

УДК 343.13

*Л. В. Карабут**доцент кафедри кримінального процесу та правосуддя**(Луганський державний університет**внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка)*

ЩОДО ФОРМУВАННЯ ДОКАЗІВ ПІД ЧАС ДОСУДОВОЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЗА НОВИМ КПК

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Потреба дослідження досудової кримінальної процесуальної діяльності обумовлена кардинальними змінами у ставленні законодавця до її змісту і структури. Чим обумовлені такі зміни? Як вони позначаються на ефективності досудової процесуальної діяльності? Чи не є зміна підходів до врегулювання досудового розслідування помилковою через невчасність її запровадження, неготовність органів кримінальної юстиції чи з інших причин? На ці та інші запитання ученим-процесуалістам належить дати відповідь. Після набуття чинності новим Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК) [1] прогнозовано можна очікувати підвищення наукової активності у галузі кримінальної процесуальної науки саме у напрямі дослідження досудової процесуальної діяльності, бо саме її найбільше торкнулося реформування відповідної галузі законодавства.

▪ Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК / Л. В. Карабут // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 1(5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12klvznk.pdf>.

Осягнути усі зміни, що відбулися у правовій регламентації досудового розслідування, у межах однієї статті, звичайно ж, є не виконуваним завданням. Тому розглянемо одне із найбільш важливих, на нашу думку, питань, що стосується формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття. У зв'язку з тим, що новий КПК прийнятий нещодавно; він ще не набрав чинності, а отже практики його застосування ще немає; теоретичні роботи, що ґрунтувалися б на новому КПК і стосувалися предмету дослідження, сформульованого у назві цієї статті, також відсутні, розглянемо проблему формування доказів у досудовому провадженні, на основі текстів проектів КПК і наукових положень, сформульованих у теорії кримінального процесу раніше. Питань щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності торкалися у своїх роботах В. П. Гмирко, В. С. Зеленецький, Ю. М. Грошевий, Л. М. Лобойко, М. А. Погорецький, В. О. Попелюшко, С. М. Стахівський та інші учені-процесуалісти.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Метою цієї статті є отримання нових наукових результатів щодо формування чи не формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Запровадження засади змагальності у кримінальне провадження і розповсюдження її на досудову процесуальну діяльність, про що багатократно декларувалося

▪ Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК / Л. В. Карабут // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 1(5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12klvzknk.pdf>.

розробниками КПК, мало би означати, що доказами мають бути лише ті фактичні дані, що перевірені судом і покладені в основу його кінцевого рішення у конкретному кримінальному провадженні.

Законодавець, формулюючи правила доказування у кримінальному провадженні, пішов шляхом розширення поняття "докази", встановивши, що доказами оперують як сторони, так і суд. У ст. 22 КПК, якою врегульовано засаду змагальності, зазначено, що *сторони* мають свободу у поданні ними суду *своїх доказів*. Далі у КПК – у нормах, якими врегульовано судові рішення, йдеться про докази обвинувачення (п. 1 ч. 3 ст. 374). Однак про докази захисту по тексту КПК жодного разу не згадується.

Згідно із новим кримінальним процесуальним законом до сторони обвинувачення належать: слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор (потерпілий, його представник та законний представник - лише у випадках, установлених КПК, тобто у кримінальному провадженні, здійснюваному у порядку приватного обвинувачення), а до сторони захисту: підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники (п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК).

Законодавець сформулював і поняття доказів. Відповідно до ч. 1 ст. 84 КПК доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких *слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд* встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

▪ Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК / Л. В. Карабут // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 1(5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12klvznk.pdf>.

Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суддя вправі за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінювати кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення (ч. 1 ст. 94 КПК). У цьому контексті варто навести позицію одного із експертів РЄ С. Трексея, який, коментуючи ст. 20 проекту КПК РФ 1999 року, зазначав: "Встановлення фактів не належить до завдань дізнавача (у європейському розумінні дізнавачем є особа, яка під час досудового розслідування під керівництвом прокурора збирає фактичні дані про обставини ймовірного злочину, тобто слідчий – Л. К.). Це норма, що запроваджує в блуд" [2, с. 11].

Отже, виходить, що сторона обвинувачення (слідчий, прокурор) мають право не лише збирати та перевіряти, а й оцінювати фактичні дані, за результатами чого робити висновок про те, чи є вони доказами. А от сторона захисту такого права не має. Для неї встановлено право збирати дані і подавати їх стороні обвинувачення (слідчому, прокуророві), щоб та оцінювала чи є вони доказами (п. 8 ч. 3 ст. 42, ч. 4 ст. 46 КПК). Таке право у сторони захисту є і за КПК 1960 року (ч. 2 ст. 43). Для досудової кримінальної процесуальної діяльності, побудованої, як проголошено на початку КПК, на засаді змагальності, надання переваг стороні обвинувачення у оцінці доказів (точніше - позбавлення однієї із сторін, що змагаються, вкрай важливого права на оцінку доказів. У змагальному процесі надання права одній із сторін робити кваліфікацію фактичних даних як доказів взагалі є алогічним) є неприпустимим.

▪ Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК / Л. В. Карабут // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 1(5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12klvzmk.pdf>.

І справа тут не лише у термінологічній "еквілібристиці", а у глибокому змістовному значенні поняття "докази", а також у необхідності у зв'язку із цим "обережнішого" ставлення до використання його у кримінальному процесуальному законодавстві. До речі, у проекті КПК, розробленому робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії і утвердження верховенства права (далі - проект КПК Нацкомісії) [3] сторона обвинувачення не мала права оцінювати "докази". У цьому сторона обвинувачення повністю урівнювалася зі стороною захисту. Таким правом був наділений лише суд (ч. 1 ст. 77). Уявляється, що розробники проекту КПК Нацкомісії більшою мірою наблизилися до реалізації засади змагальності та запровадження європейських стандартів у кримінальному провадженні, і вітчизняному законодавцю рано чи пізно доведеться усе таки розмежувати "докази" сторін і докази суду.

Звичайно, що практикам до такого законодавчого положення спочатку важко буде звикнути. Воно підлягає усебічному дослідженню і оцінці як практиками, так і теоретиками. Однак, якщо значна частина учених-процесуалістів ознайомлені із такою системою досудової кримінальної процесуальної діяльності, то не менша, а може й більша, частина практиків (слідчих, прокурорів) не ознайомлені з нею, а тим паче – вони ніколи не працювали у нових процесуальних умовах.

Складність адаптації практиків (та й учених) до нової системи пізнавальної досудової діяльності у кримінальному провадженні полягатиме ще й у тому, що діяльність слідчого та прокурора і сторони захисту, здійснювана до суду, має велике значення у плані з'ясування обставин кримінального правопорушення. Саме це породжуватиме суттєву внутрішню суперечливість досудової процесуальної діяльності: з одного боку, фактичні дані, зібрані під час досудового розслідування, не є

▪ Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК / Л. В. Карабут // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 1(5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12klvzknk.pdf>.

доказами до моменту кваліфікації їх судом у вирок у такій якості, а, з іншого боку, – вони повинні уже під час розслідування мати ознаки доказів, аби "мати перспективу" бути визнаними судом доказами і покладеними в основу остаточного судового рішення.

Одним із важливих аспектів кваліфікації фактичних даних як доказів є забезпечення достовірності фактичних даних, отримуваних під час досудової кримінальної процесуальної діяльності. Цей аспект має багато складових. Однією із них є попередження учасників досудової процесуальної діяльності про кримінальну відповідальність за давання завідомо неправдивих показань.

Дане питання під час реформування кримінального процесуального законодавства вирішувалося у різних проектах по-різному. Розглянемо це на прикладі показань свідків. У одних проектах (1233) для забезпечення достовірності показань свідків встановлювалася кримінальна відповідальність за давання завідомо неправдивих показань як під час досудової діяльності, так і під час судового провадження без приведення їх до присяги у судовому засіданні.

У проекті КПК Нацкомісії кримінальної відповідальності як засобу забезпечення достовірності показань свідків у досудовому провадженні не встановлювалося. Натомість під час судового розгляду свідка за цим проектом мали попереджати про кримінальну відповідальність і приводити до присяги (ст. 338).

У новому КПК України, опублікованому після підписання його Президентом України у газеті "Голос України" [1], поєднані два зазначених вище підходи. Так, свідок під час діяльності, здійснюваної у досудовому розслідуванні, попереджається про кримінальну відповідальність (ч. 3 ст. 224 КПК), а у судовому провадженні, окрім цього

▪ Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК / Л. В. Карабут // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 1(5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12klvzknk.pdf>.

(ч. 1 ст. 352 КПК), ще й приводиться до присяги такого змісту: "Я, (прізвище, ім'я, по батькові), присягаю говорити суду правду і лише правду" (ч. 2 ст. 352 КПК).

Зрозуміло, що для реалізації права кожного на справедливий судовий розгляд (ч. 1 ст. 21 КПК) дані, отримувані у кримінальному провадженні, повинні бути забезпечені гарантіями достовірності під час їх отримання. У даному випадку мова йде про мотивацію допитуваних учасників кримінального провадження до надання правдивих показань. Новий КПК "мотивує" цих учасників два рази. Перший раз під час досудової процесуальної діяльності і вдруге – у судовому засіданні. При чому у суді мотивація кримінальною відповідальністю "підсилюється" приведенням до присяги. Чи не є надлишковою така законодавча мотивація?

Розглянемо це питання з огляду на реалізацію засади змагальності у кримінальному провадженні.

Новий КПК, декларуючи реалізацію даної засади, встановлює вигідніше становище для сторони обвинувачення (слідчого, прокурора), бо саме під час надання показань стороні обвинувачення учасники кримінального провадження є мотивованими кримінальним законом до надання правдивих показань. На жаль, такого мотивування КПК не встановив для них під час надання показань стороні захисту, котра теж має право збирати і подавати докази (п. 8 ч. 3 ст. 42, ч. 4 ст. 46 КПК).

Отже, попри декларації розробників нового КПК про запровадження засади змагальності, у частині встановлення рівних можливостей (що є характерним для цієї засади) щодо збирання даних змагальність не передбачена. А, між тим, доказування є серцевиною кримінальної процесуальної діяльності [4, с. 127].

▪ Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК / Л. В. Карабут // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 1(5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12klvzkn.pdf>.

Як справедливо зауважує В. П. Гмирко, не можна ж серйозно сприймати зафіксовану в ч. 2 ст. 66 КПК (мається на увазі КПК 1960 року – *Л. К.*) процесуальну фікцію, яка декларує, що "докази можуть бути подані підозрюваним, обвинуваченим, його захисником ...", коли, з одного боку, критичний аналіз чітко фіксує очевидну засобову диспропорцію доказових "озброєнь" сторін: *quod jovi, non licet bovi*, а з другого – навіть реалізація тих найскромніших можливостей сторони захисту залежить від ласки процесуального Юпітера, тобто сторони обвинувачення або суду [5, с. 222].

Л. М. Лобойко запитує: "Якщо під час досудового розслідування не вирішується питання про винність обвинуваченого, то який сенс вважати дані, зібрані у цій частині процесу, доказами?". На його думку, радянський законодавець "скував у один ланцюг (доказовий – *Л. К.*)" органи дізнання, слідства, прокуратури і суду лише для того, аби долю кримінальної справи і людей, яких у них притягали як обвинувачених, вирішував не суд, а органи, які здійснюють кримінальне переслідування. У такий спосіб суд був загнаний у рамки прийняття "правильного" для "органів" рішення. І з цих рамок він не може вирватися дотепер, попри сучасні декларації, у тому числі, й конституційні, про незалежність суду і суддів.

У кримінальному процесі процес доказування із осягнення одного й того ж предмету здійснюється два рази у різних формах, бо цього вимагав і досі вимагає закон. Це є зайвою, надлишковою діяльністю" [6, с. 141-142].

Виходить, що новим КПК становище сторони захисту у плані формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності не виправлене, а подвійна кваліфікація даних як доказів у досудовому і судовому провадженнях продовжує існувати.

▪ Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК / Л. В. Карабут // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 1(5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12klvzmk.pdf>.

При чому останнє положення має велике значення у плані виключення такого ганебного для вітчизняного кримінального процесу явища, яким є тортури. Врегулювання поняття доказів таким чином, щоб вони продукувалися лише судом у змагальній судовій процедурі (слідчим суддею під час досудового розслідування) могло би значною мірою цьому посприяти. Про такі наміри заявляв і заступник голови Адміністрації президента - керівник Головного управління з питань судової реформи і судоустрою України А. Портнов: "Відповідно до нової кримінально-процесуальної ідеології, пояснення особи можуть бути дані тільки в суді. Все інше, що отримано поза судовим засіданням, взагалі не має братися до уваги. Це автоматично виключить тортури"[7]. Встановлення новим КПК положення, згідно з яким доказами оперують слідчий і прокурор (одна із "рівноправних" сторін), не наближає досудову процесуальну діяльність до виконання завдання щодо виключення із її складу тортур.

Оскільки мова у цьому підрозділі нашого дослідження йде про досудову кримінальну процесуальну діяльність, то ми не можемо залишити поза увагою діяльність такого важливого суб'єкта цієї діяльності яким є слідчий суддя. Ним є суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому КПК, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, та у випадку, передбаченому ст. 247 КПК "Слідчий суддя, який здійснює розгляд клопотань щодо негласних слідчих (розшукових) дій", – голова чи за його визначенням інший суддя Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя (п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК).

Як бачимо, слідчий суддя згідно з новим КПК виконує лише контрольну функцію. У проекті КПК Нацкомісії передбачалося, що

▪ Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК / Л. В. Карабут // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 1(5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12klvzmk.pdf>.

слідчий суддя повинен бути суб'єктом формування доказів під час досудової діяльності (ч. 4 ст. 57). Якби новий КПК сприйняв ці положення, то, окрім позитивного виконання завдання щодо усунення катувань, було би створено механізм реалізації засади змагальності під час досудової кримінальної процесуальної діяльності.

Згідно з європейськими стандартами доказами можуть бути визнані лише ті дані, що здобуті (перевірені) судом за присутності сторін, які мають можливість брати участь у дослідженні предметів, документів, допиті тощо. Така ситуація є стандартною (штатною) для судового засідання. Під час досудової процесуальної діяльності кожна сторона повинна збирати свої дані про факти, котрі вона збирається використовувати у суді, щоб переконати суд визнати їх доказами. Лише у виняткових випадках, пов'язаних з неможливістю в суді у майбутньому отримати показання від певних осіб через їхню тяжку хворобу чи інші суттєві обставини, можна допускати формування доказів під час досудової діяльності слідчим суддею за присутності сторін. Тоді засада змагальності у доказуванні буде дотримана.

Уявляється, що недоліки регламентації у новому КПК питань, про які йшлося вище і які полягають у невідповідності положенням засади змагальності у її європейському розумінні, пов'язані із відсутністю у науці кримінального процесу і у експертному середовищі стійкого переконання у необхідності слідувати засаді змагальності у вітчизняній кримінальній процесуальній діяльності. Однак, якщо Україна у політичному сенсі буде рухатися у напрямку Європейського Союзу, то це призведе до адаптації вітчизняного законодавства до законодавства європейських держав, побудованого на певних загальних принципах. Безумовно, це потягне за собою перегляд традиційних, усталених у юридичній теорії (зокрема у

▪ Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК / Л. В. Карабут // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 1(5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12klvzmk.pdf>.

теорії доказування) поглядів щодо поняття доказів, суб'єктів доказування тощо.

На основі проведеного у цій статті дослідження можна зробити наступні **висновки**: 1) новий КПК не суттєво наблизився до реалізації засади змагальності у частині доказування під час досудової кримінальної процесуальної діяльності, встановивши, що докази вправі і збирати і оцінювати одна із сторін, а саме – сторона обвинувачення; 2) виходячи із положень, що складають зміст засади змагальності, формування доказів (як окремих, так і їхньої сукупності) має відбуватися представниками судової гілки влади: у суді - судом; у досудовому провадженні – слідчим суддею.

Тема формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності є доволі об'ємною. Тому для її повного опрацювання потрібно здійснювати подальші дослідження. Останні є доцільними за такими **напрямами наукових розвідок**: 1) визначення ролі кожного із представників сторін у збиранні фактичних даних, що можуть бути визнані доказами; 2) співвідношення фактичних даних, отриманих у досудових і судових стадіях.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року // *Голос України*. - № № 90-91 (5340-5341). – 19 травня 2012 року.
2. Экспертная оценка проекта Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. – М. : Американская ассоциация юристов, 2000. – 73 с.
3. Проект Кримінального процесуального кодексу від 10 грудня 2007 року, підготовлений Робочою групою Національної комісії зі зміцнення

▪ Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК / Л. В. Карабут // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 1(5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12klvznk.pdf>.

демократії та утвердження верховенства права. – К., 2007. – 157 с. // http://www.aau.edu.ua/up/docs/kpk_final.html.

4. Уголовный процесс: учебник для ВУЗов /Под общ. ред. П. А. Лупинской. – М. : Юристь, 1995. – 544 с.

5. Гмирко В. П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія / В. П. Гмирко. – Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. – 314 с.

6. Лобойко Л. М. Реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні (2006-2011 роки). Частина 1: Загальні положення і досудове провадження / Л. М. Лобойко. – К.: Істина, 2012. – 288 с.

7. Реформа кримінального судочинства унеможливить тортури в міліції, заявляє Портнов // <http://www.newsru.ua/ukraine/21aug2010/notorture.html>.

Карабут Л. В.

Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК

Досліджена актуальна для юридичної теорії і практики проблема формування доказів у досудовій кримінальній процесуальній діяльності. Обґрунтовані пропозиції щодо вирішення цієї проблеми у законодавстві у теорії кримінального процесу

Ключові слова: досудова кримінальна процесуальна діяльність, доказ, змагальність, сторона

Карабут Л. В.

О формировании доказательств при осуществлении досудебной уголовной процессуальной деятельности по новому УПК

Исследуется актуальная для юридической теории и практики проблема формирования доказательств в досудебной уголовной процессуальной деятельности. Обоснованы предложения относительно решения этой проблемы в законодательстве и в теории уголовного процесса

Ключевые слова: досудебная процессуальная деятельность, доказательство, состязательность, сторона

Karabut L. V.

On the formation of evidences while the implementation of pre-trial criminal procedural activity according to the new Code of Criminal Procedure

The problem of the formation of evidences of criminal procedural activity that is actual for the juridical theory and practice was investigated in the article. There were justified proposals for solutions to this problem in the law and the theory of the criminal process

Key-words: pre-trial procedural activity, evidence, competitiveness, side