

УДК 343.14

*М. А. Погорецький**доктор юридичних наук, професор**(Служба безпеки України)*

ДОКАЗИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Теорія доказів, за справедливим твердженням відомого правознавця В. Д. Спасовича, "становить центральний вузол усієї системи судочинства, душу всього кримінального процесу, засади що його рухають, утворюють його сутність, які обумовлюють і судоустрій, і всі головні форми судочинства" [1, с. 7].

Попри важливе значення теорії доказів для кримінального процесу, те, що за майже півтора століття вона поповнилася новими знаннями завдяки застосуванню філософських, інформаційних, логічних та інших, у тому числі й нетрадиційних методів пізнання, значна кількість її проблем до цього часу залишається невирішеною. На сьогодні у теорії доказів немає єдності думок ані щодо поняття доказів, ані щодо їх структурних елементів, ані щодо їх видів.

При цьому слід зазначити, що у сучасній теорії кримінально-процесуального права навіть сама назва теорії доказів, піддається критиці. Так, наприклад, А. Р. Белкін висловив думку, що предметом традиційної теорії доказів є лише докази та їх види, а все інше, що в ній розглядається, є оперуванням доказами (доказуванням), тому, на його думку, ця теорія повинна називатися не теорією доказів, а теорією доказування, одним із елементів якої, зазначає правник, є концепція доказів, що відіграють роль засобів доказування [2, с. 6].

Досліджуючи докази та доказування, одні правознавці вважають, що це категорії, властиві лише стадіям досудового розслідування та судовим стадіям [3, с. 108-117; 4; 5, с. 342–355; 6; 7, с. 3-4; 8, с. 27–63], на думку інших, доказування відбувається й на стадії порушення провадження у кримінальній справі, а тому доказами оперують і на цій стадії кримінального процесу [9, с. 96-98; 10, с. 96-98; 11; 12, с. 23-26; 13, с. 126-127].

Така розбіжність думок у принципових питаннях доказового права призводить до неоднозначності закріплення окремих його категорій у законодавстві, до неоднакового їх розуміння правозастосовниками і як наслідок — до неефективності кримінальної юстиції та до судово-слідчих помилок, що нерідко грубо порушують права людини у кримінальному судочинстві.

Останнім часом на пострадянському просторі в ході дискусій при розробці нового кримінально-процесуального законодавства висувуються ідеї щодо необхідності відмовитися від нормативно-правового визначення поняття доказу на стадіях досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ, від вичерпного переліку видів доказів¹ з посиланням на досвід окремих західних країн та розширення власного слідчого і судового розсуду при прийнятті процесуальних рішень у кримінальній справі [14, с. 13-15].

Так, Н. В. Сібільова, досліджуючи це питання, робить висновок: "Проект КПК України, нормативно регулюючи поняття доказів, залишається, на наш погляд, у полоні безперспективного підходу, визначаючи доказами фактичні дані, чітко виділяючи джерела доказів" [15, с. 88-89]. Вона обґрунтовує необхідність на сучасному етапі розвитку

¹ Перелічені у ч. 2 ст. 65 України види доказів окремими фахівцями називаються джерелами доказів, Така розбіжність у поглядах обумовлюється різним розумінням поняття доказів та їх джерел. У цій роботі нами буде зроблена спроба аналізу висловлених точок зору та обґрунтування власної позиції з цього питання.

суспільства "в переосмисленні усталених догм на засадах нового праворозуміння та нової ролі суду в правозастосуванні, що потребує від науковців пильної прискіпливої уваги до таких питань, як розширення суддівського угляду (власного розсуду — М. П.) в оцінці допустимості судових доказів і пов'язаної з цим проблеми їх відкритого переліку" [15, с. 89].

На наш погляд, реалізація такої концепції, яка має ґрунтуватися на гуманістичних принципах поваги до людини, поваги до закону, високої моральності та совісті, є безперечно перспективною у майбутньому, проте її впровадження в Україні на сучасному початковому етапі розбудови правової демократичної держави, за умов поширення правового нігілізму у суспільстві, відсутності усталеної високої правосвідомості як у правозастосовців (оперативних працівників, дізнавачів, слідчих, прокурорів, суддів, адвокатів), так і у пересічних громадян, а також високого рівня корумпованості правоохоронних органів і суду і як наслідок – високого рівня недовіри до цих органів у суспільстві, є передчасним.

На наш погляд, на сьогодні правозастосовники в Україні ще не готові повною мірою до розширення застосування власного слідчого і судового розсуду при оцінці доказів та при прийнятті процесуальних рішень у кримінальній справі, про що свідчать численні порушення останніми законодавства й прав людини при вирішенні кримінальних справ, а також вкрай низький рівень довіри суспільства до органів досудового розслідування, прокуратури та суду [16; 17; 18]. Про це красномовно свідчить і те, що Україна є лідером по зверненню її громадян до Європейського Суду з прав людини.

Тому, на нашу думку, в умовах сучасного розвитку українського суспільства та держави ми не повинні відступити від теоретичного надбання видатних прогресивних процесуалістів "хрущовської відлиги"

В. Я. Дорохова, В. З. Лукашевича, Л. Т. Ульянової та ін., що знайшло свій прояв у науковій розробці й нормативно-правовому закріпленні в процесуальному законодавстві поняття доказів у кримінальній справі та встановленні вичерпного переліку їх видів, необхідність яких була викликана масовими грубими порушеннями прав людини й терором держави в особі її каральних органів проти власного народу в умовах репресій 30–50-х років ХХ ст. у нашій тодішній державі, й об'єктивною потребою створення в подальшому надійних правових гарантій від сваволі правоохоронних органів та суду.

Проведене ними дослідження піввікової слідчо-судової практики переконливо доводить обґрунтованість, життєвість, придатність та необхідність розвитку цієї концепції в сучасній Україні, хоча й вона виключає зловживань у реалізації інституту доказового права в правозастосовній практиці, про що яскраво свідчать грубі юридичні порушення норм доказового права та практика Європейського Суду з прав людини при розгляді кримінальних справ у яких прийняті рішення українськими судами.

Слід зазначити, що розширення застосування власного суддівського розсуду при оцінці доказів та прийнятті процесуальних рішень у кримінальних справах за законодавством європейських країн, які визнаються світовою спільнотою за зразок справжньої демократії та цивілізованості, незважаючи на те, що цей розсуд ґрунтується на високій правосвідомості й глибокій моральності, в основу якого покладені багатовікові цінності справедливості, людяності, поваги до закону та права, не сприймається однозначно у зазначених країнах. Окремі західні правники вбачають у розширенні власного суддівського розсуду відступ від правової процедури, що може призвести до суддівського свавілля та порушення прав людини. У зв'язку з цим юристами цих країн

розробляються науково обґрунтовані пропозиції щодо обмеження власного суддівського розсуду при вирішенні кримінальних справ [19, с. 31].

На наш погляд, при розробці нового КПК України слід враховувати й те, що у новому кримінально-процесуальному законодавстві Молдови (ст. 93 КПК 2003 р.) та Латвії (ст. 123 Кримінально-процесуального закону 2005 р.), яке високо оцінено експертами Ради Європи й вже майже десятиліття успішно апробовано на практиці, закріплені нормативно-правові визначення поняття процесуального доказу у кримінальній справі, змістом якого вказані відповідно фактичні дані та відомості про факти, а також встановлений вичерпний перелік видів доказів [20; 21].

З огляду на зазначене, дослідження проблем теорії доказів загалом та окремих її інститутів, у тому числі й використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для отримання доказів у кримінальній справі, залишається актуальним. Розробка цього інституту потребує подальшого удосконалення нормативно-правового визначення поняття доказу та його змісту у кримінальному процесі, оскільки доказ, як фундаментальна категорія, є наріжним каменем цієї теорії.

З цього приводу М. М. Гродзинський обґрунтовано вказував, що основне завдання кримінального процесу полягає у вирішенні таких питань: чи вчинено злочин, ким він був вчинений, який ступінь соціальної небезпечності злочинця, чи необхідне застосування заходів соціального захисту і яких саме. Але відповіді на них можна лише після того, як у суді будуть всебічно розглянуті всі наявні у справі дані. Тому діяльність судді в основному і полягає в пошуку та розгляді відповідного матеріалу з метою одержання з нього необхідних відомостей, іншими словами — у відшуканні та розгляді доказів [22], оскільки доказ, як переконливо доводить В. Т. Нор, це "одна з необхідних умов досягнення істини, а отже — і забезпечення законності в розгляді кримінальних справ" [23, с. 34], й у кінцевому підсумку, як справедливо вказує М. М. Михеєнко, "в

кримінальному процесі як науці, навчальній дисципліні, галузі права і практичній діяльності все зводиться до доказування і доказів, бо вони є основним змістом кримінального процесу" [24, с. 115].

Разом з тим, незважаючи на значення доказу у кримінальній справі як фундаментальної категорії кримінального процесу та його нормативно-правове визначення у ст. 65 КПК України, поняття та зміст доказу продовжують залишатися дискусійними в теорії, що негативно позначається на практиці, в тому числі й при використанні матеріалів оперативно-розшукової діяльності у доказуванні, оскільки, неправильно й неоднозначно розуміючи поняття та зміст доказів, практичні працівники зустрічають певні труднощі при використанні таких матеріалів для отримання фактичних даних, які можуть бути окремими доказами у кримінальній справі. Це є однією з причин недостатньої ефективності використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у доказуванні у кримінальній справі та порушення чинного законодавства при їх використанні.

Так, аналіз результатів практики свідчить, що 28 % оперативних працівників, 32 % слідчих, 33 % прокурорів, 30,3 % слідчих прокуратури та 38 % суддів вважають, що доказами є єдність фактичних даних та їх джерел; 16 % оперативних працівників, 18 % слідчих, 22,8 % прокурорів, 18,2 % слідчих прокуратури та 16 % суддів вважають такими лише фактичні дані (відомості про факти); 31,9 % оперативних працівників, 36 % слідчих, 35 % прокурорів, 38 % слідчих прокуратури та 31 % суддів — і фактичні дані, і їх джерела; 10 % оперативних працівників, 2,8 % слідчих, 3,9 % прокурорів, 3 % слідчих прокуратури та 2,7 % суддів вважають доказами будь-які факти; 14,1 % оперативних працівників, 11,2 % слідчих, 5,3 % прокурорів, 10,5 % слідчих прокуратури та 12,3 % суддів вважають, що доказами є те, що визначено у ч. 2 ст. 65 КПК України. При цьому 32 % оперативних працівників, 58 % слідчих, 72,8 % прокурорів, 57,6 % слідчих

прокуратури та 62,2 % суддів вважають, що в ч. 2 ст. 65 КПК визначені джерела доказів; 38 % оперативних працівників, 42 % слідчих, 27,2 % прокурорів, 42,4 % слідчих прокуратури та 37,8 % суддів — види доказів; а 30 % оперативних працівників взагалі не змогли визначитися з цього питання [25].

Неоднозначне розуміння поняття та змісту доказів у кримінальній справі практичними працівниками обумовлюється, перш за все, неоднозначним їх трактуванням у науковій й навчальній літературі. Так, деякі науковці висловили думку, що судовими доказами у кримінальній справі можуть бути лише факти, обставини, за допомогою яких встановлюються злочин і особа, яка його вчинила [26, с. 98-115]. З цього приводу слід зауважити, що "судові докази", на наш погляд, є доказами, які визнані судом і використані ним для обґрунтування судових рішень. Вони є видовим поняттям щодо родового поняття "процесуальні докази", якими є докази, що отримуються на стадії порушення провадження у кримінальній справі, докази, що отримуються на стадії досудового розслідування кримінальної справи. Всі зазначені докази мають однакову гносеологічну природу, проте різний правовий характер, що визначає їх сутність.

Розвиваючи думку про те, що у кримінальному процесі доказами можуть бути лише факти, обставини, за допомогою яких встановлюються злочин і особа, яка його вчинила, М. А. Чельцов писав: "Факти, з яких виводиться існування доказуваного факту, мають назву доказових фактів чи доказів... Доказами є факти, обставини" [27, с. 135-143].

Прихильники іншої точки зору вважають, що доказами є лише відомості про факти (фактичні дані), джерела ж доказів, зазначені в кримінально-процесуальному законі, до поняття доказів не входять, а мають самостійне значення [28, с. 10; 4, с. 99, 102; 29, с. 6; 30, с. 111; 31, с. 77].

В юридичній літературі пропонується відмовитися від термінів "відомості про факти", "фактичні дані" і сформулювати зміст судових доказів через науковий термін "інформація", поняттям якого поєднуються відомості (повідомлення) як продукція свідомості й ознаки, властивості, особливості матеріальних об'єктів (систем), оскільки поняття фактичних даних і інформації є тотожними [32, с. 87]. Виходячи з цього, В. В. Гевко стверджує, що докази — це просто інформація [33, с. 10], а М. В. Салтєвський запропонував використати це положення в новому КПК України як таке, що на його думку, відповідає сучасному розвитку кібернетики, інформатики та інформатизації всієї соціальної діяльності, в тому числі й правоохоронної, виклавши його так: "Доказами у кримінальних справах є всяка (будь-яка) інформація, яка міститься (відображена) в матеріальних джерелах, що знаходяться у причинно-наслідковому зв'язку з обставинами, які є об'єктом доказування і які зібрані у порядку, що регламентується чинним Кодексом" [34, с. 64-66].

Існує думка, що поняття "доказ" має два значення. Ця концепція отримала в науковій літературі назву "подвійного розуміння доказу". Доказами вважаються, по-перше, ті факти, на основі яких встановлюється злочин або його відсутність, винуватість або невинуватість тієї чи іншої особи в його вчиненні та інші обставини справи, від яких залежить ступінь відповідальності цієї особи. По-друге, доказами є ті передбачені законом джерела, з яких слідство й суд отримують відомості про факти, що мають значення для справи й за допомогою яких вони ці факти встановлюють [35, с. 3, 4; 36, с. 160; 37, с. 85-86; 38, с. 288-289; 39, с. 108-121].

Значного поширення набула концепція розуміння доказу як єдності фактичних даних та їх процесуального джерела [3, с. 110; 23, с. 36; 40, с. 52; 41, с. 31, 61; 6, с. 20-21; 42, с. 71; 43, с. 124-125], яка, на наш погляд, найбільш чітко відображає гносеологічну сутність доказу у кримінальному процесі. У цьому контексті П. А. Лупинська пише: "доказ у кримінальній

справі виступає в єдності свого змісту ("фактичні дані") і процесуальної форми ("джерело одержання фактичних даних"), тобто діалектичній єдності форми й змісту" [44, с. 136]. З цього, на нашу думку, випливає, що фактичні дані в будь-якому з названих у кримінально-процесуальному законі джерел можуть існувати, зберігатись, передаватись та досліджуватись виключно в їх нерозривній єдності з останніми. За відсутності такої єдності доказ втрачає свою сутність.

Проте серед прибічників цієї точки зору є принципові розбіжності щодо змісту окремих елементів такої діяльності, і насамперед щодо джерел доказів, джерел фактичних даних та їх співвідношення.

Аналіз висловлених точок зору дає підстави для висновку, що основною причиною розбіжностей поглядів на поняття доказів у сучасному кримінальному процесі є відсутність єдності думок щодо їх гносеологічної та правової природи.

На наш погляд, для правильного розуміння доказу у кримінальній справі слід виходити з того, що будь-яка злочинна подія за законами відображення утворює сліди на матеріальних об'єктах речового походження та в пам'яті людей як результат злочину. І сама подія, і її сліди є фактами об'єктивної дійсності (під фактами у філософії розуміють і подію, і результат, а у логіці факт — це форма емпіричного знання, яка протиставляється теорії або гіпотезі) [45, с. 681]. Утворені злочином сліди є одночасно носіями і джерелами інформації про злочин. Сліди як джерела інформації про злочин у теорії кримінального процесу називаються ще й фактичними даними (даними про факти, відомостями про факти), які відповідно до ч. 1 ст. 65 КПК України (де зазначається, що доказами в кримінальній справі є "всякі фактичні дані"), утворюють зміст доказів.

У процесуальній літературі не склалося єдності думок щодо змісту фактичних даних. Одні вчені вважають, що фактичні дані — це лише факти [38, с. 290; 46, с. 31]. На думку інших, це лише відомості про факти,

а не самі факти [4, с. 99, 102]. Висловлюється думка, що це як відомості про факти, так і доказові факти [47, с. 102].

Так, Р. Д. Рахунов пише: "Говорячи про "фактичні дані", законодавець мав на увазі не відомості про факти, а власне факти" [48, с. 97]. Розглядаючи "фактичні дані" як "фактично дане", тобто об'єктивно наявне, він резюмує: "мова йде про факти". На його думку, розуміння доказів як відомостей про факти не враховує слідчої та судової практики [48, с. 99] й суперечить законодавству, яке вимагає, щоб винність особи підтверджувалася реальними фактами [48, с. 96].

Спираючись на здобутки теорії інформації, Ф. Н. Фаткуллін тлумачить "фактичні дані" як "фактичну інформацію". Інформаційну природу відомостей він визнає очевидною та беззаперечною, проте додатково зазначає, що поняттям "інформація" охоплюються не лише повідомлення, за допомогою яких люди передають знання одне одному, а й будь-які матеріальні об'єкти, що свідчать про певні аспекти буття, тому матеріальні сліди злочину та інші доказові факти можуть і мають розглядатися як фактична інформація про обставини справи. З урахуванням наведеного Ф. Н. Фаткуллін при науковому тлумаченні поняття "фактичні дані" вважає за доцільне говорити і про відомості, і про доказові факти [4, с. 72].

П. С. Елькінд з цього приводу зазначає, що факти, які відшуковуються, пізнаються й опосередковано: через відомості про факти й обставини минулого, які не збереглися, і безпосередньо — через факти й обставини теперішнього, причинно пов'язані з минулим, наприклад речові докази, дані, що характеризують особу суб'єкта злочину після його вчинення [47, с. 101-102]. "Фактичні дані" — це й відомості про факти, й самі факти (встановлені, ті, що є засобом пізнання інших обставин і фактів, які ще не встановлені, але підлягають пізнанню) [47, с. 102].

На нашу думку, в ході прийняття рішення у кримінальній справі при обґрунтуванні достовірності набутого знання про об'єктивну реальність,

яка є об'єктом кримінально-процесуального пізнання, орган дізнання, слідчий і суд оперують як відомостями про факти, так і самими "фактами" ("обставинами"), проте визнання доказами як фактичних даних (відомостей), так і самих фактів суперечить не лише гносеології, а й закону, оскільки у кримінальному судочинстві важливо точно розрізнити "обставини" ("факти"), що підлягають доказуванню у кримінальній справі, й відомості (дані про ці факти, фактичні дані), на підставі яких ці факти (обставини) встановлюються.

Факти безвідносно до доказування — це об'єктивна реальність, яка існує незалежно від людини. Однак для того, щоб відомості про цей факт могли бути використані в доказуванні, він повинен бути пізнаний кримінально-процесуальними засобами, включений до сфери кримінально-процесуального доказування уповноваженою на це особою (органом дізнання, слідчим, судом).

Тому слід погодитися з В. Я. Дороховим, що фактичними даними є набуті із законних джерел відомості про факти, а не власне факти й обставини [3, с. 115].

Таким чином, фактичні дані як відомості (інформація) про факти (обставини злочину), являють собою основу для одержання доказів. Однак вони стають доказами не автоматично, навіть за умови отримання їх із встановлених законом джерел, відповідно до визначеної кримінально-процесуальним законом для кожного з їх видів форми, а лише після визнання їх доказами особою, у провадженні якої перебуває кримінальна справа. Саме з цього моменту сукупність фактичних даних та їх джерел набуває статусу доказу у кримінальній справі.

Виходячи з цього, необґрунтованим є твердження вчених, з погляду яких "докази виникають безпосередньо з моменту вчинення злочину, оскільки після його вчинення залишаються різного роду відображення, за якими можна судити про подію злочину" [49, с. 37], або лише після

проведення слідчих і судових дій [50, с. 4], або лише після винесення постанови про закриття справи, складання обвинувального висновку чи винесення вироку суду [51, с. 38-39].

Якщо злочинна подія і утворені нею сліди є об'єктивними категоріями, які не залежать від суб'єкта їх пізнання, то фактичні дані (інформація про них), на наш погляд, є категорією суб'єктивною, оскільки ці дані (інформація, дані про злочин) сприймаються конкретною особою (суб'єктом). Якщо це вербальна інформація, то її сприймає особа, яка бачила чи чула як сама, так і від інших осіб про обставини злочину. Якщо це сліди речового походження, то їх сприймає орган дізнання, слідчий, поняті, суд. Отже, сприйняття будь-якою особою (суб'єктом) об'єктивних обставин (фактичних даних про злочин) завжди має суб'єктивний характер. Суб'єктивний характер мають і докази у кримінальній справі, змістом яких є фактичні дані, що сприйняті через їх джерела суб'єктом, який веде кримінальний процес, на що справедливо вказував В. Я. Дорохов [41, с. 113]. Суб'єктивний характер сприйняття фактичних даних та визнання їх доказами уповноваженим суб'єктом кримінального процесу є однією з причин судово-слідчих помилок.

У цьому аспекті вважаємо непереконливою думку тих науковців, які стверджують, що фактичні дані є об'єктивними за своєю природою, тобто є "відповідним відбиттям окремих сторін злочину, які існують незалежно від органів та методів, за допомогою яких здійснюється їх виявлення та збір" [52, с. 10], оскільки вона не відповідає гносеологічній і правовій природі цієї категорії.

У частині 1 ст. 74 нового КПК РФ (відповідає ч. 1 ст. 65 КПК України в ред. 1960 р. — М. П.) термін "фактичні дані" замінений на термін "відомості". Окремі українські правознавці пропонують сприйняти цей термін для визначення доказів у КПК України [31, с. 76-77; 15, с. 88-89]. Обґрунтованість такого підходу, на наш погляд, викликає сумнів, оскільки

термін "фактичні дані" дає підставу вважати, що йдеться про відомості, вірогідність яких встановлена в ході доказування. І це цілком вірно, адже в іншому разі немає підстав для надання цим відомостям статусу доказів на стадіях досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ. Невипадково у ч. 2 ст. 94 КПК України як підстави для порушення провадження у кримінальній справі визначаються не фактичні дані — відомості, що вказані у ч. 1 ст. 65 КПК України, вірогідність яких встановлена, а лише "достатні дані" — відомості, що є імовірними (докази, які повинні мати лише високий ступінь імовірності). Окрім того, слово "відомості" як у російській, так і в українській мовах тлумачиться як деякі результати почуттєвого сприйняття [53, с. 699; 54, с. 135]. Це відповідає антропогенним даним, тобто даним (інформації), що виходять від людини, яку російський законодавець невдало, на наш погляд, визнає доказами у кримінальній справі.

Дані (відомості), що виходять від людини, виражені у знаковій формі — словами, цифрами, умовними та іншими знаками передачі інформації (відомостей). Поняттю "відомості" не повною мірою відповідають докази іншого роду, що виникають поза свідомістю людини, яка їх сприймала, а саме докази речового походження: предмети, які в силу особливих фізичних властивостей, стану, ознак, місця знаходження тощо можуть бути використані для встановлення обставин кримінальної справи; речовини, які стали результатом відбиття слідів злочину. Наприклад, поняттям "відомості" не охоплюється пістолет, яким застрелений потерпілий, одяг потерпілого, сліди взуття обвинуваченого, виявлені на місці події, документ з грифом таємності, що виявлений у неналежному місці, тощо. Ці фактичні дані сприймаються безпосередньо особами, які ведуть кримінальний процес, і лише за певних умов набувають статусу доказів у кримінальній справі.

У цьому аспекті заслуговує критичної оцінки позиція П. А. Лупинської, на думку якої визначення у ст. 69 КПК РФ (у ред. 1960 р.) доказів як "будь-яких фактичних даних" давало підстави вважати, що мова йде про відомості, достовірність яких встановлена. Заміна "фактичних даних" на "відомості" в новому КПК РФ (ст. 74 КПК РФ), з її погляду, означає, що доказами є не лише відомості, достовірність (вірогідність) яких встановлена, а й ті, які збираються, перевіряються й оцінюються як на досудовому провадженні, так і в суді [55, с. 5].

На нашу думку, така позиція автора не відповідає гносеологічній і правовій сутності доказів на стадіях досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ. "Відомості", про які йде мова у ст. 74 КПК РФ, за своєю гносеологічною і правовою сутністю можуть мати статус доказів лише на стадії порушення провадження у кримінальній справі.

Слід зазначити, що категорія "достовірність" у кримінальному процесі є суб'єктивною, на що вказує Л. М. Карнеєва, яка справедливо зазначає: "Інколи вважають, що фактичні дані, отримані із вказаних джерел і в законний спосіб, завжди достовірні. Так можна було б розмірковувати в той час, коли доказ ототожнювався з фактом, який завжди достовірний, оскільки він — реальність" [56, с. 47]. Виходячи із зазначеного, вірогідність — це суб'єктивна впевненість особи, яка оцінює докази, в існуванні чи відсутності певних фактів, а тому й будь-які процесуальні рішення у кримінальній справі мають суб'єктивний характер, оскільки обґрунтовані доказами як суб'єктивною категорією. Це означає, що, коли для слідчого чи органу дізнання отриманий ними доказ є достовірною категорією, то для суду він може мати лише ймовірний характер. Кримінально-процесуальні докази, визнані судом першої інстанції достовірними знаннями, можуть такими не бути для суду другої інстанції.

З цього приводу у ч. 2 ст. 67 КПК України вказується, що ніякі докази для суду, прокурора, слідчого, особи, яка провадить дізнання, не мають

наперед встановленої сили. Таке правило щодо оцінки доказів встановлено і в кримінально-процесуальних законах інших країн.

Проте визнання доказами на стадії досудового розслідування і в судових стадіях не "будь-яких фактичних даних" (даних про факти), а лише "відомостей" не виправдано ставить їх на рівень "достатніх даних" (ч. 2 ст. 94 КПК) як доказів, які використовуються для обґрунтування процесуальних рішень на стадії порушення провадження у кримінальній справі, що не відповідає завданням цих стадій кримінального процесу, оскільки кримінальна справа, навіть за умови розширення змагальності та диспозитивності кримінального процесу, повинна вирішуватися на підставі достовірних доказів, а не умовних припущеннях, походження яких викликає сумнів в учасників процесу і суду, що знижує довіру громадськості до діяльності правоохоронних органів та суду.

Виходячи з зазначеного, вважаємо, що в новому КПК України при визначенні поняття доказів у кримінальній справі має бути залишений термін "всякі фактичні дані", який відповідає змісту всіх видів доказів у кримінальній справі, а також збережено нормативно-правове визначення поняття доказу на стадіях досудового розслідування та судового розгляду кримінальної справи.

При аналізі законодавства, що регулює питання використання матеріалів оперативно-розшукової у кримінально-процесуальному доказуванні, звертає на себе увагу те, що поряд із ч. 1 ст. 65 КПК України, в якій йдеться про фактичні дані, що встановлюються через засоби, зазначені в ч. 2 цієї статті (показання свідка, показання потерпілого та ін.), на фактичні дані вказується й у ч. 3 ст. 66 КПК України, в якій зазначається, що "у передбачених законом випадках особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор і суд у справах, які перебувають в їх провадженні, вправі доручити підрозділам, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, провести оперативно-розшукові заходи чи

використати засоби отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі".

Термін "фактичні дані", що використовують для отримання доказів у кримінальному процесі, вживається і в п. 2 ч. 1 ст. 10 Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність", у якому вказується, що матеріали оперативно-розшукової діяльності використовуються для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, й у ч. 3 ст. 15 Закону України "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю", де зазначається, що "фактичні дані, одержані та зафіксовані співробітниками спеціальних підрозділів із застосуванням технічних засобів, можуть бути використані як докази в судочинстві".

Виходячи з цього, постає питання про співвідношення фактичних даних, які викладені в зазначених нормах КПК, Закону "Про оперативно-розшукову діяльність" і Закону України "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю". Аналіз норм зазначених законодавчих актів дає підстави для висновку, що гносеологічна природа цих фактичних даних є однаковою, проте вони відрізняються між собою за низкою правових чинників. Одним із таких чинників є їх джерела, оскільки фактичні дані, що використовуються для отримання доказів у кримінальній справі, незалежно від свого походження (одержані вони в ході оперативно-розшукової діяльності чи уповноваженою особою у кримінальному процесі), потрапляють у кримінальний процес через джерела доказів, у спосіб, визначений кримінально-процесуальними законами для кожного їх виду. Таким чином, будь-які фактичні дані, отримані поза кримінальним процесом, у тому числі й у ході оперативно-розшукової діяльності, підлягають кримінально-процесуальному дослідженню в процесі кримінально-процесуального доказування відповідно до вимог КПК і лише після цього та за рішенням особи, у

провадженні якої перебуває кримінальна справа, можуть набути статусу доказів у кримінальній справі.

На різну правову природу фактичних даних, отриманих у ході оперативно-розшукової діяльності, і процесуальних доказів вказує й Д. І. Бедняков [57, с. 109-127].

Результати аналізу норм чинного КПК України, що регулюють питання отримання всіх видів доказів у кримінальному процесі, передбачених ч. 2 ст. 65, дають підстави для висновку, що частини 1, 2 і 3 ст. 66 КПК України суперечать як одна одній, так і ст. 65 КПК України, яка дає визначення поняття доказів у кримінальній справі, а також іншим статтям КПК України, що регламентують порядок їх отримання. Варто зауважити, що зазначені норми права не повною мірою відповідають законам гносеології і логіки.

Виходячи із зазначеного, для вирішення проблеми використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, важливим є визначення змісту джерела фактичних даних та джерела доказів, а також їх співвідношення, що дасть змогу відповісти на питання, чи можуть бути джерелами доказів матеріали оперативно-розшукової діяльності і яку роль у формування таких джерел вони можуть відігравати.

В українській мові джерело тлумачиться як те, що дає початок чому-небудь, звідки щось виходить [54, с. 218]. Етимологічне тлумачення значення джерела поділяють і науковці-процесуалісти, проте аналіз вищенаведених підходів до його визначення дає підстави для висновку, що зміст джерела розуміється ними по-різному. Під джерелами доказів розуміють: а) свідків, потерпілих, підозрюваних, обвинувачених, експертів, документи, місце виявлення й вилучення речових доказів [37, с. 118-120]; б) осіб, які дають показання (свідків, потерпілих, підозрюваних, обвинувачених, експертів); слідчих і понятих, що склали протокол слідчої

дії; авторів документа; носіїв речових доказів (слідчий і поняті, а також громадяни, які надали предмет) [58, с. 213; 41, с. 100-114; 59, с. 190]; а також суд [60, с. 114]; в) показання свідка, показання потерпілого, показання підозрюваного, обвинуваченого, висновок експерта, речові докази, протоколи слідчих і судових дій та інші документи, перелічені в ч. 2 ст. 65 КПК України [61, с. 38-39; 62, с. 83; 63, с. 9; 64, с. 155-182]; г) предмети матеріального світу, які мають певні властивості, якості, ознаки, що можуть використовуватися для встановлення обставин, значущих для справи; людей, у свідомості яких зафіксовані ці обставини [39, с. 115; 65, с. 52; 66, с. 9; 67, с. 189-190]; г) процесуальну форму, за допомогою якої фактичні дані, що визнаються доказами, застосовуються у сфері процесуального доказування, а також носії фактичної інформації [4, с. 133]; д) для протоколів слідчих і судових дій джерелом доказів визнається процесуальна діяльність посадових осіб, які ведуть кримінальний процес, а для інших документів-доказів — як процесуальна діяльність органу дізнання, слідчого та суду, так і інша діяльність, що лежить поза межами кримінального судочинства [68, с. 21]; е) для речового доказу як "першоджерело" визначається місце його виявлення [37, с. 119]; е) джерелом речових доказів і документів визнається сама подія злочину [62, с. 140].

На думку В. Я. Дорохова, показання свідка, потерпілого, обвинуваченого, висновок експерта, протоколи слідчих і судових дій та інші документи є джерелами фактичних даних, а джерелом фактичних даних щодо речового доказу є протокол огляду предмета разом із самим предметом. Джерела фактичних даних вчений вважає одним із необхідних елементів доказу, водночас, на його думку, джерело доказу, впливаючи на зміст доказу і визначаючи його суб'єктивну форму, не входить до поняття доказу. В. Я. Дорохов пише: "Джерелом таких доказів, як фактичні дані, що містяться в показаннях свідка, потерпілого, підозрюваного,

обвинуваченого і висновку експерта, є особи, які дають показання та висновок... Носіями речового доказу будуть слідчий і поняті, а також громадяни, які надали предмет. Без вказівки на осіб, які виявили предмет і описали його властивості, залучений до справи предмет втрачає значення доказу" [41, с. 213].

У цьому контексті Л. Д. Кокорев та М. П. Кузнєцов зазначають, що "джерело доказів — це носій інформації, якому наданий відповідний процесуальний статус: очевидець злочину, викликаний на допит, стає свідком; особа, якій злочином завдана шкода, визнається потерпілим, предмет, виявлений при провадженні слідчих дій, вилучається і т. п. Після отримання від цих джерел необхідних відомостей та їх процесуального закріплення в справі з'являються джерела фактичних даних: показання свідків, показання потерпілих, речові докази тощо. А відповідні особи та предмети стають повноцінними джерелами доказів" [39, с. 116].

Зазначені в ч. 2 ст. 65 КПК показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, висновок експерта та ін. у теорії кримінального процесу визначаються і як процесуальна форма доказів [44, с. 136; 69, с. 75-85], і як види доказів (засоби доказування) [70, с. 147-156].

Визнаючи засобами доказування лише докази, В. Я. Дорохов показання свідка, потерпілого, обвинуваченого та ін. (вказане в ч. 2 ст. 65 КПК України. –М. П.) вважає не видами доказів, а джерелами фактичних даних [3, с. 213].

С. А. Шейфер з цього приводу слушно зазначає, що джерело — це те, що дає початок чому-небудь, звідки виходить що-небудь. При цьому автор переконливо доводить, що для того щоб виконувати функцію джерела доказів, показання, висновки, протоколи й речові докази повинні існувати до початку доказування, однак насправді виходить саме навпаки: вказані докази виникають як підсумок збирання доказів, вони створюються слідчим шляхом перетворення отриманих відомостей на форму, яка

забезпечує їх надійне збереження й подальше використання [71, с. 28]. Отже, на нашу думку, правознавець цілком вірно звернув увагу на протиріччя, що існує між гносеологічною і правовою природою при визначенні поняття джерела доказу, проте не дав йому пояснення. Водночас заслуговують критичної оцінки погляди вченого щодо порядку отримання доказів.

На нашу думку, основною причиною різних поглядів на сутність джерела фактичних даних є те, що окремі науковці й практики ототожнюють такі поняття, як "джерело доказу" й "джерело фактичних даних" (інформації, відомостей про факти) [62, с. 140; 72, с. 29], які є близькими між собою за гносеологічною сутністю, проте різними за правовою природою, або дають їм необґрунтовані визначення [39, с. 114-115].

Як вже нами зазначалося, злочинна подія як прояв об'єктивної дійсності взаємодіє з навколишнім середовищем, викликаючи як різноманітні зміни матеріальних об'єктів та зв'язків між ними, так і образи у психіці людей, які сприймали цю подію. Наслідком цієї події є утворення слідів на матеріальних об'єктах речового походження і тих, що утворилися у психіці людей (слідів-образів), які, як їх образно назвав Р. С. Белкін, є "сховищами" інформації про злочин [73, с. 16-28]. З цієї позиції джерела процесуальних доказів є "сховища", що акумулюють цю інформацію.

У слідах події злочину відображаються ознаки особи, що його вчинила, а також тих предметів, які нею були застосовані під час вчинення злочину, ознаки самої події злочину.

Таким чином, безпосереднім джерелом слідів злочину в загальному розумінні є суспільно небезпечний вплив особи, що вчинила злочин, поведінка якої проявляється у формі дії або бездіяльності, на об'єктивну дійсність, взаємодія предметів і станів, тобто сама подія злочину.

Оскільки пізнання події злочину в кримінальному процесі має ретроспективний характер і подію злочину можна пізнавати лише за її слідами, то сліди, що утворилися в результаті події злочину, також є джерелами інформації (джерелом фактичних даних). У широкому розумінні джерелами інформації (фактичних даних) є як сама подія злочину — для її учасників та осіб, які її спостерігали, так і сліди, що утворилися в результаті його вчинення. Подія злочину, як і її сліди, є категорією об'єктивною. Вони можуть бути пізнані за допомогою будь-яких джерел інформації, причому кількість та види таких джерел залежать від конкретних обставин вчиненого чи такого, що готується, злочину. Тому перед органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність та кримінальний процес, у ході виконання їх повноважень постає завдання відшукування джерел інформації (фактичних даних), які за певних умов можуть стати джерелами відповідних доказів.

Поняття "джерело інформації" тісно пов'язане із поняттям "носій інформації". Нами поняття "джерело інформації" і "джерело фактичних даних" розглядаються як умовно тотожні, оскільки між ними є певна різниця. Джерело інформації є категорією, що має характер як вірогідності, якщо вона відбиває вірогідні знання про об'єкт пізнання, так і ймовірності, якщо такі знання є ймовірними (наприклад, на підставі чуток, брехні тощо). Джерело фактичних даних відбиває знання про факти як об'єктивну категорію. Тому ці знання презумуються вірогідними. Самі категорії "джерело інформації" і "джерело фактичних даних" є суб'єктивними, оскільки такими джерелами є або самі суб'єкти, або інформація (дані), що від них сприймається уповноваженими суб'єктами кримінального процесу, або те й інше.

Під носієм у загальному значенні суті цього слова слід розуміти те, що може бути засобом відображення, фіксації, виразником чого-небудь [54, с. 626]. На нашу думку, оскільки у джерелах інформації відображені

(містяться) відомості про факти (фактичні дані), то вони є і її носіями. Носіями інформації є особи, яким відомі ці дані, будь-які матеріальні об'єкти речового походження, що містять таку інформацію. Це, з нашого погляду, первинні носії інформації. Якщо в ході оперативно-розшукової діяльності відповідні посадові особи в процесі пізнання обставин злочину, отримуючи інформацію з носіїв-першоджерел, переносять її у встановленому порядку на інші визначені законодавством чи нормативно-правовими актами носії інформації (документи, кіно-, фото-, аудіоплівки тощо), то ці носії інформації також стають її джерелами. За певних умов, залежно від обставин справи, вони можуть стати джерелами таких доказів як документ, речовий доказ, протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими особами за результатами оперативно-розшукових заходів. Носії інформації є також засобами її передачі.

Окремі науковці вважають, що носіями фактичних даних, які містяться в показаннях свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, є слова, речення, складні мовні конструкції [68, с. 21].

На нашу думку, в широкому розумінні носіїв фактичних даних така точка зору також є правильною. І слова, і речення, і складні мовні конструкції поряд із протоколами їх допитів та інших слідчих дій, а також кіно-, фото-, аудіо-плівками є носіями цих фактичних даних. Підтвердженням цього є те, що людина мислить поняттями, судженнями, умовиводами й доказами. Слово — матеріальний носій поняття, мовний засіб закріплення думки, її зберігання, а також передачі іншим людям. Якщо матеріальною оболонкою поняття служить слово (або словосполучення), то матеріальною формою існування, носієм суджень виступає речення (або поєднання речень). Умовивід завжди є зв'язком декількох (двох і більше) речень. Мовною формою вираження доказу є більш-менш складні мовні конструкції, що складаються із сукупності

речень, певним чином пов'язаних між собою в ланцюг умовиводів [74, с. 44, 241].

У гносеологічному розумінні джерелом інформації (фактичних даних) є також і працівник підрозділу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, причому як першоджерелом, коли він сприймав інформацію безпосередньо під час події злочину, будучи впровадженим у злочинну групу чи здійснюючи оперативне документування, так і похідним джерелом, якщо він отримав інформацію з оперативних джерел. Похідним джерелом інформації (фактичних даних) є працівник органу дізнання, слідчий, поняті, судді, оскільки вони сприймають інформацію як із першоджерел — слідів злочину, так і з тих джерел, які самі є похідними. Наприклад, у результаті сприйняття інформації слідчим чи судом при допиті оперативного працівника, якому стали відомі обставини злочину від його оперативних джерел, чи при допиті свідка, який отримав інформацію від осіб, які були очевидцями злочину, тощо, слідчий і суд стають похідними джерелами інформації.

Джерело інформації (фактичних даних) може стати джерелом доказу лише в разі залучення його до кримінального процесу у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку, отримання від нього закріплених у відповідній процесуальній формі фактичних даних, що входять до предмета доказування у кримінальній справі, та визнання їх доказами відповідною уповноваженою особою. Так, наприклад, показання свідка як джерело доказів можуть виникнути в кримінальному процесі лише за умови, що особа, якій відомі певні обставини злочину, допитана як свідок відповідно до вимог КПК (статті 68–71, 166–170, 292–293, 303–307). В окремих випадках такою особою може бути і оперативний працівник, і слідчий, і навіть суддя. У практиці не поодинокими є випадки, коли особи, що ведуть кримінальний процес, допитуються з приводу отримання ними тих чи інших доказів у кримінальній справі, яка була в їх провадженні.

Об'єкт речового походження як джерело фактичних даних (інформації) може стати джерелом речового доказу лише в разі, якщо предмети, які були знаряддям вчинення злочину, зберегли на собі сліди злочину або були об'єктом злочинних дій, або є грошима, цінностями чи іншими речами, нажитими злочинним шляхом, або предметами, що можуть бути засобами розкриття злочину і виявлення винних або спростування обвинувачення чи пом'якшення відповідальності (ст. 78 КПК). Крім того, об'єкт речового походження як джерело фактичних даних може стати джерелом речового доказу лише після його огляду, докладного опису і приєднання до справи постановою слідчого чи ухвалою суду (ст. 79 КПК України).

Враховуючи зазначене, речовим доказом стає не сам об'єкт речового походження (предмет, речовина тощо), а їх стан, властивості, які виражені в певній формі й пов'язані з обставинами злочину об'єктивними зв'язками, що дозволяє їх виявити процесуальними засобами й відбити у протоколі огляду.

Об'єкт речового походження як джерело фактичних даних може стати також і джерелом такого доказу, як документ, якщо в ньому викладені або засвідчені обставини, які мають значення для справи, за умови, що він не має властивостей речового доказу (ст. 83 КПК). Доки фактичні дані не отримані з будь-яких джерел інформації, не закріплені у визначеній законом процесуальній формі й не визнані доказами уповноваженою особою (органом дізнання, слідчим чи судом), доти доказів ще немає, а тому й немає і їх джерел. Отже, джерело фактичних даних і джерело доказів — це категорії, що мають гносеологічну єдність, проте різну правову природу.

Виходячи з аналізу норм доказового права, можемо зробити висновок, що докази — це суб'єктивна правова категорія. У частині 2 ст. 67 КПК вказано, що ніякі докази для суду, прокурора, слідчого й особи, яка

проводить дізнання, не мають наперед встановленої сили. Отже, слідчий вправі не визнавати доказами ті, які визнані такими органом дізнання чи іншим слідчим, у провадженні якого перебувала кримінальна справа, або суд вправі не визнавати доказами ті, які визнані такими органом дізнання, слідчим та прокурором. Таким чином, якщо немає доказів, то немає і їх джерел, хоча при цьому можуть бути і фактичні дані, і особа, яка була допитана як свідок, і матеріальний об'єкт речового походження (джерела фактичних даних).

На підставі зробленого аналізу нам здається необґрунтованою ані з гносеологічної, ані з правової точки зору думка тих правників, які вважають, що джерелом таких доказів, як протокол слідчої дії і речові докази, є орган дізнання, слідчий, суд, поняті, громадяни, які надали предмет [58, с. 213; 41, с. 100-114; 59, с. 190; 60, с. 114].

По-перше, вичерпний перелік джерел доказів визначений у ч. 2 ст. 65 КПК України, де не вказані ані особи, які ведуть кримінальний процес (орган дізнання, слідчий, суд), ані громадяни, які надали предмет, ані поняті. У разі залучення таких осіб до кримінального процесу і отримання від них певної інформації як від джерел доказів, такі особи будуть мати статус свідків. І джерелами доказів у процесуальному розумінні у цьому випадку є показання свідків, а не орган дізнання, слідчий, суд, поняті, громадяни, які надали предмет.

По-друге, якщо йти за цією, на наш погляд, недостатньо обґрунтованою точкою зору, що слідчий чи суддя є джерелом доказу, то, як слушно зауважує М. М. Михеєнко, виходить, що слідчий при обґрунтуванні висновків і рішень у справі не може оперувати даними, які є в протоколах цих слідчих дій, а повинен посилатись безпосередньо на самого себе [30, с. 114]. Цілком очевидно, що з цих позицій така точка зору вступає в протиріччя з логікою кримінально-процесуального закону й не відповідає інтересам судово-слідчої практики.

По-третє, і слідчий, і суд є суб'єктами, на яких законом відповідно до їх правового статусу покладається обов'язок доказування обставин злочину в кримінальній справі, а не виконання ролі засобів доказування чи їх окремих елементів, хоча у виняткових випадках вони можуть бути такими, проте їх статус у кримінальному процесі при цьому, як вже вище зазначалося, змінюється. З правової і з гносеологічної точки зору ці суб'єкти мають однакове відношення до всіх засобів пізнання й доказування у кримінальній справі. Тому, якщо йти за цією помилковою логікою, то слідчий і суд повинні бути джерелами не лише таких доказів, як документ чи речовий доказ, а й інших доказів, оскільки у гносеологічному аспекті немає суттєвої різниці у пізнанні обставин злочину між такими засобами, як речові докази, документи й показання свідка, показання потерпілого, показання обвинуваченого, висновок експерта тощо. При цьому слід зауважити, що обставини злочину пізнаються особою, яка веде кримінальний процес, у будь-якому випадку опосередковано через джерела фактичних даних, які лише за певних умов можуть бути визнані цією особою доказами у кримінальній справі.

По-четверте, виходячи з визначення доказів як єдності фактичних даних та їх джерел, яке поділяється цими ж науковцями [58, с. 212; 58, с. 61; 8, с. 27; 60, с. 112], у разі визнання джерелами фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, слідчого та судді, ці особи згідно з вимогами статей 54 і 56 КПК України підлягають відводу відповідно від участі у розслідуванні чи у судовому розгляді кримінальної справи у зв'язку з необхідністю їх допиту як свідків та участі у виконанні інших слідчих дій, у яких може брати участь свідок (очна ставка, пред'явлення особи для впізнання, відтворення обстановки й обставин події тощо), що по суті зводить кримінальний процес нанівець.

З цих причин не можуть бути джерелами будь-якого виду доказів і поняті, оскільки їх призначення полягає в засвідченні факту виконання

слідчої дії, а також її змісту, ходу та результату. Тому, в разі необхідності, понятий може бути допитаний як свідок. Джерелом доказу у цьому випадку буде не сам понятий як носій певної інформації (фактичних даних), а його показання як свідка за умови визнання їх такими особою, у провадженні якої перебуває кримінальна справа.

Не можна визнати джерелами доказів свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, оскільки джерелами доказів є не самі вони як фізичні особи, а їх показання. Ці особи надають не власне докази, а повідомляють лише фактичні дані (інформацію, відомості про певні обставини злочину). Доказами ж ці фактичні дані можуть стати лише після того, як будуть належним чином оформлені, тобто набудуть відповідної процесуальної форми, й визнані такими органом дізнання, слідчим, прокурором та судом. Тому цілком обґрунтовано в ч. 2 ст. 65 КПК України зазначається, що фактичні дані встановлюються показаннями свідків, показаннями потерпілого, показаннями обвинуваченого, а не свідком, потерпілим, обвинуваченим, а тим більше — слідчим, судом, понятими. Таке визначення цієї норми відповідає гносеологічним і правовим засадам доказового права.

На думку окремих вчених, наявність у ч. 2 ст. 65 КПК серед переліку джерел доказів "речових доказів" є логічною помилкою законодавця, що в латині звучить як "idem per idem" — "те саме, за допомогою того самого". Через це, з їх погляду, не можуть бути речові докази джерелами доказів. Джерелами речового доказу, на їх думку, є сама подія злочину [62, с. 140; 68, с. 21]. Висловлюється думка, що джерелом протоколів слідчих і судових дій є процесуальна діяльність посадових осіб, які ведуть кримінальний процес, а джерелами інших доказів-документів — як процесуальна діяльність органу дізнання, слідчого та суду, так і інша діяльність, що лежить поза межами кримінального судочинства [68, с. 21].

Такий необґрунтований, на наш погляд, висновок зроблений зазначеними науковцями через неправильне розуміння гносеологічної природи цих доказів, через помилкове ототожнення джерела доказів і джерела фактичних даних (інформації), які, хоча й мають гносеологічну єдність, проте за своєю правовою природою є різними категоріями, а також через неправильне розуміння самих доказів як єдності фактичних даних та їх джерел.

У широкому розумінні джерелом будь-якого доказу є сама подія злочину. Проте для кримінального процесу має значення конкретизація кожного джерела доказів для всебічного дослідження обставин злочину.

Джерелами таких доказів, як протоколи слідчих і судових дій та інші документи, виходячи з поняття доказів як єдності фактичних даних та їх джерел, на нашу думку, є відповідно самі протоколи й документи. При визначенні протоколів слідчих і судових дій як доказів слід звернути увагу на те, що відповідно до п. 20 ст. 32 КПК України протокол — це документ про проведення слідчих і судових дій, про їх зміст і наслідки. Однією з умов визнання їх доказами є підтвердження в них обставин і фактів, що мають значення для справи (ст. 83 КПК). Дотримання процесуальної форми при складанні протоколів слідчих і судових дій є однією з умов визнання їх доказами, проте сама процесуальна діяльність є не джерелом доказів, а лише засобом отримання фактичних даних, викладених у цих протоколах, що можуть стати доказами у кримінальній справі в разі відповідності їх вимогам, які ставляться до доказів у кримінальному процесі. Джерелами таких доказів, як речові докази, є самі речові докази (об'єкти речового походження), а джерелами фактичних даних, які можуть бути використані як докази, є предмети, які були знаряддям вчиненого злочину, зберегли на собі сліди злочину або були об'єктом злочинних діянь, гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом, і всі інші предмети, які можуть бути засобами для розкриття злочину і виявлення

винних або для спростування обвинувачення чи пом'якшення відповідальності (ст. 78 КПК).

Джерелами доказів протоколів з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, є самі протоколи цих заходів та їх додатки.

Отже, дискусійність такої складної і проблемної категорії, як докази, на наш погляд, багато в чому пояснюється тим, що деякі науковці та практики намагаються окремі складові елементи (фактичні дані та їх джерела), які лише у своїй єдності утворюють поняття "доказ", розірвати і надати їм самостійного значення, що не відповідає гносеологічній і правовій природі цієї правової категорії.

Штучне відокремлення фактичних даних, які є змістом доказів, від їх процесуальних джерел призводить до того, що окремі правники доходять, на нашу думку, помилкового висновку, що закріплений у КПК України перелік джерел доказів не є вичерпним [68, с. 24] і що вичерпний перелік доказів необхідно скасувати [15, с. 79-89]. Така точка зору не відповідає не лише науково обґрунтованому поняттю доказів у кримінальному процесі як єдності фактичних даних та їх джерел, а й судовій практиці [75, с. 325, 327; 76, с. 305; 77, с. 330, 372-382]. Так, наприклад, у п. 16 постанови Пленуму Верховного Суду України від 29 червня 1990 р. № 5 (з подальшими змінами та доповненнями) "Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку" зазначається: "Суду належить дати аналіз усіх зібраних у справі доказів, тобто всіх фактичних даних, які впливають з показань свідків, потерпілих, підсудних, висновку експерта чи з інших джерел доказів і які стверджують чи спростовують обвинувачення, не обмежуючись лише зазначенням прізвища свідка, потерпілого або назви проведеної експертизи тощо" [78, с. 377], а в п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України

від 27 грудня 1985 р. № 11 (з подальшими змінами та доповненнями) "Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ", вказується: "Перелік джерел доказів, зазначених у ч. 2 ст. 65 КПК України, є вичерпним. Посилання суду у вирокі або ухвалі (постанові судді) на дані, одержані з інших джерел, є неприпустимими, оскільки вони не мають доказової сили" [77, с. 330].

Таким чином, джерелами доказів у кримінальній справі є передбачені ч. 2 ст. 65 КПК України показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, висновки експерта, речові докази, протоколи слідчих і судових дій, протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, та інші документи, якими встановлюються фактичні дані про злочин та обставини його вчинення. Виходячи з того, що доказ є єдністю фактичних даних та їх джерел, у разі визнання їх таким уповноваженою особою джерела доказів набувають значення також і носіїв доказів, і процесуальної форми доказів, і видів доказів.

При використанні матеріалів оперативно-розшукової діяльності для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, слід виходити з того, що будь-яка кримінальна справа може бути всебічно, повно й об'єктивно досліджена лише в разі залучення всіх отриманих доказів, що дозволяють встановити обставини, які входять до предмета доказування (ст. 64 КПК України), з яким тісно пов'язана така властивість доказів, як їх належність [79; 64, с. 131-139], тобто така внутрішньо властива їм якість, внаслідок якої ці докази здатні встановити обставини, що необхідні для повного і правильного вирішення даної справи. Вимога належності охоплює не весь доказ у цілому, а лише його змістовну частину — фактичні дані.

Сукупність вимог, що ставляться законом до процесу отримання доказів, становить інститут процесуальної допустимості, який полягає в тому, що належні до справи фактичні дані повинні бути одержані із встановленого законом джерела, уповноваженим на це суб'єктом кримінального процесу (органом дізнання, слідчим чи судом) і закріплені у спосіб, вказаний у кримінально-процесуальному законі.

Проведений нами системно-логічний аналіз висловлених точок зору на поняття доказу в кримінальному процесі дає підстави для висновку, що найбільш обґрунтованою та такою, що відповідає його гносеологічній та правовій природі, є концепція судового доказу як єдності фактичних даних та їх процесуальних джерел, проте вона потребує певних уточнень.

Для всебічного дослідження доказу у кримінальному процесі як єдності фактичних даних та їх процесуальних джерел, що має значення для вирішення питання про використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, як окремий елемент цієї єдності слід виділяти також і його процесуальну форму. У цьому є сенс, оскільки, навіть тоді, коли є, наприклад, сукупність фактичних даних, що вказують на наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, та їх процесуальних джерел (показання свідка, показання потерпілого, показання обвинуваченого тощо), такі фактичні дані можуть бути не визнані доказами, якщо грубо порушена процесуальна форма їх отримання чи джерело фактичних даних не відповідає вимогам, які ставляться до джерел доказів.

Процесуальна форма доказування в широкому розумінні визначається як система встановлених законом правил, відповідно до яких здійснюється доказування на всіх стадіях кримінального процесу. Вона охоплює: принципи кримінального судочинства тією мірою, в якій вони відбиті в доказовому праві й діяльності по доказуванню; поняття й інститути доказового права, побудовані відповідно до цих принципів (предмет

доказування, поняття доказу, засоби доказування); особливості інститутів доказового права на окремих стадіях процесу й у деяких категоріях кримінальних справ; коло органів і осіб, що беруть участь у доказуванні, їхні права й обов'язки [58, с. 324-327; 80].

У вузькому розумінні процесуальна форма конкретного доказу у кримінальному процесі — це встановлений порядок його отримання й закріплення у відповідному процесуальному документі, що забезпечує можливість перевірки процесу його отримання й робить його таким, що є належним і допустимим. Процесуальна форма кожного доказу має своє відображення у відповідному процесуальному документі, наприклад, протоколі допиту свідка, висновку експерта тощо. Саме відсутність процесуальної форми для такого виду доказів, як протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, на практиці призводить до того, що вони майже не використовуються у правозастосовному процесі, у зв'язку з чим виникає необхідність або розроблення відповідної процесуальної форми для цих протоколів, або виключення їх як самостійного виду доказів із кримінально-процесуального закону.

На наш погляд, немає достатніх підстав стверджувати, що процесуальна форма цих фактичних даних вказана лише у ч. 2 ст. 65 КПК України, та робити висновок, що ч. 1 ст. 65 КПК, у якій ідеться про фактичні дані, і ч. 2 ст. 65 КПК, де вказані джерела фактичних даних, що визнаються доказами у кримінальній справі, співвідносяться між собою як зміст та форма. Аналіз ч. 2 ст. 65 КПК дає підстави вважати, що в ній ідеться про джерела фактичних даних, які можуть бути джерелами доказів лише в разі визнання уповноваженою особою доказами фактичних даних, що в них містяться. На необхідність дотримання процесуальної форми при отриманні доказів у кримінальній справі вказується у ч. 1 ст. 65 КПК України, де зазначається, що "доказами є всякі фактичні дані, на підставі

яких у визначеному законом порядку (процесуальній формі. — М. П.)..." 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.

Загальні вимоги до процесуальної форми, наприклад, до протоколів допитів свідка, потерпілого, обвинуваченого, протоколів слідчих та судових дій встановлені як у статтях 84–852 КПК України, так і в окремих статтях, які регламентують проведення відповідних слідчих дій для отримання цих видів доказів у кримінальній справі.

Процесуальною формою фактичних даних, які визнаються доказами у кримінальній справі, на наш погляд, є, наприклад, не показання свідка, обвинуваченого та ін. (ч. 2 ст. 65 КПК України), а протоколи їх допиту, якими засвідчені ці показання. Самі ці показання, виходячи з концепції єдності фактичних даних і їх джерел, у разі визнання їх доказами у кримінальній справі є джерелом доказів, видом доказів і засобом доказування. Але вони не можуть бути носієм та засобом передачі інформації (доказів), якими є протоколи допиту свідка.

Ті ж самі фактичні дані можуть бути отримані з різних процесуальних та оперативно-розшукових джерел (наприклад, із показань свідків, показань потерпілого, протоколів та їх додатків, складених уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів) і мати при цьому різну процесуальну форму, характерну для відповідного виду доказів. Зміст фактичних даних обумовлює зміст доказів, а отже, й їх процесуальну форму, наприклад, протокол допиту свідка, потерпілого, протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, тощо.

Саме ці три елемента: фактичні дані, їх джерела та процесуальна форма, маючи взаємовпливовий та взаємозалежний зв'язок, у своїй єдності

становлять поняття як процесуального доказу загалом, так і доказу у кримінальній справі зокрема. Відсутність будь-якого із зазначених елементів, наприклад, грубе порушення процесуальної форми отримання відповідного доказу чи відсутність фактичних даних, які можуть бути визнані доказами, або їх джерела, робить доказ таким, що втрачає свою сутність.

На нерозривну єдність цих елементів доказу, на наш погляд, вказується у ст. 65 КПК України у такий спосіб: "всякі фактичні дані" — зміст доказу; — "на підставі яких у визначеному законом порядку" — процесуальна форма доказу; "ці дані встановлюються: показаннями свідка, показаннями потерпілого, показаннями підозрюваного, показаннями обвинуваченого, висновком експерта, речовими доказами, протоколами слідчих і судових дій, протоколами з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів та іншими доказами" — джерела доказів.

Проте єдність фактичних даних, їх процесуальних джерел та процесуальної форми сама по собі ще не є доказом. Будучи категорією суб'єктивною, вона може ним стати лише тоді, коли буде визнана таким владним суб'єктом доказування (органом дізнання, слідчим, прокурором чи судом), на що також вказується у ст. 65 КПК України у такий спосіб: "орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи".

Виходячи з розуміння доказів як єдності фактичних даних та їх джерел, отриманих у відповідній процесуальній формі, можемо зробити висновок, що визначені у ч. 2 ст. 65 КПК показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, висновок експерта, речові докази, протоколи слідчих і судових дій, протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами оперативно-

розшукових заходів, та інші документи є одночасно і джерелами доказів, і видами доказів, і засобами доказування, але лише за умови, що в них містяться фактичні дані, отримані у встановленій для кожного виду доказів процесуальній формі, і що ця єдність визнана доказом уповноваженою особою.

Враховуючи викладене, вважаємо, що доказами у 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 та інші обставини, які мають значення для правильного вирішення справи, що встановлюються із передбачених законом джерел та визнаються такими зазначеними особами за їх внутрішнім переконанням, заснованим на всебічному і повному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності.

Для усунення у теорії та практиці розбіжностей у розумінні доказів, що використовуються на досудових та у судових стадіях кримінального процесу, а також приведення цього поняття у відповідність з ч. 1 ст. 62 Конституції України, яка визначила, що вина особи може бути встановлена лише вироком суду, вважаємо доцільним виключити із чинної редакції ч. 1 ст. 65 КПК України слова "винність особи, яка вчинила це діяння", оскільки чинна редакція цієї норми допускає встановлення вини особи не лише судом, а й органом дізнання та слідчим, що не відповідає Конституції України.

З урахуванням вищезазначеного пропонуємо у ст. 65 КПК України та у відповідній нормі нового проекту КПК України поняття доказів викласти у такій редакції:

"Доказами у 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 та інші обставини, які мають значення для правильного вирішення справи.

Ці дані встановлюються показаннями свідка, показаннями потерпілого, показаннями підозрюваного, обвинуваченого, висновком експерта, речовими доказами, протоколами слідчих і судових дій, протоколами з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, та іншими документами".

У теорії і практиці вживаються такі терміни, як "процесуальні докази", "докази у кримінальній справі" і "судові докази". Таке розмаїття понять спричиняє певні труднощі у правозастосовній діяльності, у тому числі й при використанні матеріалів оперативно-розшукової діяльності для отримання доказів у кримінальному процесі.

На наш погляд "процесуальні докази", "докази у кримінальній справі" і "судові докази" — не рівнозначні поняття. Вони співвідносяться між собою як рід і вид. "Процесуальними доказами" є всякі докази, які використовуються на будь-яких стадіях кримінального процесу: порушення провадження кримінальної справи, досудового розслідування, порушення державного обвинувачення, попереднього розгляду справи суддею, судового розгляду кримінальної справи, апеляційного провадження, касаційного провадження, перегляду кримінальних справ у порядку виключного провадження. "Доказами у кримінальній справі" є лише ті, якими оперують після порушення провадження кримінальної справи. Термін "судові докази" правомірно вживати лише на судових стадіях процесу.

В теорії і практиці кримінального процесу та оперативно-розшуковій діяльності нерідко поряд з терміном "докази" вживається термін "доказова інформація", причому вживаються ці терміни і як тотожні, і як поняття із самостійним значенням, що впливає на використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі. У зв'язку з цим виникає необхідність визначення їх співвідношення.

На нашу думку, докази і доказова інформація є самостійними поняттями, які мають єдину гносеологічну природу, проте різний правовий статус. Доказова інформація — це та інформація (фактичні дані), яка, хоча й отримана з відповідних джерел, проте ще не набула статусу доказів у кримінальному процесі. Доказовою інформацією є матеріали оперативно-розшукової діяльності, що можуть бути використані для отримання фактичних даних як доказів у кримінальному процесі. Доказова інформація має велике значення для кримінального процесу, оскільки вона за певних умов може бути використана як для отримання певних доказів, так і для прийняття окремих процесуальних рішень у кримінальному процесі. З цього питання нам здається цілком переконливим висновок І. М. Лузгіна, що субстанцію судового доказу справді утворює інформація. Однак для визначення поняття доказу в кримінальному процесі поняття сигналу інформації не може бути використане, бо воно характеризує спосіб передачі інформації, її переміщення в часі й просторі, але не розкриває правової природи судового доказу [81, с. 53]. Як слушно зазначав М. М. Михеєнко, використання окремих положень теорії інформації для розкриття сутності кримінально-процесуального доказу може бути плідним лише тоді, коли при цьому не забувається юридична природа зазначених доказів [82, с. 299; 30, с. 112], що має методологічне значення для використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі.

Наукове поняття процесуального доказу створює основу для визначення співвідношення його з матеріалами оперативно-розшукової діяльності, які, як і докази у кримінальному процесі, також містять фактичні дані та їх джерела, що викликає необхідність установити природу останніх з метою визначення оптимальних шляхів їх використання для отримання окремих видів доказів у кримінальному процесі.

Матеріали оперативно-розшукової діяльності і процесуальні докази мають єдину гносеологічну природу. За своїм змістом матеріали оперативно-розшукової діяльності подібні до процесуальних доказів. Як ті, так і інші містять фактичні дані (відомості про факти злочинів, осіб, що їх вчинили, відомості про джерела цих фактичних даних та інші обставини, що становлять предмет доказування у кримінальній справі). Матеріали оперативно-розшукової діяльності, що містять фактичні дані, відрізняються від доказів у кримінальному процесі за своєю формою й джерелами фактичних даних. Умови надходження фактичних даних до кримінального процесу з відповідних джерел, які в результаті кримінально-процесуальної діяльності стають джерелами процесуальних доказів, істотно відрізняються від тих, що використовуються в оперативно-розшуковій діяльності. Так, відповідно до ст. 65 КПК України фактичні дані, що є інформаційною основою доказів, повинні отримуватися лише в установленому законом порядку і з названих законом джерел. При цьому вислів "у встановленому законом порядку" означає, що дії, допустимі для отримання доказів, порядок і умови їх проведення чітко регулюються КПК України. Порушення такого порядку може призвести до того, що процесуальні докази втратять свою сутність, будучи не визнаними такими уповноваженими особами. Виходячи з цього, процесуальні докази й матеріали оперативно-розшукової діяльності мають різний рівень посвідченості фактичних даних, що в них міститься, у силу різної правової форми матеріалів оперативно-розшукової діяльності і процесуальних доказів.

Відомості, що містяться у процесуальних доказах, призначені, як відомо, для всіх заінтересованих у результаті справи осіб і для суспільства в цілому. Матеріали оперативно-розшукової діяльності, також будучи "знанням не лише для себе", спочатку адресовані в основному суб'єктам,

які уособлюють у кримінальному процесі функцію обвинувачення, що дозволяє зробити висновок про менш високий ступінь їх посвідченості.

Сказане не означає, що матеріали оперативно-розшукової діяльності, на відміну від процесуальних доказів, не повинні бути вірогідними. Матеріали оперативно-розшукової діяльності теж мають містити повноцінне й вірогідне знання, але тимчасово призначене лише для вузького кола осіб. При цьому особливий правовий статус матеріалів оперативно-розшукової діяльності забезпечується їхньою особливою формою, кваліфіковано дешифрувати яку може, як правило, лише фахівець у галузі оперативно-розшукової діяльності, яким у сучасному кримінальному процесі повинен бути і слідчий. Наявність у матеріалах оперативно-розшукової діяльності такої форми об'єктивно обумовлена необхідністю найшвидшого виявлення відомостей про злочин, що готується або вчинений, і надійного їх збереження в інтересах досудового слідства та суду. Остання з названих обставин забезпечує можливість подальшого фізичного контакту слідчого чи суду зі "слідами злочину" з метою їх пізнання, що не завжди буває можливим при проведенні лише слідчих чи судових дій через обмеженість їх пошукових засобів.

Важливим критерієм для розмежування матеріалів оперативно-розшукової діяльності і доказів є те, що перші можуть бути отримані в тому числі й у ході превентивної діяльності оперативно-розшукових підрозділів (у момент підготовки чи вчинення злочину), а для других характерне лише їх ретроспективне пізнання, що здійснюється переважно у формі кримінально-процесуального доказування.

Якщо процесуальні докази можуть бути отримані переважно лише при проведенні слідчих і судових дій, що здійснюється у чітко визначеній процесуальній формі, то в оперативно-розшуковій діяльності не встановлена докладна регламентація умов надходження фактичних даних до оперативно-розшукової справи. Тому в разі залучення матеріалів

оперативно-розшукової діяльності до кримінальної справи, особи, які ведуть кримінальний процес, а також інші учасники процесу не завжди мають можливість їх процесуальної перевірки, а отже, й гарантії вірогідності отриманих на їх підставі доказів.

Фактичні дані, отримані в ході оперативно-розшукової діяльності, можуть стати процесуальними доказами лише за умови, що вони матимуть усі ознаки останніх. Зміст, форма матеріалів оперативно-розшукової діяльності, вид процесуального доказу, для отримання якого можуть використовуватися ті чи інші фактичні дані, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, визначають шляхи їх залучення до кримінального процесу, наприклад, через допит осіб, які проводили оперативно-розшуковий захід, через протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукового заходу, через проведення обшуку, виїмки тощо. Основні труднощі використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі полягають саме в тому, щоб надати відкритого, гласного характеру джерелам фактичних даних, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, і можливість їх перевірки всім учасникам кримінального процесу (обвинуваченому, потерпілому, їх захисникам та ін.), а також забезпечити нерозкриття форм та методів оперативно-розшукової діяльності і конфіденційних стосунків, що становлять державну таємницю.

Встановлення кримінально-процесуальним законом вимог щодо дотримання закону при отриманні доказів у кримінальній справі та порядку, умов і послідовності провадження відповідних слідчих чи судових дій як засобів їх отримання є основною ознакою розмежування процесуальних доказів і матеріалів оперативно-розшукової діяльності.

Фактичні дані, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, не є змістом процесуальних доказів, оскільки у кримінально-

процесуальному доказуванні використовуються не ті фактичні дані, що були здобуті в результаті оперативно-розшукової діяльності, а ті, що отримані в межах кримінального процесу в ході доказування, в тому числі й на підставі фактичних даних, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності. Саме ці дані й утворюють зміст доказів у кримінальній справі.

Відмінності фактичних даних, отриманих у ході оперативно-розшукової діяльності, від фактичних даних, що є змістом процесуальних доказів, не дають підстав відмовитися від ставлення до них як до відомостей, що не мають доказового значення, оскільки за певних умов та відповідно до вимог кримінально-процесуального закону вони можуть бути використані для отримання відповідних доказів у кримінальній справі.

Якщо джерелами доказів у кримінальній справі є лише ті, що встановлені ч. 2 ст. 65 КПК України, і їх перелік є вичерпним, вони повинні бути гласними й мати властивість можливості їх перевірки на досудовому слідстві й у суді з погляду повноти й вірогідності інформації, що виходить від них, а також з погляду правильності й повноти відображення ними тих відомостей, на які вони вказують, то в оперативно-розшуковій діяльності такі вимоги до джерел фактичних даних про злочин не ставляться, їх коло практично не обмежене. Ним охоплюються як джерела фактичних даних, що відповідно до вимог кримінально-процесуального закону можуть стати джерелами доказів, так і ті, які з причин неможливості чи недоцільності розкриття форм та методів оперативно-розшукової діяльності чи конфіденційних відносин не можуть набути статусу джерел процесуальних доказів. Джерелом фактичних даних в оперативно-розшуковій діяльності може бути будь-яка особа, якій стало відомо про обставини вчинення злочину, чи особа, яка їх спостерігала. Це ж стосується й різних матеріальних об'єктів речового походження, що

стали носіями відомостей про злочин чи осіб, що його вчинили, а також інших обставин, що сприяють його розкриттю.

Коло джерел фактичних даних в оперативно-розшуковій діяльності значно розширюється тим, що в процесі ведення оперативно-розшукової справи оперативно-розшукові підрозділи у низці випадків цілеспрямовано ще до вчинення злочину чи в момент його вчинення створюють такі умови, за яких окремі факти й сліди злочину, що вчиняється, чи вчиненого злочину відбиваються в спеціально створених пристроях, які дають можливість якісного фіксування слідів злочинної діяльності. Отримані при цьому джерела фактичних даних у вигляді предметів, документів та інших матеріальних утворень із залишеними на них слідами при вчиненні злочинів за певних умов відповідно до вимог кримінально-процесуального закону можуть стати джерелами доказів у кримінальній справі.

Аналіз джерел фактичних даних, які містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, і джерел процесуальних доказів дає підстави для висновку, що вони мають як деякі загальні ознаки, так і ознаки, які їх розрізняють. Загальними їх ознаками є: 1) процес утворення джерел фактичних даних, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, і джерел доказів (утворення їх "сховищами" інформації про подію злочину й обставини його вчинення) однаковий, він заснований на одних і тих самих положеннях теорії відображення; 2) як в оперативно-розшуковій діяльності, так і в кримінальному судочинстві саме за допомогою джерел оперативно-розшукові підрозділи й органи, що ведуть кримінальний процес (орган дізнання, слідчий та суд), одержують фактичні дані про злочин і обставини його вчинення; 3) джерелами фактичних даних, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, можуть бути особи, які у кримінальному судочинстві мають процесуальний статус свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого й відповідно до вимог кримінально-процесуального закону можуть

створювати такі джерела судових доказів, як показання свідка, показання потерпілого, показання підозрюваного, показання обвинуваченого; 4) джерелами фактичних даних, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, можуть бути об'єкти документального походження, які у кримінальному процесі можуть мати статус протоколів з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів та інших документів; 5) джерелами фактичних даних, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, можуть бути об'єкти речового походження (предмети тощо), які у кримінальному процесі можуть мати статус речових доказів, додатків до протоколів, складених уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів.

Ознаки, які розрізняють джерела фактичних даних, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, і джерела процесуальних доказів є такими: 1) на відміну від джерел фактичних даних, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, джерела процесуальних доказів можуть бути лише гласними; 2) якщо обставини, за яких те чи інше джерело процесуальних доказів стало носієм інформації про злочин, повинні бути відомі особам, що ведуть кримінальний процес, а також всім учасникам кримінального судочинства, й за необхідності повинна бути можливість їх перевірки, то до джерел фактичних даних, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, такі вимоги не ставляться, враховуючи специфіку оперативно-розшукової діяльності; 3) якщо для джерел процесуальних доказів встановлена жорстка процесуальна форма входження їх до кримінального процесу, особливо для доказів у кримінальній справі (ч. 2 ст. 65 КПК України), то для джерел фактичних даних, що містяться в матеріалах оперативно-розшукової діяльності, така форма законодавством не встановлена (навіть для тих, які отримуються в результаті оперативно-розшукових заходів, що проводяться відповідно до

ч. 2 ст. 8 Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність" за рішенням суду, що є, на наш погляд, суттєвим недоліком, який в окремих випадках перешкоджає їх використанню як доказів у кримінальній справі); 4) органам, що ведуть кримінальний процес, на відміну від суб'єктів, що проводять оперативно-розшукову діяльність, не властива діяльність, спрямована на створення штучних умов, за яких у разі вчинення злочину або його підготовки ті чи інші особи чи об'єкти речового походження стали б носіями інформації про обставини його вчинення чи підготовку.

Отже, попри гносеологічну схожість процесуальні докази й матеріали оперативно-розшукової діяльності за правовою природою є відмінними. Знання їх гносеологічної та правової природи та інших теоретичних засад доказового права і теорії оперативно-розшукової діяльності дає можливість виробити оптимальні шляхи використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальному процесі.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що правильне визначення поняття доказу у кримінальному процесі, яке відповідало б його гносеологічній та правовій сутності, а також правильне його розуміння правозастосовниками, є запорукою досягнення мети та вирішення завдань кримінального судочинства.

Список використаних джерел

1. Спасович В. Д. О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством. – СПб: Типография Правительствующего Сената, 1861. – 92 с.
2. Белкин А. Р. Теория доказывания: Научно-методическое пособие. – М.: Изд-во Норма, 1999. – 429 с.
3. Дорохов В. Я. Понятие доказательств в советском уголовном процессе // Сов. гос-во и право, 1965. – № 9. – С. 108-117.

4. Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. – Казань: КГУ, 1973. – 176 с.
5. Зажицкий В. И. Уголовно-процессуальное доказывание и другие способы познавательной деятельности в уголовном судопроизводстве // Труды ВКШ КГБ СССР. – 1987. – № 41, 42. – С. 342-355, № 17717.
6. Сибилева Н.В. Допустимость доказательств в советском уголовном процессе. – К.: НМК ВО, 1990. – 66 с.
7. Зажицкий В. Вопросы доказательственного права // Советская юстиция. – 1992. – № 19-20. – С. 3-4.
8. Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. – М.: Изд-во СПАРК, 1996. – 116 с.
9. Карнеева Л. М. Доказывание при отказе в возбуждении уголовного дела // Советское Государство и право. – 1975. – № 2. – С. 96-98.
10. Карнеева Л. М. Правильное определение основных понятий теории доказательств — важнейшая гарантия достижения истины при производстве по уголовному делу // Гарантии прав личности в социалистическом уголовном праве и процессе. — Ярославль, 1981. — С. 96–98.
11. Кузнецов Н. П. Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. – Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 1983. – 116 с.
12. Кузнецов Н. П. Доказывание и его особенности на стадиях уголовного процесса России: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.09. – Воронеж: Воронежский гос. ун-т, 1998. – 34 с.
13. Стахівський С. М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. — К., 2005. – 272 с.
14. Гмирко В. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристики, класифікація. Конспект проблемної лекції. – Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2002. – 63 с.

15. Сібільова Н. В. Сучасні проблеми організації та функціонування в Україні судової влади // Питання боротьби зі злочинністю: Зб. наук праць. — Х., 2005. — Вип. 10. — С. 88–89.
16. Карпачова Н. І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. – К.: ВАТ "Книжкова друкарня Наукової книги", 2000. – 378 с.
17. Проти катувань. Огляд повідомлень про жорстоке поводження і застосування катувань / Харківська правозахисна група; Художник-оформлювач І. Гаврилюк. – Х.: Фоліо, 2001. – № 23 (64). – 272 с.
18. <http://suddi.narod.ru/vb/html>; <http://www.zerkalo-nedeli.com/ie>;
19. Папкова О. А. Усмотрение суда. — М., 2005. — 94 с.
20. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова. Закон Республики Молдова № 122-XV от 14.03.2003 г. С изменениями и дополнениями на 19 февраля 2007 г. // www.agentura.ru;
21. Уголовно-процессуальный закон Латвии. — ВІВ "Bizneza informācijas birojs". — Рига, 2006.
22. Гродзинский М. М. Учение о доказательствах и его эволюция. — Харьков, 1925.
23. Нор В. Т. Проблемы теории і практики судебных доказів. — Львів: "Вища школа", 1978. – 112 с.
24. Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України: Підручник. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Либідь, 1999. – 536 с.
25. Погорецький М. А. Результати оперативно-розшукової діяльності у практиці органів кримінальної юстиції. – К., 2007. – 64 с.
26. Лупинская П. А. О понятии судебных доказательств // Ученые записки ВЮЗИ. Вып. VI. – М. 1958. – С. 98-115.
27. Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. – изд. 4-е, исп. и перераб. – М.: Юрид. лит., 1962. – 503 с.

28. Белкин Р. С. Собрание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. – М: Наука, 1966. – 296 с.
29. Стахівський С.М. Показання свідка як джерело доказів у кримінальному процесі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: УАВС, 1996. – 17 с.
30. Михеєнко М. М. Поняття доказів та їх джерел у радянському кримінальному процесі // М. М. Михеєнко Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні: Вибрані твори. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 109-116.
31. Сівочек С. Аналіз поняття доказу в кримінальному процесі України // Право України. – 2001. – № 9. – С. 76-79.
32. Ларин А.М., Мельникова Э.Б., Савицкий В.М. Доказательства и доказывание // Уголовный процесс России: Лекции-очерки / Под ред. В.М. Савицкого. – М., 1997. – С. 87-108.
33. Гевко В. В. Використання непроцесуальної інформації під час доказування у стадії попереднього розслідування.: Дис. ... канд. юрид. наук. – К.: Українська академія внутрішніх справ України, 1996. – 174 с.
34. Салтєвський М. Ще раз про поняття доказів у проекті КПК України // Право України. – 2000. – № 11. – С. 64-66.
35. Гродзинский М. М. Улики в советском уголовном процессе // Ученые труды ВИЮН. – Вып. VII. – М.: Госюриздат, 1944. – С. 3-6.
36. Строгович М. С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. – М.: АН СССР, 1955. – 384 с.
37. Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. – М.: Юрид. лит., 1964. – 180 с.
38. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса: В 2-х томах. – Т. I. Основные положения науки советского уголовного процесса. – М.: Наука, 1968. – 469 с.

39. Кокорев Л.Д. Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание. – Воронеж: Изд-во: Воронеж. ун-та, 1995. – 268 с.
40. Гончаренко В.И. Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве. – К.: Вища школа, 1980. – 155 с.
41. Дорохов В. Я. Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. – М.: РИО ВШ КГБ СССР, 1981. – 420 с.
42. Грошевий Ю. М. Поняття і класифікація засобів доказування в кримінальному процесі // Вісник Академії правових наук. – 1997. – № 3 (10). – С. 69-76.
43. Шумило М. Є. Реабілітація в кримінальному процесі України: Монографія. – Х.: Арсіс, 2001. – 320 с.
44. Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под общ. ред. П.А. Лупинской. – М.: Юристъ, 1995. – 544 с.
45. Философский энциклопедический словарь / Редкол. С. С. Аверинцев, Э. А. Ораб-Оглы, Л. Ф. Ильичев и др. – 2-е изд. – М.: Советская энциклопедия, 1989. – 815 с.
46. Колдин В.А., Громов Н.А., Галкин В.А. О соотношении понятий "доказательства" и "фактические данные" // Российский судья. – 2001. – № 12. – С. 31-35.
47. Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. – Воронеж: Изд. Воронежского гос. ун-та, 1978. – 303 с.
48. Рахунов Р. О понятии доказательства и главном факте доказывания // Советское государство и право. – 1965. – № 12. – С. 96-99.
49. Белкин Р. С. Курс советской криминалистики: В 3 т. — М., 1977. — Т. 1: Общая теория советской криминалистики. — Т. 1. — 444 с.
50. Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. – М.: Юрид. лит., 1981. – 128 с.

51. Домбровский Р. Г. Факты как средства доказывания в уголовном процессе // Теория и практика установления истины в правоприменительной деятельности. Сб. науч. тр. — Иркутск, 1985. — С. 38–39.
52. Птицын А. Г. Основные вопросы теории и практики координации следственных действий и оперативно-розыскных мер при расследовании хищений, совершенных должностными лицами: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1969. — 18 с.
53. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В. В. Виноградова. – 4-е изд., доп. – М.: Азбуковник, 1999. – 944 с.
54. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К., Ірпінь: ВТФ: Перун, 2001. – 1440 с.
55. Lupinская П. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. — 2002. — № 7. — С. 4-11.
56. Карнеева Л.М. Доказательства в советском уголовном процессе: Учеб. пособие. – Волгоград: М-во внутр. дел СССР, Высш. следств. шк., 1988. – 65 с.
57. Бедняков Д. И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. – М.: Юрид. лит., 1991. – 208 с.
58. Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин: изд. 2-е испр. и доп. – М.: Юрид. лит, 1973. – 736 с.
59. Шумило М. Є. Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів в доказуванні у кримінальних справах // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: Матеріали наук.-практ. конф., 18-19 квітня 2002 р., м. Харків / Редкол.: Сташис В.В. (голов. ред.) та ін. – К.; Х.: Хрінком Інтер, 2002. – С. 188-191.

60. Доля Е.А. "О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности по УПК РФ": Научно-практическая конференция // Государство и право. – 2002. – № 10. – С. 112-114.
61. Трусов А.И. Основы теории судебных доказательств (Краткий очерк). – М.: Госюриздат, 1960. – 175 с.
62. Михеенко М. М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. – К.: Вища школа, 1984. – 136 с.
63. Карнеева Л. М., Кертэс И. Источники доказательств по советскому и венгерскому законодательству. – М.: Юрид. лит., 1984. – 135 с.
64. Кримінальний процес України: Підруч. для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю.М. Грошевий, Т.М. Мірошніченко, Ю.В. Хоматов та ін.; За ред. Ю.М. Грошевого та В.М. Хотенця. – Х.: Право, 2000. – 496 с.
65. Салтевський М. В. Про поняття доказів у новому кримінально-процесуальному законодавстві // Право України. – 1996. – № 1. – С. 52-54.
66. Левченко О. В. Уголовно-процессуальное доказывание (сущность, средства доказывания, предмет и пределы): Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Ижевск: Б.и., 2001. – 50 с.
67. Барабаш А. С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. — СПб., 2005. — С. 189–190.
68. Іщенко В. М. Протоколи слідчих і судових дій та інші документи як джерела доказів у кримінальному судочинстві: Дис. ... канд.. юрид. наук. – Х.: НЮАУ, 2001. – 174 с.
69. Треушников М. К. Судебные доказательства. – М.: Юрид. бюро Городец, 1997. – 317 с.
70. Уголовный процесс / Под ред. К.Ф. Гуценко. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Зерцало, 1998. – XXII, 584 с.

71. Шейфер С. А. Собираание доказательств в советском уголовном процессе: методологические и правовые проблемы. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1986. – 171 с.

72. Криміналістика. Криміналістична тактика і методика розслідування злочинів: Підручник. / За ред. Шепітько В. Ю. – Харків: Право, 1998. – 376 с.

73. Белкин Р.С. Ленинская теория отражения и методологические проблемы советской криминалистики. – М.: Изд. ВШ МВД СССР, 1970. – 314 с.

74. Иванов Е.А. Логика: Учебник. – М.: БЕК, 1996. – 298 с.

75. Постановление Пленума Верховного Суда СССР № 4 от 30 июня 1969 г. "О судебном приговоре" // Сб. постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924-1977 / Сост.: Н.А Смоленцов (гл. ред.) и др. – М.: Изд.-во Известия Советов нар. Депутатов СССР, 1978. – Ч. 2. – С. 324-334.

76. Постанова Пленуму Верховного Суду УРСР від 28 лютого 1975 р. "Про деякі недоліки при постановленні вироків судами Української РСР" // Збірник Постанови Пленуму Верховного Суду Української РСР: (1962-1984). Із змінами і доп. за станом на 31 груд. 1984 р. / Відп. ред. О. Н. Якименко. – К. Політвидав України, 1985. – С. 305-312.

77. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 11 від 27.12.85 із змінами, внесеними згідно з Постановами Пленуму Верховного Суду № 3 від 04.06.93, № 3 від 13.01.95, № 12 від 03.12.97 "Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ" // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах. – Х.: "Одіссея", 2000. – С. 326-334.

78. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 29.06.90 із змінами, внесеними згідно з Постановами Пленуму Верховного Суду України № 3 від 04.06.93, № 12 від 03.12.97 "Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з

питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку" // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах. – Х.: Одіссея, 2000. – С. 372-382.

79. Зажицкий В. И. Относимость доказательств в советском уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М.: ВКШ КГБ СССР, 1979. – 27 с.

80. Якуб М.Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. – М.: Юрид лит., 1981. – 144 с.

81. Лузгин И. М. Методологические проблемы расследования. – М.: Юрид. лит., 1973. – 215 с.

82. Михеенко М.М. Теоретические проблемы доказывания в советском уголовном процессе: Дис. ... докт. юрид. наук. – К., 1984. – 420 с.

Погорецький М. А.

Докази у кримінальному процесі: проблемні питання

У статті з використанням системно-порівняльного аналізу досліджуються проблемні питання генезису поняття кримінально-процесуальних доказів. Здійснюється аналіз структурних їх елементів. Показується відмінність кримінально-процесуальних доказів від матеріалів оперативно-розшукової діяльності

Ключові слова: докази, доказування, джерела доказів, фактичні дані

Погорецький Н. А.

Доказательства в уголовном процессе: проблемные вопросы

В статье с использованием системно-сравнительного анализа исследуются проблемные вопросы генезиса понятия уголовно-процессуальных доказательств. Осуществляется анализ структурных их

элементов. Показывается отличие уголовно-процессуальных доказательств от материалов оперативно-розыскной деятельности

Ключевые слова: доказательства, доказывание, источники доказательств, фактические данные

Pogoretsky M. A.

Proofs in criminal procedure: problematic questions

In the article the problematic questions of genesis of the notion of criminal procedure proof are researched by means of systemic comparative analysis. The structural elements of proofs are described. The difference between the criminal procedure proof and materials of operative investigative activity is shown

Key words: proofs, proving, sources of proofs, factual data