

УДК 343.1(477)

**К. В. Антонов**, доктор юридичних наук,  
завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін  
Університету митної справи та фінансів  
**В. М. Тертишник**, доктор юридичних наук,  
професор кафедри кримінально-правових дисциплін  
Університету митної справи та фінансів

### ДОКАЗОВЕ ПРАВО: КОНЦЕПТУАЛЬНІ АСПЕКТИ, НОВАЦІЇ ТА КОЛІЗІЇ

*Розкриваються проблеми теорії доказів і доказового права оптимізації кримінальної процесуальної форми доказування з урахуванням дії нового КПК України.*

Ключові слова: докази; доказування; теорія доказів; доказове право; процесуальна форма.

*In the article are revealed the problems of the theory of proofs and proving right, optimization of the procession form of proof taking into account new CPC of the Ukraine.*

Key words: proof; the theory of proofs; proving right; procession form.

**Постановка проблеми.** Реформування інститутів доказового права в новому Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) потребує розв’язання принципових теоретичних проблем як підґрунтя і детермінантів розширення й поглиблення не лише науково-дослідної діяльності, але й отримання нових знань, реалізація яких має позитивно відобразитись на результативності застосування концептів, засобів, форм і приписів доказового права в розв’язанні завдань кримінального процесу. З огляду на важливість доказового права в системі кримінально-процесуального права та того факту, що новий КПК України привносить у доказове право принцип змагальності сторін, найбільшої актуальності набувають нині проблеми застосування нового КПК України в аспектах забезпечення встановлення істини та захисту прав і свобод людини, що потребує нового теоретичного осмислення.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій** у сфері доказового права показує, як на наявність недостатньо апробованих і теоретично обґрунтованих новацій доказового права, так і на розмаїття думок учених у їх аналізі [1–11].

**Мета статті** – визначення основних алгоритмів подальшого реформування доказового права і процесуальної форми доказування з урахуванням слідчої та судової практики, прецедентів і правових позицій Європейського Суду з прав людини та здобутків процесуальної науки.

**Виклад основного матеріалу.** Доказове право є фундаментом і стрижнем усього кримінального процесу. Норми доказового права пронизують усі стадії й інститути кримінального процесу, є, образно кажучи, його хромосомною системою.

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 і складові процесу доказування; е) засоби доказування, систему слідчих та інших пізнавально-доказових дій. До системи доказового права входять позитивні новели законодавства, викладені у нормах, які говорять самі за себе: “Проведення допиту, впізнання у режимі відеоконференції під час досудового розслідування” (ст. 232), “Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження” (ст. 336). Традиційно

© К. В. Антонов, В. М. Тертишник, 2015

метою доказування вважалось установлення істини, як передумови справедливого правосуддя, на що орієнтують новітні законодавчі акти: Закон України від 12 лютого 2015 р. № 192-VIII “Про забезпечення права на справедливий суд”; ст. 7 нового Закону України “Про судоустрій і статус суддів” – “Право на справедливий суд” тощо. Однак згадування про істину зникло з нового КПК України. Хоча саме про з’ясування істини йдеться у ст. 31 Конституції України.

Розкриваючи концепт істини, В. Т. Нор констатує: “...незважаючи на те, що законодавець під час регламентації процесу доказування не вживає терміна “істина”, реалізація у кримінальному процесі принципу встановлення (дослідження) обставин справи повно, всебічно і об’єктивно є необхідною умовою і наслідком її досягнення”; “досягнення об’єктивної істини – це і мета діяльності органів, на які покладено вирішення завдань кримінального судочинства, і принцип (засада) кримінально-процесуального права; принцип істини незмінний і незамінний фундамент, основа правосуддя у кримінальних справах. Без нього правосуддя неможливе. Без нього воно втрачає свою конститутивну ознаку – справедливість. Відмова від принципу встановлення (досягнення) істини у кримінальному судочинстві є відмовою від правосуддя. Саме тому є підстави розглядати встановлення істини у кримінальному судочинстві не лише як його принцип, але й як юридичний заповіт (завіт) для сучасного і майбутнього судочинства насамперед у кримінальних справах” [1–11].

У розв’язанні конкуренції завдань встановлення істини й захисту прав людини ми виходимо з головної ідеї про пріоритет прав людини, отже, допустимості втручання в права людини і застосування примусових заходів під час встановлення об’єктивної істини лише в разі крайньої необхідності, коли іншими засобами встановити істину неможливо, а заподіяна застосуванням примусових процесуальних дій шкода буде меншою, ніж відвернута.

Принцип допустимості втручання в права людини і застосування примусових заходів у встановленні об’єктивної істини лише у разі крайньої необхідності має стати основним принципом кримінального процесу.

Проте розбалансування новим КПК України перевіреної досвідом сталої теорії доказів та ерозія доказового права і процесуальної форми нерідко заводять слідчу й судову практику на тернистий шлях пошуку світла в кінці тунелю. Як у законодавстві, так і в практичній діяльності залишилось, а то й додалось, *багато нерозв’язаних проблем*.

1. Положення нового КПК України розхитують навіть фундамент сталої і перевіреної часом теорії доказів і заснованого на ній доказового права. У ст. 84 КПК України стверджується: “процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів”, а фактично в цьому судженні уже закладено тавтологію – “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 установив, 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” й може здатися багатообіцяючою, але блідне “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 огляду особи, який повторно зробити неможливо?”; “Якщо доказами є лише те, що сприймає сам суд, то чому закон зобов’язує слідчого і прокурора доказувати перед слідчим суд-

дею наявність підстав для домашнього арешту, взяття під варту чи інших запобіжних заходів?”. Урешті-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 й чи є сенс для слідчого за названою новелою 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 й джерела наданої інформації. Більше того, законодавець не вважає 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. Установлюючи 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, у тому числі з використанням технічних засобів”, а саме таке проникнення через його таємність не передбачає присутності понятих і належного документування доказової діяльності, законодавець робить значний крок у минуле, підмінюючи 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 у процесуальну форму – “негласні слідчі (розшукові) дії”, а відтак зараховані до компетенції слідчого. На слідчих звалили як процесуальну, так і фактично оперативно-розшукову діяльність, зрівнявши 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 початковому етапі розслідування, яка часто давала позитивний результат у розкритті злочину, не виправдано 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 й можливостей для свавілля. Законодавець не завжди витримував 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. Висновок: ч. 3 ст. 349 КПК України, в якій закладено модель спрощеного правосуддя, не може застосовуватись і підлягає скасуванню як норма, що скасовує суттєві існуючі гарантії встановлення об’єктивної істини та забезпечення прав і свобод людини, яка звужує наявні права й свободи людини і суперечить чинній Конституції України, міжнародним правовим актам та принципам і окремим положенням норм самого КПК України.

8. У зв’язку з процесуалізацією багатьох засобів, притаманних раніше оперативно-розшуковій діяльності, виникли дві важливі проблеми: а) конкуренція процесуальних норм негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів; б) юридична визначеність та оптимальна доцільність процесуальної форми нових негласних слідчих (розшукових) дій.

9. Законодавець зарахував 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 із 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 і 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 у порядку застосування форм безпосереднього виявлення злочину, а також органами адміністративної юрисдикції.

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, але 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 Законом “Про адвокатуру і адвокатську діяльність”, у 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, перебувають у 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 врегульованій законом основі. Водночас законодавець під час розробки 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 і знайти відбиття в довгоочікуваному законі “Про статус слідчого”.

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

Доказування в кримінальному провадженні має певні особливості, які полягають у тому, що суб'єкти пізнання-доказування мають не тільки отримати певні знання, але й забезпечити їм публічний характер, надати їм такі якості, які дозволяють іншим упевнитись у достовірності отриманих знань. Як стверджують філософи, “перетворити істину для себе” в “істину для всіх”. Для цього слід не тільки отримати достовірну інформацію, яку до того ж буде закріплено на надійних носіях, придатних для перенесення в просторі та часі, але й зафіксовано весь процес її здобуття, який у подальшому може дати можливість іншим перевірити весь процес і його результати.

**Висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямку.** Реалізація ідеї верховенства права у сфері правосуддя можлива лише за наявності досконалого доказового права, усунення негативних тенденцій, що мали місце внаслідок непослідовності здійснення реформування процесуального законодавства.

Перспективи подальшого дослідження даної проблеми вбачаються в розробці пропозицій з удосконалення законодавчих норм щодо визначення процесуальної форми слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій.

**Список використаних джерел:**

1. Антонов К. В. Використання в кримінальному процесі матеріалів оперативно-розшукової діяльності та гарантії захисту прав і свобод людини : монографія / К. В. Антонов, В. М. Тертишник, О. В. Негодченко, І. П. Козаченко. – Дніпропетровськ, 2004. – 184 с.
2. Белкин Р. С. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве / Белкин Р. С. – М. : Норма, 2007. – 528 с.
3. Бочаров Д. Проблеми юридичного доказування у літературних прикладах : навчальний посібник / Бочаров Д. – Дніпропетровськ : АМСУ, 2002. – 28 с.
4. Гмирко В. П. Доказування у кримінальному процесі : Діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація : [монографія] / В. П. Гмирко. – Дніпропетровськ : АМСУ, 2010. – 314 с.
5. Гончаренко В. Г. Доказування в кримінальному провадженні : науково-практичний посібник / Гончаренко В. Г. – К. : Прецедент, 2014. – 42 с.
6. Гусаров С. М. Щодо законодавчого врегулювання приватної детективної діяльності в Україні / С. М. Гусаров // Міліція України. – 2013. – № 3/4. – С. 20–22.
7. Добровольська О. Г. Проблеми кримінального провадження на підставі угод і компромісів / О. Г. Добровольська // Право і суспільство України. – 2014. – № 6–2. – С. 163–167.
8. Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В. В. Коваленка, Л. Д. Удалової, Д. П. Письменного. – К. : Центр учбової літератури, 2013. – 544 с.
9. Кримінальний процес : підручник / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін. ; за ред. В. Я. Тацій, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шиля. – Х. : Право, 2013. – 824 с.
10. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. С. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.
11. Нор В. Т. Проблеми теорії і практики судових доказів / Нор В. Т. – Львів : Вид-во при Львівському державному університеті видавничого об'єднання “Вища школа”, 1978. – 112 с.
12. Нор В. Т. Істина у кримінальному судочинстві: ідея, догма права, реалізація / В. Т. Нор // Часопис Національного університету “Острозька академія”. Серія: “Право”. – 2010. – № 2. – С. 5–6.
13. Одинцова І. М. Діяльність сторони захисту при збиранні, дослідженні та перевірці доказів в умовах судового слідства / І. М. Одинцова // Право і суспільство. – 2014. – № 1. – С. 254–259.
14. Острійчук О. Показання в системі процесуальних джерел доказів / О. Острійчук // Юридич. журнал. – 2013. – № 3. – С. 52–64.
15. Письменний Д. П. Регламентация слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій в кримінальному процесуальному кодексі України / Д. П. Письменний // Актуальні проблеми застосування нового кримінально-процесуального законодавства України та тенденції розвитку криміналістики на сучасному етапі : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Харків, 5 жовтня 2012 р.). – Х. : ХНУВС, 2012. – С. 66–673.
16. Рибалка О. В. Доказова діяльність суду за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / О. В. Рибалка // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 6. – С. 131–136.
17. Стригун А. Дискредитація свідка за новим КПК України / А. Стригун // Вісник прокуратури. – 2013. – № 1. – С. 44–48.
18. Татаров О. Ю. Досудове провадження в кримінальному процесі України: теоретико-правові та організаційні засади : монографія / О. Ю. Татаров. – Донецьк : ТОВ “ВПП “ПРОМІНЬ”, 2012.
19. Тертишник В. М. Верховенство права та забезпечення встановлення істини в кримінальному процесі України : монографія / В. М. Тертишник. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ ; Ліра ЛТД, 2009. – 404 с.

20. Тертишник В. М. Концептуальні проблеми кримінального процесу сьогодення / В. М. Тертишник // Вісник Академії митної служби України. – Серія: “Право”. – 2013. – № 2 (11). – С. 129–133.

21. Тертишник В. М. Кримінальний процес України. Загальна частина : підручник. Академічне видання / Тертишник В. М. – К. : Алерта, 2014. – 440 с.

22. Уваров В. Г. Застосування практики Європейського Суду з прав людини та норм міжнародно-правових актів в удосконаленні кримінального судочинства України : монографія / В. Г. Уваров ; за заг. ред. доктора юрид. наук В. М. Тертишника. – Дніпропетровськ, 2012. – 268 с.

23. Хахуцяк О. Ю. Речові докази у новому Кримінальному процесуальному кодексі України / О. Ю. Хахуцяк // Адвокат. – 2013. – № 6. – С. 46–48.

24. Шумило М. Є. Поняття “докази” у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі / М. Є. Шумило // Вісник Верховного Суду України. – 2013. – № 2. – С. 40–48.

25. Яновська О. Змагальні засади процесу доказування в кримінальному провадженні / О. Яновська // Юридична Україна. – 2013. – № 8. – С. 77–82.