відповідно в законодавстві мають бути унормовані надійні фільтри їх допустимості та перевірки у форматі змагального судового розгляду.

Річ у тім, що відповідно до вимог ч. 1 ст. 84 КПК 2012 р. докази повинні бути отримані у передбаченому законом порядку, який охоплює: наявність підстав прийняття відповідних рішень; присутність певного кола учасників, які мають права та діють на законних підставах; роз'яснення їм прав та обов'язків; послідовність дій; фіксацію результатів дії; підписи уповноважених осіб і можливість внесення до протоколу змін, доповнень та зауважень. У ст. 93 цього Кодексу до способів збирання доказів стороною обвинувачення віднесено конкретні слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії, витребування

²⁰ Див.: Дорохов В.Я. Уголовно-процессуальная природа видов доказательств. — М., 1982. — С. 4.

та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових і фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій.

Очевидно, що законодавець, на відміну від КПК 1960 р., у цьому Кодексі не вимагає чіткої процесуальної форми збирання всіх видів доказів. Якщо йдеться про слідчі (розшукові)

дії, то у ст. 223 КПК 2012 р. викладено загальні умови їх проведення (мета, підстави, участь і присутність осіб, інтереси яких можуть бути порушені або обмежені, час і місце їх проведення, участь у проведенні слідчої (розшукової) дії осіб, які їх ініціювали, участь понятих, недопущення їх проведення після закінчення строків досудового розслідування). У цьому Кодексі також конкретизовано процесуальну форму допиту (статті 224—227); пред'явлення для впізнання (статті 228—232); обшуку (статті 233—236); огляду (статті 237—239); слідчого експерименту (ст. 240); освідчення особи (ст. 241); експертизи (статті 242—245).

Як зазначено в п. 1. ст. 246 КПК 2012 р., негласні слідчі (розшукові) дії — це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом. У законі закріплені загальні умови їх проведення (ст. 246 КПК); порядок отримання дозволів на їх вчинення (статті 247—251 цього Кодексу); фіксація їх ходу та результатів (ст. 252 КПК) тощо; процесуальний порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій не встановлено, оскільки це суперечить їх цільовому призначенню.

Безперечно, процесуальна форма є важливою гарантією отримання вірогідних результатів процесуальних дій, але вона не самодостатня. Існують також інші не менш ефективні способи їх перевірки. Вони можуть застосовуватися самостійно або комплексно. Тому в КПК 2012 р. передбачено такі процесуальні дії для дослідження документів-доказів, як допити свідків, експертів, спеціалістів (п. 2 ст. 358), дослідження звуко- і відеозаписів (ст. 359), консультації та роз'яснення спеціаліста (ст. 360).

Відповідно до ст. 252 КПК 2012 р. фіксація ходу і результатів негласних слідчих (розшукових) дій здійснюється у протоколі, до якого в разі потреби долучаються додатки, що згідно із п. 2 ст. 84 цього Кодексу можуть визнаватися доказом. Про це також йдеться в п. 1 ст. 256 КПК 2012 р. (використання результатів проведення

негласних слідчих (розшукових) дій у доказуванні). За встановленими правилами у цьому документі можуть бути зафіксовані лише факти і обставини, які мають значення для кримінального провадження за умови, якщо вони безпосередньо сприймалися слідчим.

Розширене трактування законодавцем поняття «документ» як доказу у ст. 99 КПК 2012 р. може спровокувати ситуацію штучного «подвоєння» доказів у кримінальному провадженні

Але відповідно до положень КПК 2012 р. більшість негласних слідчих (розшукових) дій проводиться підрозділами і службовими особами, які згідно з п. 1 ст. 84 цього Кодексу не наділені повноваженнями для визнання отриманих результатів доказами. Крім того, у протоколах про їх проведення може міститися інформаційна основа для одночасного отримання інших видів доказів (речових доказів, показань, висновків експертів). Тобто, на нашу думку, протокол — у цьому випадку як різновид документа-доказу — не буде повною мірою відображати доказове значення ходу і результатів проведення негласних слідчих (розшукових) дій. При цьому не слід забувати, що розширене трактування законодавцем поняття «документ» як доказу у ст. 99 КПК 2012 р. може спровокувати ситуацію штучного «подвоєння» доказів у кримінальному провадженні.

У цій статті зазначено, що документами як видом доказів також є складені у передбаченому законом порядку протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії. Якщо це так, то, наприклад, протокол допиту і показання свідка мають визнаватися як два види доказів (документи і показання). У процесуальній літературі наведено достатньо аргументів проти недопустимості змішування документів-доказів із протоколами процесуальних дій та їх розмежування. Так, І.М. Доронін слушно стверджує, що документи-докази складає компетентна особа (чи особа, що не є суб'єктом кримінального процесу), протоколи слідчих і судових дій — лише суб'єкти кримінального процесу. Щоб чітко визначити критерії розмежування зазначених видів доказів, необхідно зважати на те, що в основу визначення суті такого виду доказу, як протокол слідчої та судової дії, покладено ідею безпосереднього спостереження. Інакше кажучи, йдеться про ситуацію, коли слідчий або суд безпосередньо особисто сприймає певні події та фіксує їх у протоколі²¹. З огляду на

²¹ Див.: Доронін І. М. Документи-докази у кримінальному процесі України. — К., 2008. — С. 46.

це є сенс передбачити в КПК 2012 р. такий вид доказів, як протоколи процесуальних дій, складені у порядку, передбаченому цим Кодексом, оскільки різною є процесуальна природа останніх і документів.

Витребування стороною обвинувачення від юридичних і фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків ревізій та актів перевірок також не має процесуальної форми (ч. 2 ст. 93 КПК 2012 р.), що не узгоджується з ч. 1 ст. 84 цього Кодексу

Слід зазначити, що визнання документів і протоколів доказами — атрибутка, невластива природі доказування. Писемність «обкрадає» географію пізнавальної діяльності. Вона консервує можливість отримання ширшого кола виду доказів. Тобто такі документи-докази інформативно обмежують суб'єктів доказування. Вважаємо, що з цих міркувань у ст. 103 КПК 2012 р., крім традиційних форм фіксування кримінального провадження, включені також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії. Умови застосування технічних засобів фіксування кримінального провадження окреслені в ст. 107 КПК 2012 р. Очевидно, з метою усунення інформативної обмеженості протоколу як засобу фіксування процесуальних дій у п. 3 ч. 2 ст. 105 цього Кодексу зазначено, що серед додатків до нього залучаються аудіо-, відеозаписи процесуальних дій.

Зрозуміло, що витребування стороною обвинувачення від юридичних і фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків ревізій та актів перевірок також не має процесуальної форми (ч. 2 ст. 93 КПК 2012 р.), що не узгоджується з ч. 1 ст. 84 цього Кодексу. Звернемо увагу на те, що в ч. 3 ст. 93 КПК 2012 р. сторона захисту і потерпілий, з одного боку, наділяються правом збирання доказів, а з другого — способи їх збирання також позбавлені відповідної процесуальної форми (крім висновків експертів). У такий спосіб сторона захисту й потерпілий, використовуючи надані законом можливості, будуть мати у своєму розпорядженні предмети, документи, а не докази.

Матеріали, отримані не у встановленому законом порядку (ч. 1 ст. 84 КПК 2012 р.), нічим не відрізняються від оперативних даних, а також відомостей, що мають у своєму розпорядженні інші учасники кримінального провадження. Щоб зібрана стороною захисту та потерпілим інформація набула статусу доказів відповідно до вимог

ч. 1 ст. 84 КПК 2012 р., вони повинні заявити клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій (ч. 3 ст. 93 КПК 2012 р.). Очевидна неузгодженість положень ст. 84 КПК 2012 р., в якій сформульовані загальні поняття доказів окремими способами їх збирання, передбаченими частинами 2, 3 ст. 93 КПК 2012 р., спричиняє розбіжності в питаннях щодо розмежування доказів та інших видів інформації, що вводиться в орбіту кримінального провадження.

Як зазначено вище, методологічним фундаментом радянської теорії доказів була лєнінська теорія відбиття. Відповідно до цього подія злочину в довкіллі відображалася у формі ідеальних і матеріальних слідів, на основі яких органи розслідування та суду опосередковано встановлювали факт вчинення злочину і винуватості особи у його вчиненні. Зміст різних інтелектуальних операцій, здійснюваних суб'єктами доказування, залишався в «тіні».

Змістова частина положення теорії відбиття полягає передусім у конструюванні процесуальними дослідниками образів правно-релевантної події минулого, яке за своєю суттю практично не контролюється нормами права

Зазначимо, що у працях методолога В.В. Нікітаєва, а також процесуалістів О.С. Александрова, А.А. Кухти та В.П. Гмирка²², зроблено спробу переглянути усталену методологічну парадигму діяльності доказування з виходами на нові вирішення його традиційних головних проблем. Ці науковці не відкидають положення теорії відбиття, адже воно дійсно має місце, але лише як один із технічних моментів процесу пізнання. Змістова його частина полягає передусім у конструюванні процесуальними дослідниками образів правно-релевантної події минулого, яке за своєю суттю практично не контролюється нормами права.

Як слушно зазначає О.С. Александров, пізнання не відображає світ, а конструє його. Конструювання — це процес, який надає дійсності вигляду нерозривного і когерентного цілого²³. Згадані вчені зауважують: у свідомості суб'єктів доказування відображення певної правно-релевантної події відбувається не шляхом її дзер-

²² Див.: Никитаев В.В. Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление // Составительное правосудие : Тр. науч.-практ. лабораторий / под ред. С.А. Пашина, Л.М. Корнозовой. — М., 1996. — С. 278—295; Александров А.С. Новая теория доказательств // www.luaj.net/node/406; Гмирко В.П. Доказування у кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СТД — репрезентація. — Дніпропетровськ, 2010. — 314 с.

²³ Див.: Александров А.С. Значч. праця.

кального відображення (у формі слідів), а через створення її юридичного замінника — версії як штучної знанневої гіпотетичної конструкції. Вона обґрунтовується, перевіряється, а потім «одягається» у відповідний «юридичний одяг» (наприклад, у конструкцію шуканого складу злочину). Саме з її допомогою долається «розрив» між дійсністю минулого та дійсністю доказової діяльності. В.П. Гмирко з цього приводу зауважує, що «...факти, виготовлені... у такий спосіб, позначені печаткою суб'єктивності, а тому завжди можуть бути потенційно дефектними»²⁴.

Сукупність доказів підготовчого кримінального провадження — це сума індивідуально створених *ad casum* (для конкретного разу) знань (фактів) про обставини певної події, які ще самі потребують неупередженого дослідження в межах належної судової процедури

Отже, як впливає з наведеного, фактичні дані далеко не дзеркально відображають досліджувану дійсність, а тому не завжди можуть вважатися знаннями об'єктивної категорії. Сприйняття особою змісту матеріальних та ідеальних слідів як «відбиття» обставин підготовки, вчинення, а також наслідків злочинної діяльності трансформується в її свідомості, перетворюючись на суб'єктне знання, позначене печаткою непозбувної індивідуальності доказувача, а також тиском його функціонального та позиційного інтересу процесуального інтерпретатора. Щодо цього у психологічній літературі зазначається, що на сприйняття впливають об'єктивні чинники, зокрема умови, в яких воно відбувається, динаміка подій, синоптична обстановка, а також суб'єктивні — стан органів відчуття, вік, стать, соціальний та професійний статуси, інтелектуальний розвиток, психічний стан спокою або хвилювання, значущість ситуацій для того, хто сприймає. Сприйняття також може відбуватися при явній чи замаскованій зацікавленості осіб, в емоційно забарвлених умовах. Воно має емоційно-вольовий характер і завжди з печаткою суб'єктивності²⁵.

Інакше кажучи, сукупність доказів підготовчого кримінального провадження — це сума індивідуально створених *ad casum* (для конкретного разу) знань (фактів) про обставини певної події, які ще самі потребують неупередженого дослідження в межах належної судової процедури.

При такому тлумаченні природи доказів важливо дотримуватися розумного балансу між об'єктивними і суб'єктивними утворювальними факторами. Їх не можна абсолютизовувати. З цього приводу В.А. Лекторський слушно зазначив, що суб'єктивне існує за наявності об'єктивного, і таке знання уточнюється в комунікативній взаємодії з іншими системами знань та оцінок. У такий спосіб відбувається певне зняття суб'єктивності через його переінтерпретацію та осмислення²⁶. Зазначений підхід у формуванні доказів ґрунтується за правилами інтерсуб'єктивності, згідно з якими докази утворюються у взаємодії сторін процесу. Це один із методів подолання однобічності та обмеження свавілля при їх визнанні. Критерієм легітимності доказів є комунікативна раціональність, суть якої полягає

у наданні свободи в оцінці доказів через аргументацію у дискурсі при встановленні правовій процедурі. Тому докази слід визнавати судовому органу, не пов'язаному з функціями кримінального переслідування чи захисту. На наше глибоке переконання, це усвідомлював талановитий процесуаліст В.Я. Дорохов, який, характеризуючи психічне відображення (сприйняття, відчуття, уявлення) фактів реальної дійсності, наголошував, що воно завжди суб'єктивне і обумовлюється індивідуальними особливостями нервової системи окремої людини²⁷. Не випадково в тексті свого фундаментального монографічного дослідження автор вживав словосполучення «судові докази». Припускаємо, що ідеологеми того часу не давали В.Я. Дорохову можливості відкрито стверджувати те, що на сьогодні логічно впливає із його наукових розвідок.

Критерієм легітимності доказів є комунікативна раціональність, суть якої полягає у наданні свободи в оцінці доказів через аргументацію у дискурсі при встановленні правовій процедурі

На жаль, проблема розмежування досудових і судових доказів не вирішена в чинному кримінальному процесуальному законі. Так, у ч. 2 ст. 23 КПК 2012 р. зазначено, що «не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом». Відповідно, у ст. 317 цього Кодексу йдеться про

²⁴ Гмирко В.П. Категорія «факт» в доказуванні в кримінальному процесі: спроба критичного осмислення // Збірник наукових праць НАСБ України. — 2011. — № 39. — С. 130.

²⁵ Див.: Юридична психологія / За ред. Л.І. Казміренко, Є.М. Моїсєєва. — К., — 2007. — С. 162.

²⁶ Див.: Лекторський В.А. Знач. праця. — С. 159.

²⁷ Див.: Дорохов В.Я. Общее понятие доказательств в советском уголовном процессе. — М., 1981. — С. 29.

те, що в ході підготовчого провадження його учасники залучають до обвинувального акта документи та інші матеріали, тобто не докази *sensu stricto*. Здавалося б, ось вона, довгоочікувана демаркація між матеріалами підготовчого провадження в їх класичному розумінні та судовими доказами. Проте в ст. 349 КПК 2012 р. вже йдеться про дослідження в ході судового розгляду не матеріалів, а доказів (у ст. 357 цього Кодексу — речових доказів). Вважаємо, що наявність навіть таких неузгодженостей (небажаних у законодавстві) є певним свідченням кроку вперед у правильному напрямку, оскільки в законодавстві практично ставиться знак рівності між матеріалами і доказами на досудовому провадженні. З часом недоречності в законодавстві будуть усунуті. Докази на досудовому провадженні будуть лише для слідчого і прокурора, але ймовірними для захисника і суду. Структура кримінального провадження за КПК 2012 р. логічно передбачає, що в ході досудового розслідування збираються матеріали, які може визнати доказами лише суд.

Отже, виявлені розбіжності між легальним визначенням загального поняття «докази» і способами збирання їх видів свідчать про очевидну потребу поступової заміни «відбиттєво-інфор-

маційної» ідеології доказування новою методологічною парадигмою, яка б забезпечувала можливість створення сучасної теоретичної конструкції інституту «доказ», залучаючи для цього досягнення філософії, методології та інших наук когнітивного циклу.

З огляду на викладене можна зробити такі висновки:

1. Конструкція доказового розділу КПК 2012 р. дає змогу стверджувати, що у вітчизняній процесуальній науці та законодавстві відбувається процес зміни методологічної парадигми.

2. Загальне поняття «доказ», запозичене із КПК 1960 р., в ст. 84 КПК 2012 р. є анахронізмом, тому не виконує властивої йому методологічної функції у кримінальному провадженні, побудованому на нових засадничих положеннях. Отже, у ст. 84 КПК 2012 р. є сенс вказувати лише перелік видів доказів.

3. У ході досудового розслідування сторони збирають матеріали про джерела майбутніх доказів — носіїв даних про факти обставини, що підлягають доказуванню.

4. Зібрані сторонами матеріали на етапі підготовчого провадження можуть визнаватися доказами за результатами їх інтерпретації лише судовим органом.