

### Тема 3. Предмет і межі доказування

1. Поняття предмету доказування та суміжних понять.
2. Обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні.
3. Обов'язок доказування.
4. Збирання та оцінка доказів.

#### *Література:*

1. Астапенко О. Допустимість доказів при їх оцінці у ході кримінально-процесуального доказування / О. Астапенко // Підприємництво, господарство і право. - 2005. - № 10. - С. 144-146.
2. Белкин А. Р. Теория доказывания : [науч. - метод. пособ.] / Белкин А. Р. - М. : НОРМА, 1999. - 418 с.
3. Благодир В. С. Суб'єкти доказування в судових стадіях кримінального процесу / В. С. Благодир // Вісн. Запоріз. юрид. ін.-ту. - 2011. - № 3. - С. 243-253.
4. Божьев В. Издержки системного характера при корректировке норм УПК о доказывании и преюдиции / В. Божьев // Законность. - 2010. - № 6. - С. 3-7.
5. Відповідно до ст. 323 КПК України суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням ...: ухв. колегії суддів Суд. палати з крим. справ ВСУ від 12 січ. 2010 р. // Вісник Верховного Суду України. - 2010. - № 7. - С. 19-20.
6. Волошина В. К. Реалізація принципу безпосередності дослідження доказів у стадії досудового розслідування / В. К. Волошина // Вісн. Луган. держ. унту внутр. справ. Спец. вип. - 2011. - № 8. - С. 240-247.
7. Грошевий Ю. М. Докази і доказування у кримінальному процесі : [наук.-практ. посіб.] / Ю. М. Грошевий, С. М. Стахівський. - 2-е вид., стереот. - К. : КНТ, 2007. - 270 с.
8. Коваленко Є. Г. Наукові засади кримінально-процесуального доказування : монографія / Коваленко Є. Г. - К. : ЮрІнком Інтер, 2011. - 444с.
9. Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» : чинне законодавство з 19 листопада 2012 року : (офіц. текст). - К. : ПАЛИВОДА А. В., 2012. - 382 с.
10. Кримінальний процес : підручник / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін.; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. - Х. : Право, 2013. - 824 с.
11. Кримінальний процес [текст] : підручник. / За заг. ред. В. В. Коваленка, Л. Д. Удалової, Д. П. Письменного. - К. : «Центр учбової літератури», 2013. - 544 с.
12. Ландарь Е. М. Інститут доказування в кримінальному процесі та його практичне значення / Е. М. Ландарь // Південноукраїнський правничий часопис. - 2011. - № 1. - С. 201-205.
13. Лобойко Л. М. Кримінальний процес : Підручник / Лобойко Л. М. - К. : Істина, 2014. - 432 с.
14. Пастернак Ю.Б. Методологічні проблеми доказування у кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд.юрид. наук (12.00.09) / Нац. акад. прокуратури України. - К., 2011. - 19с.

15. Погорецький М. Доказування у кримінальному процесі: гносеологічні і правові питання / М. Погорецький // Вісн. Акад. правових наук України. - Х. : Право, 2008. - Вип. 3(54). - С. 266-275.

16. Рогатюк А. Імовірність у кримінальному процесі. Її значення при обґрунтуванні слідчим процесуальних рішень / А. Рогатюк // Вісн. прокуратури. - 2012. - № 4-5. - С. 115-121.

17. Сергєєва Д. Б. Співвідношення пізнання і доказування у кримінальному процесі / Д. Б. Сергєєва // Наук. вісн. Київ. нац. ун-ту внутр. справ. - К., 2010. - Вип. 4(71). - С.144-149.

18. Стахівський С. Внутрішнє переконання, оцінка доказів та їх процесуальних джерел / С. Стахівський // Підприємництво, господарство і право. - 2005. - № 7. - С. 127-128.

19. Терещенко Ю. В. Процесуальні дії як способи формування доказів у досудовому провадженні : монографія / Ю. В. Терещенко. - Львів : Галицько-Волинська Спілка, 2012. - 166 с.

20. Шилін Д. В. Окремі питання використання преюдиції в процесі доказування у кримінальних справах / Д. В. Шилін // Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ. - 2011. - Спец. вип. № 5. - С. 324-326.

21. Яновська О. Г. Окремі питання доказування в змагальному кримінальному процесі / О. Г. Яновська // Юридична Україна. - 2009. - № 11-12. - С. 234-240.

### Вступ

Як один із видів соціальної діяльності, кримінально-процесуальна діяльність носить пізнавальний характер. Розслідуючи і вирішуючи кримінальні справи органи досудового розслідування та судової влади з метою прийняття по них правильного і обґрунтованого рішення прагнуть відновити достовірну картину минулої події, пізнати усі її обставини та факти, встановити істину. Досягнення останньої здійснюється за допомогою кримінально-процесуального доказування. Це свідчить про те, що за своєю гносеологічною суттю доказування, яке пронизує усю кримінально-процесуальну діяльність, теж має пізнавальний характер.

Для багатьох людей термін «пізнання» ототожнюється з науково-дослідницькою роботою, яка пов'язана з проведенням різного роду експериментів, використанням приборів і т.д. Але вони навіть і не замислюються над тим, що здобувають певні знання про оточуючу дійсність за допомогою особливого виду соціальної діяльності під назвою «пізнання». А оскільки існують різні спеціалізовані форми пізнання (художнє, наукове тощо), то доказування і є однією з цих форм пізнання, тобто різновидністю процесу пізнання оточуючої дійсності.

Людина пізнає оточуючу дійсність за допомогою відчуттів та уявлень, які є результатом впливу на органи чуття існуючих різного роду предметів, явищ, подій. При цьому слід підкреслити, що відбиття цих предметів і явищ в людській свідомості, то є активний і змістовний процес, а не просте механічне копіювання.

За своєю гносеологічною природою кримінально-процесуальне пізнання є науковим, хоч і відрізняється від останнього своїми завданнями. Наприклад, завданням кримінально-процесуального доказування є пізнання конкретного факту (події), а завданням наукового пізнання є відкриття якихось нових закономірностей.

Завданнями кримінального судочинства є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та

неупередженого розслідування з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений і жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу.

Для успішного вирішення завдань кримінального судочинства слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд зобов'язані встановити, чи мала місце подія кримінального правопорушення, яке саме кримінальне правопорушення було вчинено, хто винуватий у його вчиненні, та інші обставини, що мають значення для законного та обґрунтованого вирішення кримінального провадження, захисту прав і законних інтересів учасників процесу. Кримінальне правопорушення для осіб, на яких законом покладено обов'язок розслідування і розгляду справи, завжди є подією минулого, яку вони повинні пізнати. Тому слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд при здійсненні відповідно розслідування або судового провадження повинні пізнавати факти, що відносяться до минулого, лише за допомогою тих слідів, які ця подія залишила. На підставі найрізноманітніших даних, фрагментарних уривчастих свідчень вони відновлюють цілісну картину події, що відбулася, тобто встановлюють обставини вчиненого кримінального правопорушення та осіб, які його вчинили.

В основі процесу пізнання у кримінальному провадженні лежать загальні гносеологічні, соціальні, психологічні закономірності, притаманні процесу пізнання у будь-якій соціальній сфері згідно із законами матеріалістичної теорії відображення. Метою кримінально-процесуального пізнання є одержання знання про факти, що підлягають встановленню у кримінальному провадженні.

У кримінально-процесуальній теорії норми кримінально-процесуального права, що регламентують цілі, порядок, засоби, способи, межі та зміст діяльності по доказуванню обставин, достовірне встановлення яких необхідне для правильного вирішення провадження, іменуються доказовим правом. Наука, що вивчає принципи доказування та механізми їх реалізації, сукупність і структуру доказування та доказів, розробляє рекомендації з формування доказів і використання їх у кримінальному судочинстві, іменується теорією доказів. У теорії доказів кримінально-процесуальне доказування визначається як різновид соціального пізнання (безпосереднього та опосередкованого), предметом якого є подія минулого - вчинене кримінальне правопорушення. Це така діяльність, що здійснюється слідчим, прокурором, слідчим суддею та судом в особливій процесуальній формі. Суб'єкт доказування, який встановлює через докази обставини у кримінальному провадженні, переходить від сприйняття окремих фактів, інформації про них під час проведення процесуальних дій (чуттєво-практичний аспект пізнання) до логічного осмислення сприйнятого (гносеологічний аспект пізнання).

За природою кримінально-процесуальне доказування є пізнавальною діяльністю, наслідком здійснення якої є формування суб'єктивного образу об'єктивної дійсності про подію минулого, а за характером являє собою складноструктуровану діяльність і має розглядатися: 1) як встановлення та дослідження обставин справи, що входять до предмета доказування (ст.91 КПК), тобто діяльність відповідних державних органів і учасників процесу по збиранню (формуванню), перевірці й оцінці доказів, з одного боку; 2) як логічне формулювання та обґрунтування певної тези, висновків у процесуальних рішеннях по кримінальному провадженню - з другого боку. Таким чином, кримінально-процесуальне доказування - це діяльність слідчого, прокурора, слідчого судді і суду по збиранню (формуванню), перевірці й оцінці доказів, а також

висуненню ними на підставі необхідної та достатньої сукупності доказів певних правових тез із відповідним обґрунтуванням у процесуальних рішеннях по кримінальному провадженню.

Специфіка пізнавальної діяльності в кримінальному процесі, що відбувається у формі доказування, виявляється в тому, що вона має дві сторони: пізнавальну та посвідчуючу. Остання означає, що фактичні дані, пізнані та одержані уповноваженими особами у ході кримінального провадження, повинні бути зафіксовані у такій передбаченій законом процесуальній формі, яка гарантує їх достовірність, а також дозволяє будь-якому суб'єкту кримінально-процесуальної діяльності користуватися ними у незмінному (цілісному) вигляді незалежно від часу та місця їх формування.

### **1. Поняття предмету доказування та суміжних понять.**

За законом предмет доказування трактується як системна сукупність фактів і обставин об'єктивної дійсності, які мають матеріально-правове й процесуальне значення і знання про які є необхідними і достатніми фактичними підставами для вирішення кримінальних справ остаточно і по суті. Таке визначення предмета доказування повністю відтворює В.О.Попелюшко.

Загальний предмет доказування доповнюється і конкретизується у справах про злочини неповнолітніх (ст. 433 КПК) та про суспільно-небезпечні діяння неосудних (ст. 417 КПК).

В такому ж плані вирішується це питання й іншими авторами. Зокрема, М.М.Михеєнко, зазначивши, що «предмет доказування являє собою узагальнене відображення об'єкта кримінально-процесуального пізнання, що здійснюється через судові докази», предметом доказування визначив певну «сукупність передбачених кримінально-процесуальним законом обставин, встановлення яких потрібне для вирішення заяв і повідомлень про злочини, кримінальної справи і цілому або судової справи в стадії виконання вироку, а також для прийняття процесуальних профілактичних заходів у справі».

Можна зустріти ґрунтовне визначення предмета доказування як системи обставин, які виражають властивості і зв'язки досліджуваної події, істотні для правильного вирішення кримінальної справи і реалізації в кожному конкретному випадку завдань судочинства або зовсім лаконічне: «Предмет доказування — це обставини, які належить обов'язково встановити у кожній кримінальній справі». А.С. Кобліков вважає, що предмет доказування — це «сукупність істотних для справи обставин, які повинні бути встановлені в процесі доказування у кримінальній справі в інтересах її правильного вирішення».

Є.Г. Коваленко у своїй фундаментальній роботі з теорії доказів дає незвичне визначення предмета доказування, об'єднавши в ньому власне дефініцію і зміст ст. 64 КПК, яке виглядає так: «Під предметом доказування слід розуміти будь-які фактичні дані, з допомогою яких особа, яка провадить дізнання, орган дізнання, слідчий, прокурор, суддя (суд) встановлюють (далі йде просторий виклад обставин від події злочину до причин і умов, які сприяли вчиненню злочину.) та інші обставини (докази), які мають значення для правильного вирішення кримінальної справи».

Наведене визначення технічних хиб не має, але воно побудовано з порушенням наукознавчих правил конструювання дефініцій і через свою громіздкість та поєднання суттєвих ознак предмета з описанням змісту функції збирання доказів робить його еkleктичним і важким для сприйняття. На переконання С.М. Стахівського предмет доказування — це передбачена законом сукупність обставин, які підлягають

обов'язковому встановленню у кожній кримінальній справі з метою її правильного вирішення.

Як бачимо, принципово всі автори єдині в конструюванні дефініцій на підставі змісту ст. 91 КПК України (або аналогічних статей КПК країн бывшего Радянського Союзу), яка присвячена впорядкуванню проблеми визначення кола обставин, що обов'язково підлягають доказуванню в кримінальній справі та напрямом і межами доказування у справі, але коло обставин, що підлягають доказуванню, і предмет доказування — речі не однозначні, хоча і тісно пов'язані.

Автори дефініцій у своїх конструкціях помилково явища використали як сутність, бо найвищого рівня абстракції поняття предмета доказування визначаються за допомогою засобів досягнення результату доказування цього предмета, що створює замкнене коло (логічна помилка *circulus vitiosus*).

Будь-яка наукова дефініція повинна з найбільшою повнотою і максимальною визначеністю, придатною для всіх споріднених випадків, заглиблюватись в сутність речей, викликаючи в практиці її застосування розмаїття явищ об'єктивного і суб'єктивного характеру у вигляді способів, засобів, особливостей, виключень, припущень і прогнозів для реалізації ідеї, закладеній в цій сутності.

Ми повинні твердо пам'ятати, що кримінальне судочинство побудовано на юридичному доказуванні, як окремому випадку загальнолюдського пізнання, в результаті якого повинна бути встановлена об'єктивна істина щодо наявності чи відсутності в діянні особи, відносно якої проводилось судочинство, складу злочину. Це цілком логічно, бо доктрина нашого кримінального права імперативно проголошує, що підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбачений Кримінальним кодексом.

В плані нашого дослідження важливим є припис ч. 2 ст. 2 КК України: «Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки їй вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду».

Тут резонно відтворено формулу презумпції невинуватості, яка міститься в ч. 1 ст. 62 Конституції України. При цьому необхідно наголосити, що кримінально-процесуальне законодавство, яке захищає матеріальне кримінальне право, одним із своїх завдань, закріплених в ст. 2 КПК, має швидке і повне розкриття конкретних злочинів, викриття винних у їх вчиненні через неспростовне доведення фактичного складу злочину як поєднання юридичних фактів, основним з яких є конкретний акт поведінки людини.

В такому разі стає зрозумілим, що, встановивши шляхом юридичного доказування в конкретному діянні певної особи складу злочину, ми виконаємо завдання і щодо захисту прав і свобод людини, і щодо невідворотності покарання за вчинений злочин, і щодо справедливості призначеної судом міри покарання, і, отже, встановимо таким чином визначальний сконцентрований напрям доказування в кримінальному процесі, який і буде науково обґрунтованим предметом доказування.

Фактичний склад злочину як предмет доказування в кримінальному судочинстві встановлюється за визначеними в КПК процедурами шляхом виявлення й дослідження фактів і обставин, які створюють неспростовну систему доказів, що охоплюють повною мірою склад злочину та інші дані, необхідні для прийняття остаточного рішення у справі. Все це забезпечення досягнення вірогідного знання про предмет доказування

має встановлену законодавцем назву — «Обставини, що підлягають доказуванню в кримінальній справі».

Саме так, а не «Предмет доказування», що є додатковим аргументом на користь наших теоретичних побудов. Аналіз висловлювань згаданих та деяких інших вчених-юристів, системне тлумачення норм процесуального закону та наведені нами аргументи дозволяють сформулювати наукове визначення предмета доказування у кримінальних справах, який являє собою фактичний склад злочину, що дозволяє виконати всі завдання кримінального судочинства щодо тих діянь, відносно яких здійснювалось дізнання, досудове слідство і судовий розгляд.

Предмет доказування (ст. 91 КПК України) - це сукупність передбачених кримінальним процесуальним законом обставин, які потрібно встановити по кожному кримінальному провадженню і які мають правове значення для правильного його вирішення по суті.

У предметі доказування є кримінально-правовий, цивільно-правовий, та кримінально-процесуальний елементи.

Кримінально-правовий елемент предмета доказування утворює сукупність обставин, регламентованих ст. 91 КПК України, а саме:

1) подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення);

2) винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення;

3) вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат;

4) обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження;

5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання.

Зазначені обставини підлягають доказуванню у кожному кримінальному провадженні. Вони можуть існувати лише в минулому.

Цивільно-правовий елемент предмета доказування визначається обставинами, пов'язаними із заявленим цивільним позовом та можливою конфіскацією майна винуватого.

Кримінально-процесуальний елемент - це ті обставини, доказати які необхідно для вирішення поточних питань провадження. Ці обставини визначено законом як підстави до прийняття кримінально-процесуальних рішень як за результатами певного обсягу діяльності у кримінальному провадженні (підстави до застосування запобіжного заходу), так і для провадження процесуальних дій (підстави до провадження обшуку; до приводу свідка чи обвинуваченого тощо).

## **2. Обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні.**

Серед обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, повинні бути встановлені насамперед ті, що стосуються події кримінального правопорушення (п.1 ст.91 КПК).

Термін «подія правопорушення» є невдалим. Можна подумати, що треба встановити всі елементи складу правопорушення. Насправді ж тут слід з'ясувати об'єкт і такі ознаки об'єктивної сторони правопорушення, як: чи мали місце дія чи бездіяльність, передбачені законом про кримінальні правопорушення, і якщо мали, то час, місце, спосіб і обстановку, умови, за яких вони були вчинені.

В той же час, коли ми ведемо мову за кримінальне правопорушення, то слід пам'ятати, що воно вчинено в певний час, в певному місці і породило певні наслідки.

Сукупність цих ознак дає можливість чітко з'ясувати хід події, коло причетних осіб, перевірити їх алібі тощо.

Зокрема, встановлення часу вчинення діяння дає нам відповідь на багато запитань: можливість скоєння його за певний проміжок часу чи в певний час; про непричетність або ж про можливу причетність окремих осіб, які перевіряються слідством. Крім того, встановлення часу вчинення кримінального правопорушення дає можливість визначитись щодо застосування амністії, строків давності тощо.

Великого значення має встановлення місця кримінального правопорушення, оскільки допомагає з'ясувати як все відбувалось, хто міг бути причетним до нього, хто міг бачити його, а в подальшому й перевірити дані, одержані в ході досудового слідства. Місцем вчинення кримінального правопорушення визначається підслідність та підсудність кримінального провадження.

Не меншого значення мають спосіб вчинення кримінального правопорушення, його наслідки, оскільки нерідко вони є ознаками того чи іншого складу злочину. Наприклад: ст.185 ч. 4 КК України (крадіжка, вчинена у великих розмірах), ч. 5 цієї статті (крадіжка, вчинена в особливо крупних розмірах), ст. 115 п.5 КК України (умисне вбивство, вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб).

До інших обставин можуть належати дані про потерпілого, при необхідності про характер його дій, вжиті підозрюваним заходи щодо приховування злочину тощо. Встановлення цих обставин є вимогою кримінально-процесуального закону щодо повноти, всебічності і неупередженості м дослідження усіх обставин кримінального провадження.

Як позитив, слід відмітити, що в п.2 ст.91 нового КПК зазначено, що підлягають доказуванню не лише винуватість обвинуваченого і мотиви злочину, а й передбачено необхідність установлення форми вини, мотиву і мети вчинення кримінального правопорушення, що фактично говорить про встановлення суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення.

Наслідки правопорушення і причинний зв'язок між дією чи бездіяльністю мають встановлюватися при доказуванні виду (фізична, моральна, матеріальна) і розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розміру процесуальних витрат (п.3 ст.91 КПК).

Все це пов'язано з можливим заявленням цивільного позову. А тому необхідно довести причинний зв'язок заподіяної шкоди і суспільно-небезпечного діяння, з'ясувати хто має нести майнову відповідальність, майновий стан відповідача, вжити заходів по забезпеченню цивільного позову. Розмір заподіяної шкоди може впливати на кваліфікацію, тому дана обставина підлягає з'ясуванню з усією повнотою. В той же час на сьогоднішній день в кримінальному судочинстві все частіше судом успішно

розв'язуються питання, пов'язані з відшкодуванням моральної шкоди. Відповідно до роз'яснень, що містяться в п.5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб.

Моральна шкода заподіяна злочином, зокрема, може полягати у:

- спричиненні потерпілому фізичних страждань внаслідок ушкодження здоров'я, подальшому його погіршенні;
- втраті потерпілим душевного спокою;
- виникненні не хворобливих або хворобливих розладів психіки;
- моральних переживаннях у зв'язку із:
  - а) заподіяними тілесними ушкодженнями та їх негативними наслідками (інвалідність тощо);
  - б) приниженням честі, гідності, престижу або ділової репутації;
  - в) порушенням права власності (у тому числі й інтелектуальної);
  - г) незаконним перебуванням під слідством і судом; д) порушенням інших майнових і немайнових прав;
- погіршенні взаємовідносин у сім'ї, з родичами, знайомими, сусідами, колегами по роботі тощо;
- порушенні звичних життєвих зв'язків через неможливість продовження активного громадського та особистого життя: змушеній зміні місця роботи або проживання, звільненні з роботи, розпаді сім'ї;
- настанні інших негативних наслідків.

При доказуванні обставин, що впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характер відповідальності обвинуваченого (п.4 ст.91 КПК), необхідно встановити всі обставини, які пом'якшують, обтяжують чи виключають його кримінальну відповідальність або є підставою для закриття кримінального провадження.

Статті 66 та 67 КК України дають перелік обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання. Частина цих обставин має безпосереднє відношення до характеристики особистості підозрюваного чи обвинуваченого, до суб'єктивної сторони його дій або бездіяльності, інші характеризують об'єктивну сторону чи об'єкт злочину, треті відносяться до наслідків злочину.

Всі вони враховуються при призначенні покарання, але законодавець підкреслює, що якщо будь-яка з них передбачена в статті Особливої частини Кримінального кодексу як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що обтяжує чи пом'якшує покарання.

Пом'якшуючими суд вправі визнати й інші обставини, незважаючи на те, що їх немає в переліку ч. 1 ст.66 КК України. Що ж стосується обтяжуючих обставин, то законодавець визначив їх чіткий перелік і заборонив розширювати межі цього переліку. Разом з тим суд має право, залежно від характеру вчиненого кримінального правопорушення невизнати окремі обставини як обтяжуючі. До них належать: вчинення злочину особою повторно та рецидив злочинів; вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату; вчинення злочину у зв'язку з виконанням потерпілим службового або громадського обов'язку; тяжкі наслідки,

завдані злочином; вчинення злочину щодо особи, яка перебуває у матеріальній, службовій чи іншій залежності від винуватого; вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій; вчинення злочину особою, що перебуває у стані алкогольного сп'яніння або в стані, викликаному вживанням наркотичних або інших одурманюючих засобів.

Обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання передбачені в розділі 9 КК України. Це Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям, у зв'язку з примиренням винуватого з потерпілим, особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду; у зв'язку з передачею особи на поруки, у зв'язку із зміною обстановки, у зв'язку із закінченням строків давності.

Перелік обставин (предмет доказування) є загальним, оскільки: по-перше, перераховані обставини підлягають доказуванню як на етапі розслідування, так і на етапі судового провадження;

по-друге, названі обставини є основою не тільки обвинувального акту, але й вироку;

по-третє, ці обставини підлягають доказуванню у кожному провадженні. Загальний предмет доказування при розслідуванні та прийнятті рішення у кримінальному провадженні по суті конкретизується та доповнюється обставинами, які слідчий, прокурор, слідчий суддя та суд мають встановити відповідно до змісту диспозиції статті Закону про кримінальні правопорушення, за якою було розпочато кримінальне провадження.

Обставини, що входять до предмета доказування і в кінцевому підсумку повинні бути встановлені по кожному кримінальному провадженні в результаті кримінально-процесуального доказування, можна назвати шуканими, або головними фактами. Проте, при здійсненні кримінального провадження встановленню підлягають так звані допоміжні факти (обставини), які не мають значення для доказування наявності чи відсутності події кримінального правопорушення, винуватості чи невинуватості певної особи тощо, але мають допоміжне, забезпечувальне значення для встановлення обставин, які входять до предмета доказування у кримінальному провадженні, для застосування заходів процесуального примусу, зупинення або закриття кримінального провадження.

При здійсненні кримінального провадження можуть бути встановлені і так звані супутні факти (обставини): вчинення особою, щодо якої не здійснюється кримінальне провадження дисциплінарного, адміністративного чи кримінального правопорушення; порушення прав громадян та інші порушення закону, допущені при здійсненні кримінального провадження. Встановлення таких фактів дає підстави направити матеріали провадження до відповідних органів, посадових осіб для застосування заходів дисциплінарного впливу, адміністративного стягнення, розпочати кримінальне провадження.

Встановлення під час кримінально-процесуального доказування всього кола обставин, фактів - шуканих, допоміжних і супутніх - охоплюється поняттям «обсяг дослідження», яке теж вживається в юридичній літературі.

З предметом доказування тісно пов'язане питання про межі доказування обставин кримінального провадження. Під межами доказування слід розуміти такий обсяг доказів, який гарантує повне та достовірне встановлення усіх обставин предмету

доказування. Звуження цих меж призводить до того, що деякі обставини предмету доказування залишаються недостатньо дослідженими. Необґрунтоване розширення меж доказування може призвести до порушення вимог ст. 2 КПК щодо забезпечення швидкого розслідування та судового розгляду, зайвого використання процесуальних засобів доказування, потягти за собою порушення прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження.

#### Суб'єкти доказування

Перед тим як розглянути питання щодо суб'єктів доказування, необхідно зазначити що кримінальний процесуальний кодекс України, чітко не визначає поняття і не подає класифікацію суб'єктів кримінального провадження, тому їх називають по-різному:

- 1) особи, які беруть участь у процесуальній дії - статті 104, 107 КПК;
- 2) учасники кримінального провадження - статті 27, 113, 237 КПК та ін.;
- 3) учасники судового провадження - статті 34, 107, 317, 347 КПК та ін.;
- 4) сторони кримінального провадження - статті 22, 26, 68, 69, 71 КПК та ін.;
- 5) фізичні особи 36, 39 КПК.

Згідно пункту 19 ст. 3 КПК сторонами кримінального провадження - з боку обвинувачення є слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник; з боку захисту є 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.

Пункт 25 згаданої статті вказує, що учасниками кримінального провадження є сторони кримінального провадження, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач та його представник, особа, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), заявник, свідок та його адвокат, понятий, заставодавець, перекладач, експерт, спеціаліст, секретар судового засідання, судовий розпорядник.

Згідно пункту 26 ст. 3 КПК учасниками судового провадження є сторони кримінального провадження, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач та його представник, а також інші особи, за клопотанням або скаргою яких у випадках, передбачених КПК України,

здійснюється судове провадження.

До прийняття Кримінального процесуального кодексу України, у теорії кримінального процесу осіб, які брали участь у кримінальному судочинстві, іменували «учасники кримінального процесу», «учасники кримінального судочинства», «суб'єкти кримінально-процесуального права» тощо. Проте більшість науковців осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, називають суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності.

Суб'єкти кримінального процесу - це державні органи та посадові особи, які ведуть кримінальний процес, або залучаються до нього, вступають між собою у процесуальні правовідносини, набуваючи процесуальних прав і виконуючи процесуальні обов'язки.

Усі особи, які вступають в процесуальні правовідносини, незалежно від підстав і обсягу їх прав, повноважень чи обов'язків, стадії кримінального процесу, в котрій вони беруть участь, чи тривалості їх участі в процесі, є суб'єктами кримінального процесу. В кримінально-процесуальні відносини різні особи втягуються по-різному. Перші - в силу необхідності захищати свої права і законні інтереси (потерпілий, цивільний позивач тощо); другі - в силу своїх посадових обов'язків (слідчий, прокурор, суддя тощо); треті - за дорученням чи угодою (представник, захисник тощо); четверті - притягаються до участі в процесі у примусовому порядку (підозрюваний, обвинувачений, підсудний).

Усі суб'єкти процесу характеризуються тим, що вони:

а) беруть участь у провадженні на підставах і у порядку, передбачених кримінально-процесуальним законом, за умови, що відсутні обставини, за яких закон виключає можливість їх участі у провадженні;

б) мають визначені права та обов'язки (закон визначає порядок їх реалізації);

в) діють у кримінальному судочинстві відповідно до своїх прав та обов'язків у встановленому порядку;

г) вступають у процесуальні правовідносини;

д) несуть відповідальність за невиконання своїх обов'язків або порушення прав інших учасників.

На наш погляд, відповідно до глави 3 Кримінального процесуального кодексу, яка має назву «Суд, сторони та інші учасники кримінального провадження» найбільш доцільною є така класифікація суб'єктів кримінально- процесуальної діяльності:

1. Суд.

2. Сторона обвинувачення: прокурор; органи досудового розслідування; керівник органу досудового розслідування; слідчий; оперативні підрозділи.

3. Сторона захисту: підозрюваний, обвинувачений та їх законні представники; виправданий; засуджений; захисник.

4. Потерпілий і його представник.

5. Інші учасники кримінального провадження (заявник; цивільний позивач і відповідач та їх представники; свідок; перекладач; експерт; спеціаліст; секретар судового засідання; судовий розпорядок.

Усі без винятку суб'єкти кримінального процесу зобов'язані дотримуватись чинного законодавства, поважати честь і гідність інших учасників процесу й мають право на забезпечення-особистої безпеки.

В процесі доказування беруть участь особи, які відносяться до суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності. Однак таке визначення не дає уявлення про їх роль у встановленні істини, про їх права і обов'язки в процесі доказування. Хто ж такі суб'єкти доказування? На які групи вони поділяються? З цього приводу в процесуальній літературі висловлені різні точки зору. Так, В.М. Тертишник та С.В.Слинько відзначають, що суб'єкти доказування - це ті учасники кримінального процесу, на яких покладається обов'язок встановлення об'єктивної істини.

На думку Г.Ф. Горського, Л.Д. Кокорева та П.С. Елькінд до суб'єктів доказування слід віднести посадових осіб та органи, на яких покладено збирання, перевірку, оцінку доказів і обґрунтування рішень, до яких вони приходять в ході кримінально - процесуального доказування, а також інших осіб, які беруть участь в цій діяльності.

В спільній монографії, присвяченій проблемам доказування суб'єкти доказування розглядаються як органи та особи, які відіграють в доказуванні не одноразову чи епізодичну, а постійну, тривалу роль (хоча б в рамках однієї стадії процесу), тобто: а)

які здійснюють доказування (збирання, перевірку, дослідження, оцінку доказів) і відповідальні за нього; б) які мають право на активну і тривалу участь в процесі доказування для відстоювання своїх інтересів, захищених законом, чи інтересів осіб, яких вони представляють. Відповідно до цих визначень класифікація суб'єктів доказування теж є досить різною. В.М.Тертишник та С.В.Слинько називають в своїй роботі одну групу-учасники процесу, на яких лежить обов'язок встановлення об'єктивної істини - але в розділі, присвяченому суб'єктам доказування розглядають діяльність підозрюваного, обвинуваченого, їх захисника, а також свідка через призму процесу діяльності. При цьому ніякої чіткої позиції про наявність інших груп суб'єктів доказування не висловлюють, нібито і не існує розмаїття поглядів по цій проблемі;

Г.Ф.Горський, Л.Д.Кокорєв та П.С.Елькінд суб'єктів доказування поділяють на три групи:

а) особи, на яких покладено обов'язок всебічного, повного та об'єктивного дослідження обставин;

б) учасники процесу, які особисто зацікавлені у вирішенні провадження та їх представники;

в) захисники.

На думку В.Д.Арсеньєва, до суб'єктів доказування мають бути віднесені:

1) органи та особи, відповідальні за провадження;

2) учасники кримінального процесу, які мають в ньому юридичний інтерес чи які представляють інтереси інших учасників процесу, а також громадських організацій;

3) особи, які є джерелами відомостей про факти;

4) особи, які залучаються до участі в збиранні і перевірці доказів для виконання різних додаткових дій (секретар судового засідання, перекладач тощо);

5) особи, які не займають певного процесуального становища при провадженні, але які мають право чи несуть обов'язок по поданню наявних у них предметів і документів.

Уявляється, що найбільш плідною є думка тих процесуалістів, які вважають, що для правильного визначення поняття і кола суб'єктів доказування потрібно виходити з того, в діях яких органів та осіб містяться елементи, з яких складається весь процес доказування в кримінальному процесі. І це абсолютно правильно, оскільки суб'єктом будь-якої діяльності є особа, яка вчиняє які-небудь дії і вступає у відносини, які складають зміст цієї діяльності.

В той же час, слід погодитись з тим, що основним критерієм поділу (класифікації) суб'єктів доказування є їх відмінність у повноваженнях, тому, що для одних це визначений законом обов'язок, для інших надане тим же законом право.

Таким чином, суб'єкти доказування - це державні органи і посадові особи, на яких законом покладено обов'язок щодо збирання, перевірки, оцінки доказів та їх процесуальних джерел, обґрунтування рішень прийнятих в процесі кримінально-процесуального доказування, а також інші особи, які вправі брати участь в цій діяльності.

Відповідно до цього визначення суб'єктів доказування можна поділити на дві групи:

1) державні органи і посадові особи, на яких покладено обов'язок здійснювати доказування (суд, слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, оперативні підрозділи);

2) особи, які вправі брати участь в процесі доказування (підозрюваний, обвинувачений, законний представник підозрюваного та обвинуваченого, потерпілий і його представник, захисник).

Одним із спірних питань на сьогоднішній день є роль суду в процесі доказування. Одні процесуалісти вважають, що це його обов'язок, а тому суд є суб'єктом доказування. На думку інших суд стоїть над сторонами обвинувачення і захисту в кримінальному процесі, він судить, але не доказує, лише під час судового розгляду він виконує функцію дослідження і оцінки доказів, поданих сторонами. Але реалізація цієї функції ще не означає участі в доказуванні, оскільки суд не повинен збирати докази.

На перший погляд така позиція нібито правильно відбиває роль суду як органу судової влади. Крім того, законодавець з ст.92 КПК України виключив суд як суб'єкта, на якого покладено обов'язок доказування. У відповідності із ч.2 ст.9 КПК прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень.

Однак з цим погодитись, звичайно, не можна. Навіть, якщо суд не повинен збирати докази, то перевірити і оцінити їх - його обов'язок, оскільки він має прийняти обґрунтоване і законне рішення у справі.

Якщо доказування сплав практичних дій і розумової діяльності, в якій бере участь суд, то послідовним є рішення про те, що суд є суб'єктом доказування і він не вправі брати участь в цій діяльності, а то є його обов'язок.

У відповідності з ч.1 ст.93 КПК збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим у порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом.

Кримінальний процесуальний кодекс передбачає наявність двох сторін при здійсненні доказування у кримінальному провадженні: сторони обвинувачення і сторони захисту.

Стороною обвинувачення є прокурор. Прокурор - це суб'єкт кримінального процесу, що бере участь у всіх його стадіях, здійснюючи при цьому нагляд за дотриманням законів і підтримуючи державне обвинувачення у суді. Згідно ст.121 Конституції України прокурор виконує у кримінальному процесі дві функції: функцію підтримання державного обвинуваченого і функцію нагляду за дотриманням законів органами розслідування.

Як прокурори у кримінальному процесі можуть виступати особи, перераховані у п. 15 ст. 3 КПК, а саме: Генеральний прокурор України, перший заступник, заступники Генерального прокурора України, їх старші помічники, помічники, прокурори Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя, прокурори міст і районів, районів у містах, міжрайонні та спеціалізовані прокурори, їх перші заступники, заступники прокурорів, начальники головних управлінь, управлінь, відділів прокуратур, їх перші заступники, заступники, старші прокурори та прокурори прокуратур усіх рівнів, які діють у межах повноважень, визначених цим Кодексом;

У відповідності до ст.36 КПК прокурор, здійснюючи свої повноваження відповідно до вимог Кримінального процесуального кодексу, є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних

повноважень, забороняється. Органи державної влади, місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації, службові та інші фізичні особи зобов'язані виконувати законні вимоги та процесуальні рішення прокурора.

Прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів при проведенні досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений:

- 1) починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених КПК;
- 2) мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування;
- 3) доручати органу досудового розслідування проведення досудового розслідування;
- 4) доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а в необхідних випадках - особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному КПК;
- 5) доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам;
- 6) призначати ревізії та перевірки у порядку, визначеному законом;
- 7) скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих;
- 8) ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого за наявності підстав, передбачених КПК, для його відводу, або у випадку неефективного досудового розслідування;
- 9) приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК, у тому числі щодо закриття кримінального провадження та продовження строків досудового розслідування за наявності підстав, передбачених КПК;
- 10) погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій у випадках, передбачених КПК, чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання;
- 11) повідомляти особі про підозру;
- 12) пред'являти цивільний позов в інтересах держави та громадян, які через фізичний стан чи матеріальне становище, недосягнення повноліття, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самостійно захистити свої права, у порядку, передбаченому КПК та законом;
- 13) затверджувати чи відмовляти у затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акта чи зазначених клопотань, самостійно складати обвинувальний акт чи зазначені клопотання;
- 14) звертатися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності;
- 15) підтримувати державне обвинувачення в суді, відмовлятися від підтримання державного обвинувачення, змінювати його або висувати додаткове обвинувачення у порядку, встановленому КПК;

16) погоджувати запит органу досудового розслідування про міжнародну правову допомогу, передання кримінального провадження або самостійно звертатися з таким клопотанням в порядку, встановленому КПК;

17) доручати органу досудового розслідування виконання запиту (доручення) компетентного органу іноземної держави про міжнародну правову допомогу або перейняття кримінального провадження, перевіряти повноту і законність проведення процесуальних дій, а також повноту, всебічність та об'єктивність розслідування у перейнятому кримінальному провадженні;

18) перевіряти перед направленням прокуророві вищого рівня документи органу досудового розслідування про видачу особи (екстрадицію), повертати їх відповідному органу з письмовими вказівками, якщо такі документи необґрунтовані або не відповідають вимогам міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, чи законам України;

19) доручати органам досудового розслідування проведення розшуку і затримання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення за межами України, виконання окремих процесуальних дій з метою видачі особи (екстрадиції) за запитом компетентного органу іноземної держави;

20) оскаржувати судові рішення в порядку, встановленому КПК;

21) здійснювати інші повноваження, передбачені КПК.

Участь прокурора в суді є обов'язковою, крім випадків, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом. Прокурор, який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, визначається керівником відповідного органу прокуратури після початку досудового розслідування. У разі необхідності керівник органу прокуратури може визначити групу прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, а також старшого прокурора такої групи, який керуватиме діями інших прокурорів.

У даному випадку, прокурор здійснює повноваження прокурора у кримінальному провадженні з його початку до завершення. Якщо прокурор, який у відповідному кримінальному провадженні здійснює повноваження прокурора, не може їх здійснювати у зв'язку із його відводом, тяжкої хвороби, звільнення із органів прокуратури або з іншої поважної причини, що унеможливорює його участь у кримінальному провадженні, повноваження прокурора покладаються на іншого прокурора керівником відповідного органу прокуратури. У виняткових випадках повноваження прокурора можуть бути покладені керівником органу прокуратури на іншого прокурора цього органу прокуратури через неефективне здійснення прокурором нагляду за дотриманням законів під час проведення досудового розслідування.

Стороною обвинувачення виступають також органи досудового розслідування. Так, у відповідності до ст.38 КПК органами досудового розслідування (органами, що здійснюють дізнання і досудове слідство) є слідчі підрозділи:

1) органів внутрішніх справ;

2) органів безпеки;

3) органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства;

4) органів державного бюро розслідувань.

Досудове розслідування здійснюють слідчі органу досудового розслідування одноособово або слідчою групою.

При досудовому розслідуванні кримінальних проступків у встановлених законом випадках повноваження слідчого органу досудового розслідування можуть здійснюватися співробітниками інших підрозділів органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства.

Орган досудового розслідування зобов'язаний застосовувати всі передбачені законом заходи для забезпечення ефективності досудового розслідування.

Стороною обвинувачення виступає також керівник органу досудового розслідування. П.8 ст.3 дає визначення хто такий керівник органу досудового розслідування, це начальник Головного слідчого управління, слідчого управління, відділу, відділення органу внутрішніх справ, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу державного бюро розслідувань та його заступники, які діють у межах своїх повноважень.

Так, згідно ч.1 ст.39 КПК керівник органу досудового розслідування організовує досудове розслідування.

У відповідності із ч.2 названої статті керівник органу досудового розслідування уповноважений:

1) визначати слідчого (слідчих), який буде здійснювати досудове розслідування, а у випадках здійснення досудового розслідування слідчою групою - визначити старшого слідчої групи, який керує діями інших слідчих;

2) відсторонити слідчого від проведення досудового розслідування мотивованою постановою за ініціативою прокурора або з власної ініціативи з наступним повідомленням прокурора та призначити іншого слідчого у випадку наявності підстав, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом, для його відводу або у випадку неефективного досудового розслідування;

3) ознайомлюватися з матеріалами досудового розслідування, давати слідчому письмові вказівки, які не можуть суперечити рішенням та вказівкам прокурора;

4) вживати заходів щодо усунення порушень вимог законодавства у випадку їх допущення слідчим;

5) погоджувати проведення слідчих (розшукових) дій та продовжувати строк їх проведення у випадках, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом;

6) здійснювати досудове розслідування, користуючись при цьому повноваженнями слідчого;

7) здійснювати інші повноваження, передбачені Кримінальним процесуальним кодексом.

Стороною обвинувачення виступає також слідчий органу досудового розслідування. Слідчий - посадова особа, уповноважена в межах компетенції, передбаченої кримінально-процесуальним законодавством, здійснювати досудове розслідування у кримінальному провадженні. Згідно п.17 ст.3 слідчий це - службова особа органу внутрішніх справ, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу державного бюро розслідувань, уповноважена в межах компетенції, передбаченої КПК України, здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень.

Згідно ч.1 ст.40 КПК слідчий органу досудового розслідування несе відповідальність за законність та своєчасність здійснення процесуальних дій.

У відповідності із ч.2 ст.40 КПК слідчий уповноважений:

1) починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом;

- 2) проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії у випадках, встановлених Кримінальним процесуальним кодексом;
- 3) доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам;
- 4) призначати ревізії та перевірки у порядку, визначеному законом;
- 5) звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукові) дії;
- 6) повідомляти за погодженням із прокурором особі про підозру;
- 7) за результатами розслідування складати обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів виховного характеру або клопотання про застосування примусових заходів медичного характеру та подавати їх прокурору на затвердження;
- 8) приймати процесуальні рішення у передбачених Кримінальним процесуальним кодексом випадках, у тому числі щодо закриття кримінального провадження за наявності підстав, передбачених ст.284 Кримінального процесуального кодексу;
- 9) здійснювати інші повноваження, передбачені Кримінальним процесуальним кодексом.

Згідно ч.3 ст.40 КПК у випадках відмови прокурора у погодженні клопотання слідчого до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій, слідчий має право звернутися до керівника органу досудового розслідування, який після вивчення клопотання за необхідності ініціює розгляд питань, порушених у ньому, перед прокурором вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє у його погодженні.

Згідно ч.5 ст.40 КПК слідчий, здійснюючи свої повноваження відповідно до вимог Кримінального процесуального кодексу, є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється. Органи державної влади, місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації, службові та фізичні особи зобов'язані виконувати законні вимоги та процесуальні рішення слідчого.

Оперативні підрозділи також можливо віднести до сторони обвинувачення, адже згідно ч.1 ст.41 КПК оперативні підрозділи органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів Державної пенітенціарної служби України, органів Державної прикордонної служби України, органів Державної митної служби України здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора. А у відповідності із ч.2 ст.41 КПК під час виконання доручень слідчого, прокурора співробітник оперативного підрозділу користується повноваженнями слідчого. Вони не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися з клопотанням до слідчого судді чи прокурора.

Стороною захисту виступають підозрюваний і обвинувачений. Так, згідно ч.1 ст.42 КПК підозрюваним є: особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276 - 279 КПК, повідомлено про підозру або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення.

Згідно ч.2 ст.42 КПК обвинуваченим (підсудним) є особа, обвинувальний акт щодо якої переданий до суду в порядку, передбаченому статтею 291 Кримінального процесуального кодексу.

В ч.3 ст.42 КПК перераховані права підозрюваного і обвинуваченого. Так, підозрюваний, обвинувачений має право:

знати, у вчиненні якого кримінального правопорушення його підозрюють, обвинувачують;

бути чітко і своєчасно повідомленим про свої права, передбачені Кримінальним процесуальним кодексом, а також отримати їх роз'яснення;

на першу вимогу мати захисника і побачення з ним до першого допиту з дотриманням умов, що забезпечують конфіденційність спілкування, а також після першого допиту - мати такі побачення без обмеження їх кількості й тривалості; на участь захисника у проведенні допиту та інших процесуальних дій; на відмову від захисника в будь-який момент кримінального провадження; на отримання правової допомоги захисника за рахунок держави у випадках, передбачених КПКта/або законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги, в тому числі у зв'язку з відсутністю коштів на її оплату;

не говорити нічого з приводу підозри проти нього, обвинувачення або у будь-який момент відмовитися відповідати на запитання;

давати пояснення, показання з приводу підозри, обвинувачення чи в будь-який момент відмовитися їх давати;

вимагати перевірки обґрунтованості затримання;

у разі затримання - на негайне повідомлення членів сім'ї, близьких родичів чи інших осіб про затримання і місце свого перебування згідно з положеннями статті 213 Кримінального процесуального кодексу;

збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази;

брати участь у проведенні процесуальних дій;

під час проведення процесуальних дій ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дій, які заносяться до протоколу;

застосовувати з додержанням вимог Кримінального процесуального кодексу технічні засоби при проведенні процесуальних дій, в яких він бере участь. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд мають право заборонити застосовування технічних засобів при проведенні окремої процесуальної дії чи на певній стадії кримінального провадження з метою нерозголошення відомостей, які містять таємницю, що охороняється законом, чи стосуються інтимного життя особи, про що виноситься (постановляється) вмотивована постанова (ухвала);

заявляти клопотання про проведення процесуальних дій, про забезпечення безпеки щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо;

заявляти відводи;

ознайомлюватися з матеріалами досудового розслідування в порядку, передбаченому статтею 221 КПК, та вимагати відкриття матеріалів згідно зі статтею 290 КПК;

одержувати копії процесуальних документів та письмові повідомлення;

оскаржувати рішення, дії та бездіяльність слідчого, прокурора, слідчого судді в порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом;

вимагати відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове

розслідування, прокуратури або суду, в порядку, визначеному законом, а також відновлення репутації, якщо підозра, обвинувачення не підтвердились;

користуватись рідною мовою, отримувати копії процесуальних документів рідною або іншою мовою, якою він володіє, та в разі необхідності користуватися послугами перекладача за рахунок держави.

В ч.4 ст.42 зазначені додаткові права обвинуваченого. Так, обвинувачений також має право:

1) брати участь під час судового розгляду у допиті свідків обвинувачення або вимагати їхнього допиту, а також вимагати виклику і допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення;

2) збирати і подавати суду докази;

3) висловлювати в судовому засіданні свою думку щодо клопотань інших учасників судового провадження;

4) виступати в судових дебатах;

5) знайомитися з журналом судового засідання та технічним записом судового процесу, які йому повинні надати уповноважені працівники суду, і подавати свої зауваження;

6) оскаржувати в установленому Кримінальним процесуальним кодексом порядку судові рішення та ініціювати їх перегляд, знати про подані на них апеляційні та касаційні скарги, заяви про їх перегляд, подавати на них заперечення.

Підозрюваний, обвинувачений, який є іноземцем і тримається під вартою, має право на зустріч з представником дипломатичної чи консульської установи своєї держави, яку йому зобов'язана забезпечити адміністрація місця ув'язнення.

Підозрюваний, обвинувачений зобов'язаний:

1) прибути за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, а в разі неможливості прибути за викликом у призначений строк - заздалегідь повідомити про це зазначених осіб;

2) виконувати обов'язки, покладені на нього рішенням про застосування заходів забезпечення кримінального провадження;

3) підкорятися законним вимогам та розпорядженням слідчого, прокурора, слідчого судді, суду.

Підозрюваному, обвинуваченому вручається пам'ятка про його процесуальні права та обов'язки одночасно з їх повідомленням особою, яка здійснює таке повідомлення.

Стороною захисту є також виправданий і засуджений. Так, згідно ч.1 ст.43 КПК України виправданим у кримінальному провадженні є обвинувачений, виправдувальний вирок суду щодо якого набрав законної сили.

Згідно ч.2 ст.43 КПК засудженим у кримінальному провадженні є обвинувачений, обвинувальний вирок суду щодо якого набрав законної сили.

В ч.3 ст.43 КПК зазначено, що виправданий, засуджений має права обвинуваченого, передбачені статтею 42 Кримінального процесуального кодексу, в обсязі, необхідному для його захисту на відповідній стадії судового провадження.

Стороною захисту виступає також законний представник підозрюваного, обвинуваченого.

Так, згідно з ч.1 ст.44 КПК якщо підозрюваним, обвинуваченим є неповнолітній або особа, визнана в встановленому законом порядку недієздатною чи обмежено

дієздатною, до участі в процесуальній дії разом із ним залучається його законний представник.

В ч.2 ст.44 КПК зазначено, що як законні представники можуть бути залучені батьки (усиновлювачі), а в разі їх відсутності - опікуни, піклувальники особи, інші повнолітні близькі родичі чи члени сім'ї, а також представники органів опіки і піклування, установ і організацій, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній, недієздатний чи обмежено дієздатний.

Що стосується ролі законного представника в процесі доказування, то згідно ч.5 ст.44 КПК законний представник користується процесуальними правами особи, інтереси якої він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена представнику.

Стороною захисту виступає також захисник. Згідно ч.1 ст.45 КПК захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію). Захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на заняття адвокатською діяльністю. Захисник не має права взяти на себе захист іншої особи або надавати їй правову допомогу, якщо це суперечить інтересам особи, якій він надає або раніше надавав правову допомогу.

Неприбуття захисника для участі у проведенні певної процесуальної дії, якщо захисник був завчасно попереджений про її проведення, і за умови, що підозрюваний, обвинувачений не заперечує проти проведення процесуальної дії за відсутності захисника, не може бути підставою для визнання цієї процесуальної дії незаконною, крім випадків, коли участь захисника є обов'язковою.

Якщо підозрюваний, обвинувачений заперечує проти проведення процесуальної дії за відсутності захисника, проведення процесуальної дії відкладається або для її проведення залучається захисник у порядку, передбаченому статтею 53 КПК України.

Одночасно брати участь у судовому розгляді можуть не більше п'яти захисників одного обвинуваченого.

У відповідності з ч.4 ст.46 КПК захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених статтею 50 КПК, слідчому, прокурору, слідчому судді, суду.

У відповідності з ч.5 ст.46 КПК захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого, до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту - такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості. Такі зустрічі можуть відбуватися під візуальним контролем уповноваженої службової особи, але в умовах, що виключають можливість прослуховування чи підслуховування.

Захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту, передбачені КПК та іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи

обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого.

Захисник зобов'язаний прибувати для участі у виконанні процесуальних дій за участю підозрюваного, обвинуваченого. У разі неможливості прибути в призначений строк захисник зобов'язаний завчасно повідомити про таку неможливість та її причини слідчого, прокурора, слідчого суддю, суд, а у випадках, коли він призначений органом (установою), уповноваженим законом на надання безоплатної правової допомоги, - також і цей орган (установу).

Захисник без згоди підозрюваного, обвинуваченого не має права розголошувати відомості, які стали йому відомі у зв'язку з участю в кримінальному провадженні і становлять адвокатську або іншу, охоронювану законом таємницю.

Захисник після його залучення має право відмовитися від виконання своїх обов'язків лише у випадках:

- 1) коли є обставини, які згідно з КПК виключають його участь у кримінальному провадженні;
- 2) незгоди з підозрюваним, обвинуваченим щодо вибраного ним способу захисту, за винятком випадків обов'язкової участі захисника;
- 3) умисного невиконання підозрюваним, обвинуваченим умов укладеного з захисником договору, яке проявляється, зокрема, у систематичному недодержанні законних порад захисника, порушенні вимог цього Кодексу тощо;
- 4) коли він свою відмову мотивує відсутністю належної кваліфікації для надання правової допомоги у конкретному провадженні, що є особливо складним.

Захисник може у будь-який момент бути залученим підозрюваним, обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінальному провадженні. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані надати затриманій особі чи особі, яка тримається під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть запросити захисника, а також надати можливість використати засоби зв'язку для запрошення захисника. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані утримуватися від надання рекомендацій щодо залучення конкретного захисника.

Слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд зобов'язані забезпечити участь захисника у кримінальному провадженні у випадках:

- 1) коли відповідно до вимог статті 52 КПК участь захисника є обов'язковою, а підозрюваний, обвинувачений не залучив захисника;
- 2) коли підозрюваний, обвинувачений заявив клопотання про залучення захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно;
- 3) коли слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають участі захисника, а підозрюваний, обвинувачений не залучив його.

Захисник може бути залучений слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом в інших випадках, передбачених законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги.

У випадках, передбачених частиною першою цієї статті, слідчий, прокурор виносить постанову, а слідчий суддя та суд постановляє ухвалу, якою доручає відповідному органу (установі), уповноваженому законом на надання безоплатної правової допомоги, призначити адвоката для здійснення захисту за призначенням та

забезпечити його прибуття у зазначені у постанові (ухвалі) час і місце для участі у кримінальному провадженні.

Постанова (ухвала) про доручення призначити адвоката негайно направляється відповідному органу (установі), уповноваженому законом на надання безоплатної правової допомоги, і є обов'язковою для негайного виконання. Невиконання, неналежне або несвоєчасне виконання постанови (ухвали) про доручення призначити адвоката тягнуть відповідальність, встановлену законом.

Повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються:

- 1) свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю;
- 2) ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги.

Встановлення будь-яких додаткових вимог, крім пред'явлення захисником документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні не допускається.

Договір із захисником має право укласти особа, передбачена в частині першій статті 45 КПК, а також інші особи, які діють в її інтересах, за її клопотанням або за її наступною згодою.

Участь захисника є обов'язковою у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів. У цьому випадку участь захисника забезпечується з моменту набуття особою статусу підозрюваного.

В інших випадках обов'язкова участь захисника забезпечується у кримінальному провадженні:

- 1) щодо осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років, - з моменту встановлення факту неповноліття або виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою;
- 2) щодо осіб, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів виховного характеру, - з моменту встановлення факту неповноліття або виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою;
- 3) щодо осіб, які внаслідок психічних чи фізичних вад (німі, глухі, сліпі тощо) не здатні повною мірою реалізувати свої права, - з моменту встановлення цих вад;
- 4) щодо осіб, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження, - з моменту встановлення цього факту;
- 5) щодо осіб, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішується питання про їх застосування, - з моменту встановлення факту наявності в особи психічного захворювання або інших відомостей, які викликають сумнів щодо її осудності;
- 6) щодо реабілітації померлої особи - з моменту виникнення права на реабілітацію померлої особи.

Слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд залучають захисника для проведення окремої процесуальної дії в порядку, передбаченому статтею 49 КПК, виключно у невідкладних випадках, коли є потреба у проведенні невідкладної процесуальної дії за участю захисника, а завчасно повідомлений захисник не може прибути для участі у проведенні процесуальної дії чи забезпечити участь іншого захисника або якщо підозрюваний, обвинувачений виявив бажання, але ще не встиг залучити захисника або прибуття обраного захисника неможливе.

Запросити захисника до участі у окремій процесуальній дії має право і сам підозрюваний, обвинувачений. Якщо потреби у проведенні невідкладних процесуальних дій за участю захисника немає і коли неможливе прибуття захисника, обраного підозрюваним, обвинуваченим, протягом двадцяти чотирьох годин, слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд мають право запропонувати підозрюваному, обвинуваченому залучити іншого захисника.

Під час проведення окремої процесуальної дії захисник має ті ж самі права і обов'язки, що й захисник, який здійснює захист протягом кримінального провадження.

Захисник як до процесуальної дії, так і після неї має право зустрічатися з підозрюваним, обвинуваченим для підготовки до проведення процесуальної дії або обговорення її результатів.

Здійснення захисту під час проведення окремої процесуальної дії не покладає на захисника обов'язку надалі здійснювати захист у всьому кримінальному провадженні або на окремій його стадії.

Підозрюваний, обвинувачений має право відмовитися від захисника або замінити його.

Відмова від захисника або його заміна повинна відбуватися виключно в присутності захисника після надання можливості для конфіденційного спілкування. Така відмова або заміна фіксується у протоколі процесуальної дії.

Відмова від захисника не приймається у випадку, коли його участь є обов'язковою. У такому випадку, якщо підозрюваний, обвинувачений відмовляється від захисника і не залучає іншого захисника, захисник повинен бути залучений у порядку, передбаченому статтею 49 КПК України, для здійснення захисту за призначенням.

Суб'єктом доказування у кримінальному судочинстві виступає також потерпілий. Згідно ч.1 ст.55 КПК потерпілим у кримінальному провадженні може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди.

В ч.3 ст.55 КПК зазначено, що потерпілим є також особа, яка не є заявником, але якій кримінальним правопорушенням завдана шкода і у зв'язку з цим вона після початку кримінального провадження подала заяву про залучення її до провадження як потерпілого.

Як суб'єкт доказування потерпілий наділений певними правами. Так, у відповідності з ч.1 ст.56.

Згідно ч.2 ст.56 КПК під час досудового розслідування потерпілий має право:

- 1) на негайне прийняття і реєстрацію заяви про кримінальне правопорушення, визнання його потерпілим;
- 2) отримувати від уповноваженого органу, до якого він подав заяву, документ, що підтверджує її прийняття і реєстрацію;
- 3) подавати докази на підтвердження своєї заяви;
- 4) брати участь у слідчих (розшукових) та інших процесуальних діях, під час проведення яких ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дії, що заносяться до протоколу, а також знайомитися з протоколами слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, виконаних за його участі;
- 5) отримувати копії матеріалів, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення, після закінчення досудового розслідування.

В ч.3 ст.56 КПК закріплені права під час судового провадження в будь-якій інстанції.

Згідно ч.4 ст.56 КПК на всіх стадіях кримінального провадження потерпілий має право примиритися з підозрюваним, обвинуваченим і укласти угоду про примирення. У передбачених законом України про кримінальну відповідальність та КПК випадках примирення є підставою для закриття кримінального провадження.

Обов'язки потерпілого:

1) прибути за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, а у випадку неможливості своєчасного прибуття - завчасно повідомити про це, а також про причини неможливості прибуття;

2) не перешкоджати встановленню обставин вчинення кримінального правопорушення;

3) не розголошувати без дозволу слідчого, прокурора, суду відомості, які стали йому відомі у зв'язку з участю у кримінальному провадженні і які становлять охоронювану законом таємницю.

Суб'єктом доказування у кримінальному судочинстві виступає також представник потерпілого. Так, згідно ч.1 ст.58 КПК представником потерпілого у кримінальному провадженні може представляти представник - особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником. У відповідності з ч.2 ст.58 КПК представником юридичної особи, яка є потерпілим, може бути її керівник, інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи за довіреністю, а також особа, яка має право бути захисником в кримінальному провадженні. Представник користується процесуальними правами потерпілого, інтереси якого він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо потерпілим і не може бути доручена представнику (ч.4 ст.58 КПК).

Суб'єктом доказування є також законний представник потерпілого. Так, згідно ч.1 ст.59 КПК якщо потерпілим є неповнолітня особа або особа, визнана в установленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, до участі в процесуальній дії разом з нею залучається її законний представник.

Що стосується питань участі законного представника потерпілого у кримінальному провадженні, то у відповідності з ч.2 ст.59 КПК питання участі законного представника потерпілого у кримінальному провадженні регулюється згідно з положеннями ст.44 Кримінального процесуального кодексу.

Згідно ст.92 КПК обов'язок доказування обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, за винятком випадків, передбачених частиною другої цієї статті, покладається на слідчого, прокурора та, в установлених КПК випадках, - на потерпілого.

Що ж стосується обов'язку доказування належності та допустимості доказів, даних щодо розміру процесуальних витрат та обставин, які характеризують обвинуваченого, у відповідності із ч.2 ст.92 КПК, покладається на сторону, що їх подає.

У відповідності із ст.22 КПК кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими КПК.

Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених КПК.

Принцип змагальності проявляється в процесі доказування також в тому, що під час кримінального провадження функції обвинувачення, захисту та судового розгляду не можуть покладатися на один і той же орган чи службову особу.

Захист в ході кримінального провадження здійснюється підозрюваним або обвинуваченим, його захисником або законним представником.

При цьому суд, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків.

Реалізація сторонами обов'язку доказування являє собою спростування припущення про невинуватість особи, а тому теоретично та практично пов'язано зі змістом принципу презумпції невинуватості.

Під презумпцією невинуватості розуміють вимогу, згідно з якою підозрюваний, обвинувачений або підсудний вважається невинуватим, доки його винуватість у вчиненні злочину не буде доведена у порядку, передбаченому законом, і встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. Презумпція невинуватості отримала свій безпосередній вираз у Конституції України (ст.62). Вона впливає також з конституційної вимоги забезпечення доведеності вини (п.3 ст.129) і ряду норм КПК, у тому числі ч.1 ст.17, у відповідності з якою особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.

Як уже вище зазначалось, обов'язок доказування лежить на стороні обвинувачення. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи.

Крім того, згідно названого принципу, підозра, обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях, а також на доказах, отриманих незаконним шляхом. А це в свою чергу означає, що обвинувальний вирок не може ґрунтуватися на припущеннях і постановляється лише за умови, коли в ході судового розгляду вина обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення доведена. Отже, тільки повна доведеність обвинувачення є підставою для постановлення обвинувального вироку і призначення покарання. Коли ж вина обвинуваченого не доведена, то має бути постановлений виправдувальний вирок, за яким особа визнається невинуватою. У разі ж виникнення сумнівів щодо доведеності вини особи, суд у відповідності із ч.4 ст.17 КПК усі такі сумніви повинен тлумачити на користь такої особи.

В ч.5 ст.17 КПК зазначено, що поведження з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили, має відповідати поведженню з невинуватою особою.

Тому при здійсненні кримінального провадження треба вживати заходів для перевірки таких обставин, що вказують на можливу невинуватість підозрюваного чи обвинуваченого. Із презумпції невинуватості впливає і вимога, щоб у ході досудового розслідування і при підготовчому провадженні обвинувачення було обґрунтоване наявними у провадженні доказами.

Презумпція невинуватості звернена до сторін, які здійснюють діяльність у кримінальному провадженні. Слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд в силу вимог закону зобов'язані виходити з припущення про невинуватість підозрюваного або обвинуваченого, поки на підставі зібраних

доказів вони не дійдуть достовірного висновку про його винуватість і не сформулюють цей висновок у відповідному підсумковому процесуальному рішенні - обвинувальному акті чи вирoku. Докази, що становлять сукупність як підґрунтя для притягнення особи до кримінальної відповідальності, можуть одержуватися лише з дотриманням кримінально-процесуальної процедури, тобто обвинувачення не може будуватися на недопустимих доказах (ч.1 ст.87 КПК).

Так, у відповідності з названою статтею недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

Недоведена винуватість обвинуваченого юридично прирівнюється до доведеної невинуватості. Всі сумніви щодо доведеності вини, якщо вичерпані можливості їх усунення, а також сумніви в тлумаченні закону вирішуються на користь підозрюваного, обвинуваченого, підсудного.

Виходячи із принципу публічності (ст.25 КПК) прокурор, слідчий зобов'язані в межах своєї компетенції розпочати досудове розслідування в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення (за виключенням випадків, коли кримінальне провадження може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого) або в разі надходження заяви про вчинення кримінального правопорушення, а також вжити всіх передбачених законом заходів для встановлення події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила.

Виступаючи стороною обвинувачення названі суб'єкти при здійсненні доказування у кримінальному провадженні виступають стороною обвинувачення. А у відповідності із ч.2 ст.93 КПК сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом.

Саме тому всі учасники кримінального процесу, які представляють сторону захисту (підозрюваний, обвинувачений, законний представник підозрюваного, обвинуваченого, виправданний, засуджений) не зобов'язані спростовувати обвинувачення. Вони мають право брати участь у доказуванні у відповідності із ч.3 ст. 93 КПК.

Установлений КПК обов'язок захисника (ст.47) використовувати засоби захисту, передбачені Кримінальним процесуальним кодексом та іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого не означає, що він має доводити невинуватість через обов'язкове подання доказів. Захисник може обмежитися обґрунтованим твердженням, що обвинувач не встановив обставини предмета доказування (ст.91 КПК).

Активність або пасивність захисника в процесі доказування - питання тактики та його професійної підготовки, хоча чинне законодавство і закріплює низку прав (ст.46 КПК), реалізуючи які захисник може брати активну участь у доказуванні.

### 3. Обов'язок доказування.

Відповідно до ст. 92 КПК обов'язок доказування обставин, передбачених ст. 91 КПК (тобто обставин, які входять до загального предмета доказування), покладається на слідчого, прокурора та, в установлених КПК випадках, – на потерпілого.

Обов'язок доказування належності та допустимості доказів, даних щодо розміру процесуальних витрат і обставин, які характеризують обвинуваченого, покладається на сторону, що їх подає. На наш погляд, у процитованій статті, незважаючи на її назву, регламентовані дві самостійні категорії кримінального процесуального права: обов'язок доказування та тягар доказування.

Під обов'язком доказування необхідно розуміти юридичний обов'язок певних суб'єктів кримінального провадження. В загальній теорії права юридичний обов'язок визначається як вид і міра належної поведінки, яка встановлена законом. Основною ознакою юридичного обов'язку є необхідність нести відповідальність за його невиконання. В кримінальному процесі така відповідальність за невиконання обов'язку доказування може бути, зокрема, дисциплінарною (наприклад, догана або звільнення з роботи за невиконання чи неналежне виконання своїх професійних обов'язків) або процесуальною (наприклад, відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування керівником органу досудового розслідування за ініціативою прокурора або з власної ініціативи, скасування прокурором, який здійснює процесуальне керівництво, або слідчим суддею чи судом рішення слідчого тощо).

Будь-якому юридичному обов'язку кореспондує право вимагати його виконання. Кримінальний процесуальний закон наділяє суб'єктів процесу досить широким колом таких прав (зокрема, право заявляти клопотання, робити заяви, подавати скарги, заявляти відводи тощо). Вважаємо, що положення ч.1 ст. 92 КПК, яка в імперативній формі передбачає коло суб'єктів обов'язку доказування зазначених у законі обставин, регламентує саме обов'язок доказування як різновид юридичного обов'язку. Стосовно тягара доказування, то перед тим, як запропонувати розуміння його сутності та особливості нормативного регламентування, варто зауважити, що ця категорія досліджувалася ще дореволюційними процесуалістами.

В радянський час можливість і необхідність її існування, як правило, відкидалася, оскільки це поняття по суті ототожнювалося з юридичним обов'язком всебічного, повного й об'єктивного дослідження всіх обставин справи. Спроби виділення й дослідження цього поняття на той час піддавалися критиці

На думку радянських вчених, тягар доказування є результатом слідування догмам і практиці кримінального процесу буржуазних країн та характерним проявом їх класової сутності, а також наслідком реакційної сутності культу особи в галузі права. Він характерний для процесу обвинувального типу, де розподіляється між сторонами, причому неподання стороною доказів для обґрунтування вимог призводить до негативних наслідків, тобто до несприятливого вирішення справи.

Неприйняття цього явища (тягара доказування) можемо зустріти й у вітчизняних виданнях з кримінального процесу як в останні роки (в них традиційно мова йшла лише про обов'язок доказування, що, відповідно до ст. 22 КПК України 1960 р., покладалася

на так званих суб'єктів, які ведуть кримінальний процес (орган дізнання, слідчого, прокурора, суддю) так і в наш час (тягар доказування знову ж ототожнюється з обов'язком його здійснення, і обидва терміни вживаються як синоніми).

Чому ж необхідним є виділення категорії «тягар доказування» як самостійної в науці кримінального процесу та в чому її відмінність від «обов'язку доказування»? На наш погляд, доцільність введення в науковий обіг категорії «тягар доказування» пояснюється, в першу чергу, розширенням змагальних засад кримінального провадження, які мають місце в новому КПК України (зокрема, на стадії досудового розслідування). Адже в новому КПК стороні захисту надані досить широкі повноваження щодо захисту своїх інтересів у кримінальному провадженні (і не тільки шляхом піддання сумніву висунутої підозри чи обвинувачення, а й шляхом самостійного формування доказової основи власної правової позиції та її активне відстоювання).

Крім того, до цього спонукає й законодавче регламентування розподілу обов'язку (необхідності) доказування між суб'єктами різних сторін (ч. 2 ст. 92 КПК). Однак, оскільки така необхідність не завжди (або більш правильно не щодо всіх суб'єктів доказування) гарантується певним видом відповідальності, то, вважаємо, що потрібно говорити саме про тягар доказування, а не про його обов'язок.

На підтвердження висловлених вище міркувань щодо обумовленості дослідження тягара доказування вказаними законодавчими новелами можна навести й вислів Л. Є. Владимірова: «тягар доказування ... передбачає відділення влади обвинувальної від судової. Ось чому про тягар доказування як про особливий обов'язок не може бути мови в слідчому процесі».

В юридичній літературі вже висловлювалася думка, що юридичний обов'язок і тягар доказування – це різні правові явища. У зв'язку з цим цікавими є позиції, висловлені дослідниками цього питання в цивільному процесі.

Так, на думку О. В. Бауліна, у зв'язку з відсутністю у тягара доказування основної ознаки будь-якого юридичного обов'язку, а саме: відповідальності за його невиконання, цілком правомірно розглядати його як особливе правове явище, яке не вписується в традиційну класифікацію на права і обов'язки сторін.

Майже аналогічна думка була висловлена й одним із небагатьох прихильників позиції щодо необхідності виділення категорії «тягар доказування» в радянському кримінальному процесі М. М. Полянським (хоча, потрібно пам'ятати, що у зв'язку із відсутністю реальної змагальності радянського кримінального процесу дослідження цього поняття на той час було безпредметним і малоперспективним).

На його погляд, поняття «обов'язок» та «тягар доказування» не однозначні: покладання на сторону в процесі тягара доказування означає лише, що якщо сторона не зможе доказати свого твердження щодо якоїсь обставини, то вона несе наслідки того, що воно залишається недоказаним, і тільки обов'язок доказування означає, що йому протиставляється право примусу його виконання

Відмінність у поняттях «обов'язок доказування» і «тягар доказування» вбачали й автори «Теорії доказів в радянському кримінальному процесі». Вони, зокрема, вказували: «Тягар доказування (буквально, тяжка ноша, вантаж) не є рівнозначним юридичному обов'язку... в радянському кримінальному процесі тягара доказування в жодному вказаному значенні не існує..., якщо прийняти поняття «тягар доказування», його потрібно було б поширити й на обвинуваченого, на якого б падав ризик, що коли він не буде доказувати виправдувальні обставини, то слідчий і суд їх не встановлять».

Таким чином, на підставі викладеного, вважаємо, що юридичний обов'язок і тягар доказування є самостійними правовими явищами.

Відмінність між ними в тому, що тягар доказування забезпечується не заходами відповідальності, а в більшій мірі тим інтересом, який переслідується сторонами в кримінальному процесі. Інтерес, а не примус є рушійною силою при реалізації тягара доказування. Вважаємо, що саме в цьому сенсі чинний закон передбачає, що обов'язок доказування належності та допустимості доказів, даних щодо розміру процесуальних витрат та обставин, які характеризують обвинуваченого, покладається на сторону, що їх подає (ч. 2 ст. 92 КПК).

Крім того, саме в цьому сенсі тягар доказування обвинувачення і відкидання доводів, що наводяться на захист підозрюваного чи обвинуваченого, лежить на стороні обвинувачення (ч. 2 ст. 17 КПК).

У зв'язку з цим стає зрозумілим твердження про те, що обов'язок доказування винуватості особи, який лежить на стороні обвинувачення, не є безумовним. У тих випадках, коли обвинувачення не підтверджується обставинами кримінального провадження, суб'єкти сторони обвинувачення можуть від нього відмовитися.

Отже, якщо розглядати можливі наслідки невиконання юридичного обов'язку не з позиції застосування певного виду юридичної відповідальності, а з точки зору можливого незадоволення інтересів певних суб'єктів, то мова повинна йти не про обов'язок доказування, а про тягар його здійснення. Також хотілось б висловити ще одну думку, яка впливає на розуміння сутності тягара доказування в кримінальному провадженні й на визначення його поняття.

Для того, щоб у однієї сторони (наприклад сторони обвинувачення) була можливість відкинути доводи іншої (сторони захисту), остання повинна не просто заперечувати, не погоджуватись чи сумніватись, а чимось обґрунтовувати своє твердження (тобто воно повинно бути позитивним). Іншими словами, якщо суб'єкти сторони захисту займають пасивну позицію, яка полягає тільки у висловленні заперечень, незгоди чи сумнівів щодо матеріалів, представлених стороною обвинувачення або щодо недоліків у процесуальній формі їх отримання, то в такому разі обвинуваченню немає чого відкидати, спростовувати, окрім цих заперечень чи сумнівів.

Сторона обвинувачення в такому разі представляє додаткові доводи, докази на підтвердження відповідності процесуальної дії закону або відповідності дійсності тих відомостей, які отримані в процесі цієї дії. Необхідно наголосити ще й на тому, що твердження, яке повинно бути доказане має бути не просто позитивним, а й об'єктивно досяжним.

Це означає, що воно має бути цілком визначеним як у часі, так і в просторі, й, можливо, встановленим чи підтвердженим з використанням наявних засобів і способів доказування у певної сторони.

На підставі викладеного вважаємо, що тягар доказування в кримінальному процесі – це правове явище, сутність якого полягає в обумовленій інтересом процесуальній необхідності певного суб'єкта доказування відстояти свою правову позицію, шляхом вчинення дій, спрямованих на формування доказової основи та на її обґрунтування позитивними та об'єктивно досяжними твердженнями. На основі аналізу положень загальної теорії процесуального права та цивільної процесуальної науки, у якій поняттю тягара доказування приділялося більше уваги можна запропонувати й більш простіше розуміння сутності тягара доказування, а саме – як сукупності правил

розподілення між учасниками процесу їх зобов'язань обґрунтувати наявність тих чи інших обставин. Такими правилами розподілення у вітчизняному кримінальному процесі є: 1. Основне (загальне) правило ґрунтується на положенні логіки щодо перебігу будь-якого спору. Його зміст у тому, що «той, хто відстоює певне судження, повинен наводити його підстави».

Стосовно доказування, це означає, що той, хто висуває той чи інший доказовий тезис, повинен його довести. Таким чином, у логіці під обов'язком доказування розуміється не юридичний обов'язок у загально-теоретичному розумінні цього терміна (як міра належної, необхідної поведінки), а тягар його здійснення. Підтвердженням цієї думки є й вчення англійського науковця Беста, який вважав, що будь-який спір у кінцевому рахунку зводиться до того, що одна сторона стверджує щось, а інша заперечує або принаймні не визнає. Зрозуміло, що там, де немає підстав вважати, що твердження однієї сторони є більш імовірними, ніж заперечення іншої, і де засоби доказування є однаково доступні для тих, хто суперечить, там сторона, яка стверджує, і повинна доказати свої твердження (тобто саме на ній лежить тягар доказування).

Сторона, яка заперечує, не повинна наводити ніяких доказів протилежного, поки сторона, яка стверджує, не надасть більш або менш переконливих доказів на підтвердження своїх положень. Саме виходячи із такого розуміння тягар доказування обвинувачення лежить на обвинувачу (тобто на тому, хто стверджує це). Саме він повинен доказати всі його істотні пункти, щоб не залишалось розумних сумнівів щодо винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Правомірність правила щодо доказування обвинувачення, крім зазначеного вище начала логіки, пояснюється й тим, що у своїй основі воно містить штучне припущення, створене для захисту особи в кримінальному провадженні, а саме презумпції невинуватості (невинуватість обвинуваченого припускається, доки не буде доказано протилежне).

Відповідно до змісту цього положення тягар доказування фактів, які мають кримінально-правове значення, покладається на суб'єктів процесу сторони обвинувачення. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи (ст. 17 КПК).

Презумпція невинуватості в такому випадку захищає сторону, яка об'єктивно знаходиться в слабшому становищі, гарантує публічну змагальну рівність сторін. Вона або взагалі звільнює слабку сторону від необхідності доказування важливої для неї обставини, або робить це завдання більш досяжним, яке полягає в тому, щоб викликати сумніви в правовій позиції протилежної сторони щодо винуватості. На підставі аналізу чинного кримінального процесуального законодавства та практики його застосування можна навести й інші приклади, які підтверджують загальне правило.

Зокрема: тягар доказування правомірності заявленого клопотання (виходячи із презумпції його необґрунтованості), покладається на сторону, яка його заявила (ст. 184, ч. 3 ст. 234 КПК); тягар доказування належності та допустимості доказів (виходячи з презумпції їх недопустимості), даних щодо розміру процесуальних витрат (виходячи з презумпції їх мінімальності або відсутності), покладається на сторону, що їх подає (ч. 2 ст. 92 КПК); тягар доказування обставин, які виключають участь у кримінальному провадженні судді (виходячи з презумпції відсутності підстав для цього) покладається на суб'єктів, які заявили відвід (ч. 5 ст. 80 КПК) та ін.

2. Тягар доказування інколи може переміщатися й на інших суб'єктів кримінального провадження, у тому числі й на сторону захисту (а іноді й навіть на

суб'єктів кримінального провадження, які, як ми вище зазначили, не є суб'єктами доказування, а є такими, які сприяють його здійсненню). Переміщення тягара доказування може стосуватися як фактів, які мають матеріально-правове, так і фактів, що мають процесуальне значення.

2.1. Що стосується можливого переміщення тягара доказування матеріально-правових фактів, то воно у вітчизняній науковій літературі майже не досліджувалося. Як правило, висловлювався, на наш погляд, досить спрощений підхід щодо неможливості такого переміщення, тобто відсутності будь-яких розумних винятків з положення презумпції невинуватості. Вважаємо, що такий підхід є дещо консервативним (закостенілим), і таким, що не відповідає типу сучасного вітчизняного (публічно-змагального) кримінального процесу. На підставі аналізу цього питання в дореволюційних наукових працях з кримінального процесу, наукових досліджень сучасних процесуалістів (в основному в галузі цивільного процесу) та чинного кримінального процесуального законодавства України і практики його застосування, вважаємо, що можна припустити такі випадки можливого переміщення тягара доказування матеріально-правових фактів у кримінальному провадженні: 1) коли сформована доказова основа тією чи іншою стороною дає можливість для висунення сильного фактичного припущення. В такому разі тягар доказування (спростування цього припущення) переміщується на іншу сторону. Прикладом такого випадку може бути: а) встановлення обвинувачем факту володіння краденою річчю, що призводить до перекидання тягара доказування на підозрюваного, обвинуваченого, який повинен доказати правомірність такого володіння (наприклад, законного придбання цієї речі); б) встановлення обвинувачем у кримінальному провадженні про отруєння факту купівлі обвинуваченим яду; в такому разі на останнього переміщається тягар доказування правомірності мети його покупки; в) надання стороною захисту доказів на підтвердження алібі обвинуваченого зумовлює необхідність його спростування стороною обвинувачення; 2) коли належна доказова основа як однією, так і іншою стороною ще не сформована, однак з приводу існування певних фактів може бути висловлена певна юридична презумпція на користь однієї із сторін. У такому разі тягар спростування цієї презумпції може переміститися на протилежну сторону.

Так, зокрема: а) якщо презумпція йде на користь сторони, яка заперечує певні факти, то це є додатковою підставою для покладання тягара доказування на того, хто стверджує (наприклад, обвинувач стверджує, що обвинувачений вчинив якийсь правопорушення; однак відповідно до ст. 62 Конституції та ст. 17 КПК він припускається невинуватим, поки не доказана його винуватість (маємо ситуацію, коли юридична презумпція діє на користь обвинуваченого, а це підтверджує необхідність покладання тягара доказування на обвинувача («підтверджує» тому, що тягар доказування й так покладался на нього згідно з основним правилом його розподілу – «доказує той, хто стверджує»)); б) якщо ж має місце ситуація навпаки, презумпція йде на користь сторони, яка стверджує щось, то сторона, яка заперечує, повинна прийняти на себе тягар доказування (наприклад, обвинувач стверджує, що зважаючи на дії обвинуваченого та на підставі звичайного ходу людських справ, він вчинив кримінальне правопорушення умисно (тобто презумпція умислу, поки не доказано зворотне, висувається проти обвинуваченого, а це означає, що тягар доказування не умисної форми вини покладається на обвинуваченого). Таке переміщення тягара доказування є суто процесуальним, наперед невідомим, обумовленим ходом кримінального

провадження та вчиненням стороною всіх розумно можливих дій для підтвердження певної обставини або висловлення якоїсь юридичної презумпції.

Момент такого переміщення в кожному випадку визначається протилежною стороною (на досудовому розслідуванні ще й інколи слідчим суддею при розгляді ним певних питань, а в судовому засіданні – судом); 3) коли інша сторона знаходиться в об'єктивно сильнішому становищі, має кращі можливості для доказування певного факту. Виділення цього можливого випадку переміщення було запропоновано К. Б. Калиновським. Вважаємо, що він має право на існування, оскільки забезпечує процесуальну рівність сторін. Так, презумпція невинуватості захищає обвинуваченого, покладаючи тягар доказування на обвинувача, оскільки за своїми можливостями сторона захисту, як правило, є фактично слабшою за сторону обвинувачення, яка має у своєму розпорядженні всю організаційну та матеріальну міць держави.

Однак ситуація радикально змінюється в особливих випадках, коли сторона захисту об'єктивно знаходиться в кращому становищі в доказуванні, ніж сторона обвинувачення. Зазвичай це буває тоді, коли обвинувачу необхідно відкидати так званий заперечувальний факт, на який посиляється сторона захисту, особливо, якщо цей факт одночасно є і головним фактом у кримінальному провадженні. Відомо, що заперечувальні факти можна доказувати з певною долею достовірності лише тоді, коли вони встановлюються за допомогою позитивних фактів (наприклад, відкидання факту зберігання наркотичних речовин (заперечувальний факт) – фактом її незаконної купівлі в іншої особи (позитивний факт)). Якщо подібні позитивні факти не встановлені, винуватість особи, яка посиляється на заперечувальний головний факт, зазвичай залишається недоказаною. Крім того, можливість відкидання заперечувальних фактів, висловлених стороною захисту, залежить і від характеру позитивних фактів, які повинен встановити обвинувач. Як ми вище вже висловлювались, це означає, що для того щоб відкинути заперечувальний факт, позитивні факти повинні відповідати умові досяжності, тобто бути достатньо визначеними, мати необхідну локалізацію в часі та просторі. Так, у справі Фам Хоанг проти Франції підозрюваний був затриманий на кордоні при ввезенні у Францію героїну. Французьке законодавство передбачає, що ввезення заборонених товарів (до числа яких належить і героїн) презюмується незаконним, якщо особа, яка його ввозить, не докаже зворотного: наприклад, пред'явивши достатні виправдувальні документи, або доказавши, що дія вчинялася в ситуації крайньої необхідності, або була наслідком помилки, уникнути якої було неможливо. В справі, яка розглядалася, не було надано жодного з подібних виправдувальних доказів, а обвинувачений відмовився давати - будь-які пояснення. Європейський суд з прав людини, розглянувши справу за скаргою заявника, визнав, що немає нічого недопустимого в припущенні, що особа, яка у володінні має дещо, чим володіти в загальному порядку заборонено, повинна пояснити цей факт, в протилежному випадку вона буде визнана винуватою. По суті Європейським судом була застосована презумпція винуватості, тягар спростування якої лежить на стороні захисту. Позитивні факти, які гіпотетично могли спростувати версію про випадкове чи правомірне знаходження у підозрюваного наркотичної речовини, знаходилися поза досяжністю французької влади. За відсутності пояснень підозрюваного їх слід було шукати на великій зарубіжній території та у невизначеній часовій ретроспективі. Коли ж позитивні факти, якими можуть бути спростовані заперечувальні, є досяжними – це дозволяє зберегти на стороні обвинувачення основний тягар доказування.

2.2. Щодо можливого переміщення тягара доказування фактів, які мають процесуальне значення, то з метою розкриття його особливостей насамперед доцільно звернутися до рішення Конституційного суду Російської Федерації, положення якого, на наш погляд, може бути використане для вирішення поставленого питання і в нашому кримінальному провадженні. В ньому зазначено, що підставами будь-якого виду юридичної відповідальності, виходячи із загального поняття складу правопорушення, є вина, якщо в самому законі прямо й однозначно не встановлено інше. Стосовно сфери кримінальної відповідальності, Конституція закріплює презумпцію невинуватості, тобто покладає обов'язок доказування вини у вчиненні протиправного діяння на відповідні державні органи. В процесі правового регулювання інших видів юридичної відповідальності законодавець вправі вирішувати питання про розподіл тягара доказування вини іншим чином, враховуючи при цьому особливості відповідних відносин та їх суб'єктів, а також вимоги невідворотності відповідальності та інтереси захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і свобод інших осіб, забезпечення оборони країни і безпеки держави. Чинний КПК України, регламентуючи застосування процесуальних санкцій за порушення своїх норм, прямо не вказує на можливість їх застосування без вини. Виходячи із процитованого вище положення Конституційного суду РФ (яке, на наш погляд, є цілком розумним і може бути використано й вітчизняною юридичною наукою), вина повинна бути встановлена.

Однак на підставі аналізу чинного кримінального процесуального законодавства можна стверджувати, що в окремих випадках вона може презюмуватися. Так, відповідно до положення ст. 139 КПК, якщо підозрюваний, обвинувачений, свідок, потерпілий, цивільний відповідач, який був у встановленому КПК порядку викликаний, не з'явився без поважних причин або не повідомив про причини свого неприбуття, на нього накладається грошове стягнення, а до підозрюваного, обвинуваченого, свідка також може бути застосовано привід. Як бачимо, в даній нормі відсутність поважних причин (а отже й винуватість особи, яка не з'явилася за викликом) презюмується, а тягар доказування невинуватості (поважної причини неприбуття) покладається на викликану особу. Ще одним прикладом розподілення тягара доказування фактів, які мають кримінально-процесуальне значення, може бути вже цитоване вище положення ч. 2 ст. 92 КПК, яка передбачає, що обов'язок доказування належності та допустимості доказів, даних щодо розміру процесуальних витрат та обставин, які характеризують обвинуваченого, покладається на сторону, що їх подає. Висновки. Вважаємо, що наведені вище приклади законодавчого регламентування обов'язку доказування окремих процесуальних фактів суб'єктами не тільки сторони обвинувачення, а й сторони захисту (й навіть інколи суб'єктами, які сприяють доказуванню), свідчать про розумність і допустимість такого підходу, в першу чергу, з точки зору принципу змагальності, оскільки стороні обвинувачення для порушення вимог рівноправності сторін було б непосильно встановлювати всі ці факти.

#### **4. Збирання та оцінка доказів.**

Поняття доказування - це діяльність суб'єктів кримінального процесу по збиранню, перевірці й оцінці доказів та їх процесуальних джерел, а також по формуванню на цій основі певних тез і наведення аргументів для їх обґрунтування. Процес доказування - це шлях відтворення реальної картини події кримінального правопорушення, з'ясування її сутності та вироблення на підставі цього відповідних процесуальних рішень.

У відповідності з ч.2 ст.91 КПК України, доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження. Доказування являє собою процесуальну діяльність слідчого, прокурора, слідчого судді і суду по оперуванню доказами.

Цей процес формує комплекс процесуальних дій і відносин, які можна згрупувати в окремі відносно самостійні елементи. Останні є важливими для аналізу внутрішнього змісту кримінально-процесуального доказування.

Слід зазначити, що елементи процесу доказування не є етапами доказування. Оскільки з етимологічних позицій ці терміни мають різне тлумачення.

Етапи - це періоди пошуку істини у різних провадженнях і в окремих стадіях кримінального процесу. Наприклад, різними є етапи доказування на досудовому слідстві та в суді. Елементи доказування є єдиними для всіх кримінальних проваджень. В окремих стадіях процесу вони відрізняються лише своєю роллю і поєднанням.

Етап розглядається як проміжок в часі, що має свій початок і кінець, а елемент як нерозривна частина одного цілого. Загальновідомо, що процес доказування і є тим нерозривним процесом пізнання, в якому названі вище елементи повторюються змінюючи один одного.

Найпоширенішою (традиційною) є позиція вчених, згідно з якою процес доказування складається з 3 елементів: 1) збирання, 2) перевірка і 3) оцінка доказів.

Збирання доказів - це здійснювана із дотриманням процесуальної форми діяльність сторони обвинувачення та сторони захисту із пошуку та виявлення джерела фактичних даних, вилучення необхідної інформації та її фіксації.

Збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим у порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом (ст.93 КПК України)

Сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом.

Сторона захисту, потерпілий здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

Ініціювання стороною захисту, потерпілим проведення слідчих (розшукових) дій здійснюється шляхом подання слідчому, прокурору відповідних клопотань, які розглядаються в порядку, передбаченому статтею 220 Кримінального процесуального кодексу, «Розгляд клопотань під час досудового розслідування». Таке клопотання сторони захисту, потерпілого і його представника чи законного представника про виконання будь-яких процесуальних дій слідчий, прокурор зобов'язані розглянути в строк не більше трьох днів з моменту подання і задовольнити їх за наявності відповідних підстав.

Про результати розгляду клопотання повідомляється особа, яка заявила клопотання. Про повну або часткову відмову в задоволенні клопотання виноситься мотивована постанова, копія якої вручається особі, яка заявила клопотання.

Постанова слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій може бути оскаржена слідчому судді.

У відповідності із ст.223 КПК України слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні.

Підставами для проведення слідчої (розшукової) дії є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення її мети. До слідчих (розшукових) дій, згідно Кримінального процесуального кодексу, слід віднести:

- допит (статті 224-226 КПК України);
- пред'явлення особи для впізнання (ст.228);
- пред'явлення речей для впізнання (ст.229);
- впізнання трупа(ст.230);
- обшук (ст.234);
- огляд (ст.237).
- огляд трупа (ст.238);
- слідчий експеримент (ст.240);
- освідчування особи(ст.241);
- проведення експертизи (ст.242).
- До числа негласних слідчих (розшукових) дій слід віднести:
- аудіо-, відеоконтроль особи(ст.260);
- накладення арешту на кореспонденцію (ст. 261);
- огляд і виїмка кореспонденції(ст.262);
- зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж(ст.263);
- зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст.264);
- обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи(ст.267);
- спостереження за особою, річчю або місцем(ст.269);
- контроль за вчиненням злочину(ст.271).

Під час збирання доказів відбувається їх формування, що включає провадження і процесуальне оформлення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій слідчого, прокурора, слідчого судді, суду по виявленню, вилученню та процесуальній фіксації (закріпленню) доказової інформації у встановленому законом порядку.

Найважливішими структурними елементами збирання доказів є пошук і вилучення доказової інформації. Її пошук може здійснюватись як у процесуальній, так і в непроцесуальній формі.

Прикладом пошуку носіїв доказової інформації у непроцесуальній формі є використання при розслідуванні орієнтуючої інформації. У вирішенні цього завдання особливе місце належить оперативно--розшуковій діяльності. Без закріплення доказу процес його формування не може вважатися завершеним, бо інформація, отримана сторонами кримінального провадження у вигляді матеріального та ідеального образів, може бути використана в доказуванні лише після перетворення її на форму, доступну для сприйняття всіма учасниками кримінального провадження.

Необхідним структурним елементом збирання доказів є також правозабезпечуючі операції. Це наділені правовою формою дії, через які слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд забезпечують можливість реалізації прав, наданих кримінально-процесуальним законом особам, які беруть участь у збиранні доказів.

Отже, під збиранням доказів у кримінальному процесі слід розуміти елемент доказування, змістом якого є здійснення уповноваженим (компетентним) державним органом пошукових, пізнавальних, посвідчуючих і правозабезпечуючих дій з метою сприйняття інформації, що міститься в слідах кримінального правопорушення, її вилучення та закріплення в матеріалах кримінального провадження.

Серед способів збирання доказів слідчі (розшукові) дії мають найбільшу питому вагу. Процедуру провадження слідчих (розшукових) дій чітко врегульовано КПК. Обов'язковим є складання протоколу, у якому закріплюється перебіг і результати провадження. Слідчі (розшукові) дії - це спрямовані на формування доказів дії, що вчиняються лише уповноваженим

стороною і включають сукупність прийомів пошуку, пізнання та посвідчення фактичних даних із дотриманням прав учасників кримінального провадження при їх здійсненні.

Окрім процедури провадження слідчих і судових дій та призначення експертизи відзначимо лаконічність правового регулювання розглядуваних способів збирання доказів, але необхідно застерегти проти спроб трактувати їх як непроцесуальні. Оскільки вони закріплені в кримінально-процесуальному законі, їх процесуальна природа не може викликати сумнівів: це процесуальні дії, спрямовані на отримання доказової інформації.

Перевірка доказів. Відповідно до вимог закону всі зібрані у кримінальному провадженні докази підлягають ретельній всебічній перевірці.

Перевірці підлягають як фактичні дані, так і їх джерела; як кожний доказ окремо, так і у сукупності з іншими. Перевірка доказів проводиться шляхом їх аналізу, зіставлення з іншими доказами, також шляхом проведення додаткових слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій з метою пошуку нових доказів, підтвердження, або, навпаки, спростування доказів, вже раніше зібраних. Крім того, перевірка доказів проводиться з метою з'ясування питання про їх достовірність.

Під перевіркою доказів як елементом доказування слід розуміти дослідження їх властивостей та ознак. Під властивостями доказової інформації розуміємо зовнішній прояв сутності (тобто цілей, зв'язків існування та можливостей бути використаним за призначенням), що сформувалася під впливом події кримінального правопорушення. Ознаки доказу, з одного боку, характеризують його зміст на предмет достовірності, з другого боку, на предмет наявності доброякісної процесуальної форми.

Основними способами перевірки є:

- 1) аналіз змісту кожного доказу окремо;
- 2) співставлення з іншими доказами та джерелами їх походження;
- 3) провадження повторних або нових слідчих та негласних слідчих дій тощо.

Оцінка доказів - це здійснювана в логічних формах розумова діяльність

суб'єктів кримінального процесу, яка полягає в тому, що вони, керуючись законом, розглядають за своїм внутрішнім переконанням кожний доказ окремо та всю сукупність доказів, визначаючи їх належність, допустимість і достовірність, а

сукупність зібраних доказів - з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення; висувають необхідні слідчі (судові) версії, вирішують, чи підтверджуються вони, встановлюють, чи є підстави для прийняття процесуальних рішень і проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, доходять висновку про доведеність або недоведеність окремих обставин кримінального правопорушення в цілому із наведенням аналізу доказів у відповідних процесуальних рішеннях.

Така діяльність відбувається безперервно, протягом усього процесу доказування, у тому числі під час збирання і перевірки доказів, і визначає формування висновків про доказовість (чи недоказовість) обставин, які становлять предмет доказування у кримінальному провадженні.

Оцінка доказів здійснюється у відповідності із законами (правилами, постулатами) логіки. Вона містить такі елементи як аналіз, синтез, порівняння.

Для кримінального процесу України характерним є те, що закон наперед не визначає сили і значення доказів. Навпаки, сила, значення та достовірність того чи іншого доказу визначаються щоразу слідчим, прокурором, слідчим суддею та судом. Так, висновок експерта не є обов'язковим для слідчого, прокурора, слідчим судді та суду, оскільки, якщо до того є відповідні підстави, вони мають право не погодитися з висновками експерта. Так, визнання підозрюваним чи обвинуваченим своєї вини не може розглядатися як доказ, що має особливе значення.

Основні положення оцінки доказів єдині для всіх етапів кримінального провадження і передбачені в ч.1 ст.94 КПК: «Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів - з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення». Згідно ч.2ст.94 КПК жоден доказ не має наперед встановленої сили.

Внутрішнє переконання - це тверда впевненість, яка склалася при провадженні у справі слідчого, прокурора, слідчого судді, суду щодо правильності оцінки всіх наявних у провадженні відомостей і доказів і всіх встановлених у справі фактів; і що правильним є отриманий висновок у всіх питаннях, які виникли під час розслідування. Це не є інтуїція, не є просте почуття. Внутрішнє переконання - це вивідне знання, що характеризується вірою в його надійність та готовністю діяти відповідно до нього. З однієї сторони, воно суб'єктивне, тому що є переконанням конкретного суб'єкта кримінального судочинства як людським почуттям; з другої ж сторони, воно об'єктивне, тобто має об'єктивну основу. Такою основою є докази, що мають місце в провадженні. Внутрішнє переконання в оцінці доказів необхідно розглядати в двох аспектах: як метод оцінки доказів і як результат такої оцінки. Як метод оцінки доказів внутрішнє переконання гарантується незв'язаністю, слідчого, прокурора, слідчого судді та суду оцінкою доказів, що дана іншим органом на будь-якому етапі стадії процесу; відсутністю правил щодо переваги одного виду доказів перед іншими. Внутрішнє переконання як результат оцінки доказів означає переконання слідчого, прокурора, слідчого судді та суду в достовірності доказів і правильності висновків, до яких вони прийшли в ході кримінально-процесуального доказування.

Але, враховуючи змагальну конструкцію сучасного кримінального процесу України, можна говорити про деяку специфіку формування внутрішнього переконання

суб'єктів доказування за наявності обставин, з якими кримінально - процесуальний закон пов'язує обов'язковість врахування процесуальної позиції сторін при прийнятті рішень слідчим, прокурором, слідчим суддею і судом.

Оцінка доказів - складний процес, а не одноразовий акт. Збирання, дослідження, перевірка та оцінка доказів можуть бути розмежовані лише умовно, оскільки фактично ці етапи доказування нерозривно пов'язані між собою. Тому оцінка доказів притаманна не тільки завершальному етапу доказування, а охоплює весь процес. Оцінці підлягає кожен доказ у ході його отримання та дослідження.

Деякі вчені (Ф.Н. Фаткуллін) виокремлюють 5 елементів процесу доказування.

1. Побудова (висування) і динамічний розвиток версій у кримінальному провадженні. У кожному провадженні є, як мінімум, дві версії: 1) подія кримінального правопорушення мала місце; 2) події кримінального правопорушення не було.

2. Збирання доказів доказової інформації.

3. Дослідження доказів - виражається у їх вивченні, аналізі, співставленні з іншими матеріалами провадження. Так, Р.С. Белкін слушно звертав увагу на те, що дослідження доказів пов'язане з виявленням, пізнання їх сутності. Воно пов'язане зі збиранням, перевіркою та оцінкою доказів. Дослідження доказів має місце вже у ході виявлення джерел доказової інформації. Особливу роль цей напрям діяльності суб'єктів доказування має у роботі з речовими доказами, де виявлення і розшифровка доказових властивостей останніх найчастіше пов'язані з необхідністю застосування інструментальних та інших методів дослідження. Дослідження доказів у цьому плані має характер з'ясування їх змісту та інформаційного значення.

В окремому дослідженні, при проведенні експертизи, має місце отримання також нових знань, які робить експерт на підставі аналізу властивостей різних об'єктів (наприклад, слідів злочину та зразків для порівняльного дослідження) і використання спеціальних пізнань, та формулює їх у своєму висновку.

4. Перевірка доказів. Відповідно до вимог закону всі зібрані у кримінальному провадженні докази підлягають ретельній всебічній перевірці. Під перевіркою доказів як елементом доказування слід розуміти дослідження їх властивостей та ознак.

5. Оцінка доказів - Така діяльність відбувається безперервно, протягом усього процесу доказування, у тому числі під час збирання і перевірки доказів, і визначає формування висновків про доказовість (чи недоказовість) обставин, які становлять предмет доказування у кримінальному провадженні.