

РОЗДІЛ 1. РОЗВИТОК СУТО ДОКАЗОВОЇ ТА ІНФОРМАЦІЙНОЇ КОНЦЕПЦІЇ ПОНЯТТЯ ДОКАЗІВ

1.1. Дискусія і можливості визначення поняття доказів за їх суто доказовою концепцією

Хронологічно у процесі боротьби зі злочинами вчені (процесуалісти, криміналісти) і практичні співробітники антиделіктних органів джерела антикримінальної інформації розглядали у контексті доказів (6; 13; 73; 81; 212; 250; 299 та ін.). Такий підхід на сьогодні є законодавчо закріпленим (ст. 65 КПК України), присутній у ст. 147 проекту нового КПК України (1.15), в інших чинних процедурних кодексах (ст. 69 КАС України, ст. 32 ГПК України, ст. 57 ЦПК України) (1.12; 1.13; 1.19) і до цього часу залишається традиційним (127, с. 194-197; 158, с. 76-97; 159, с. 285-331; 262, с. 197-286; 263, с. 6-43 та ін.). Тому, перш ніж визначити сутність джерел антикримінальної інформації, треба спочатку зупинитися на уточненні поняття доказів як різновиду антикримінальної інформації і разом з цим сутність останньої і кожного з її різновидів.

Узагальнення наявних літературних джерел з проблем доказів дає підстави дійти висновку, що існуючі точки зору з приводу сутності доказів та інших різновидів антикримінальної інформації у загальному плані можна поділити на дві великі групи, до першої з яких відноситься дискусія з приводу того, як саме треба розуміти докази (91, с. 19-20; 158, с. 76-83; 159, с. 285-331; 164; 168; 169; 262, с. 197-228 та ін.). Причому дане поняття формувалося окремо від з'ясування сутності інших видів антикримінальної інформації, мало суто процесуальний аспект, і ним переймалися переважно вчені-процесуалісти. Тому даний підхід умовно доцільно назвати ***суто доказовою концепцією доказів***.

Пізніше поряд з цим переважно вчені-криміналісти започаткували інший підхід до розуміння доказів як певної інформації (тобто, відомостей у вигляді сукупності певних знаків, символів, іншого візуального чи звукового відображення) у контексті інших різновидів антикримінальної інформації (15; 23, с. 114-121; 29; 78; 120; 92, с. 168-169; 94, с. 29; 95, с. 272-274; 97, с. 516-518; 100, с. 284-289; 101, с. 119-132; 102, с. 125-126; 107, с. 3-4; 120; 132, с. 74-81; 145, с. 47-48; 171; 207, с. 64-69; 214; 258; 269, с. 42-45; 274, с. 219-220 та ін.), що у

загальному плані можна іменувати вже *інформаційною концепцією доказів*.

Кожна з концепцій була представлена по-різному і за обсягом, і за змістом, і за авторським розумінням даної проблеми. Тому характеристика авторського відношення до кожного з підходів визначення сутності антикримінальної інформації та її окремих різновидів у контексті формування на цій основі власного варіанту розв'язання даної проблеми виглядає необхідною.

Висловлені у літературі точки зору за **суто доказовою концепцією доказів** можуть бути поділені в основному на **21 аналітичну групу⁷, першою з яких** доцільно визнати позицію Р.С.Белкіна (17, с. 10-12). А.Я.Вишинського (38, с. 223), Б.А.Галкіна (40, с. 175), с. А.Голунського (46, с. 122-130), П.А.Лупінської (147, с. 98-115), В.М.Натансона (167, с. 10), М.А.Чельцова-Бебутова (300, с. 134-136; 301, с. 132-133 та ін.) та інших авторів, які під доказами розуміли безпосередньо факти об'єктивної дійсності (події, явища минулого).

Наприклад, М.А.Чельцов-Бебутов вважав, що до доказів відносяться факти, які прямо вказують на наявність чи відсутність тієї чи іншої ознаки злочину (301, с. 132-133). В.М.Натансон у цьому відношенні підкреслював, що “под доказательством понимается всякий факт, создающий убеждение в существовании или несуществовании каких-либо обстоятельств. Уголовные доказательства – суть доказательства, предназначенные для суда” (167, с. 10). Тобто, у даному випадку вбачається взаємозв'язок поняття доказів взагалі та в антикримінальному судочинстві зокрема.

Проте найбільш чітко даний підхід викладений А.Я.Вишинським у роботі „Теория судебных доказательств в советском праве”: “Судебные доказательства – это обычные факты, те же происходящие в жизни явления, те же вещи, те же действия людей. Судебными доказательствами они являются лишь постольку, поскольку они вступают в орбиту судебного процесса, становятся средством для установления интересующих суд и следствие обстоятельств” (38, с. 223).

Погоджуючись в принципі з розумінням А.Я.Вишинським фактів і уточнюючи, що це не тільки внутрішні і зовнішні прояви подій, явищ, дій (діяльності чи бездіяльності) людини і речових джерел у цілому, а й їх складові, тобто внутрішні чи зовнішні прояви окремих сторін (елементів) подій, явищ, дій людей і речових джерел, не можна

визнати правильним те, що все перелічене безпосередньо визнається доказами: факти чи їх окремі сторони. Наприклад, речове джерело у вигляді матеріальної обстановки місця події, на початок антикримінального судочинства може бути у двох станах: 1. Відносно у незміненому стані, тобто коли зміни цих речових джерел обумовлені звичайним перебігом подій, явищ, дій. 2. У зміненому подією злочину чи іншою пов'язаною з цим подією, що приводить до утворення різного роду слідів (191). Але й у першому і у другому випадках в якості доказів будуть виступати не безпосередньо матеріальна обстановка, яку, як правильно підкреслюється у літературі, до справи „не приєднаєш” (127, с. 195), а ті відомості про зовнішні чи внутрішні прояви даної обстановки, що будуть мати значення для правильного вирішення справи чи у більш широкому розумінні для якісного, ефективного і раціонального ведення боротьби з певним злочином взагалі.

Погоджуючись в принципі з розумінням А.Я.Вишинським фактів і уточнюючи, що це не тільки внутрішні і зовнішні прояви подій, явищ, дій (діяльності чи бездіяльності) людини і речових джерел у цілому, а й їх складові, тобто внутрішні чи зовнішні прояви окремих сторін (елементів) подій, явищ, дій людей і речових джерел, не можна визнати правильним те, що все перелічене безпосередньо визнається доказами: факти чи їх окремі сторони. Наприклад, речове джерело у вигляді матеріальної обстановки місця події, на початок антикримінального судочинства може бути у двох станах: 1. Відносно у незміненому стані⁸, тобто коли зміни цих речових джерел обумовлені звичайним перебігом подій, явищ, дій. 2. У зміненому подією злочину чи іншою пов'язаною з цим подією, що приводить до утворення різного роду слідів (191). Але й у першому і у другому випадках в якості доказів будуть виступати не безпосередньо матеріальна обстановка, яку, як правильно підкреслюється у літературі, до справи „не приєднаєш” (127, с. 195), а ті відомості про зовнішні чи внутрішні прояви даної обстановки, що будуть мати значення для правильного вирішення справи чи у більш широкому розумінні для якісного, ефективного і раціонального ведення боротьби з певним злочином взагалі.

Аналогічно ж і сліди події злочину та іншої події (якщо останнє буде мати значення для правильного вирішення справи зокрема або якісного, ефективного і раціонального ведення боротьби з певним злочином взагалі) також можуть виступити в якості доказів по справі, але не безпосередньо, а через відомості про їхні зовнішні та внутрішні прояви (властивості, ознаки), які будуть отримані суб'єктами антикримінальної діяльності у процесі вивчення такого роду змін. При цьому сліди фактично будуть джерелами доказів, а самими доказами – ті чи інші відомості про їхні внутрішні чи зовнішні прояви, які мають значення для справи, отримані у встановленому чинним законодавством порядку за допомогою гласних засобів боротьби зі злочинами.

Навіть тоді, коли такого роду сліди будуть вилучені як речові джерела доказів безпосередньо, наприклад, ніж із пошкодженим при нанесенні потерпілому поранень лезом, дані зовнішні прояви (ознаки), хоча і будуть напряму сприйматися слідчим (ст. 79 КПК України), суддею та іншими учасниками судового засідання (ст. 313 КПК України), все ж таки вони (прояви) мають бути задокументовані у слідчому протоколі чи у протоколі судового засідання у вигляді відомостей про них (прояви). І тільки у такому вигляді вказані зовнішні чи внутрішні прояви (ознаки, властивості, інші обставини) стануть доказом, причому поряд із відповідним висновком експертного дослідження.

Більш того, протокол слідчої дії, протокол судового засідання і, до речі, висновок експертизи, самі по собі є ні доказами, ні їх джерелом, а лише процесуальною формою представлення такого роду відомостей (доказів).

Ніж же, як і будь-який інший факт, подія, дія, речове джерело чи їх окрема сторона, фактично є джерелом доказів, тобто відомостей про свої внутрішні чи зовнішні прояви, якщо ці відомості будуть мати значення для правильного вирішення справи (у широкому розумінні – якісного, ефективного і раціонального ведення боротьби з конкретним злочином) та отримані від особистих і за допомогою речових джерел із застосуванням складових гласної методики у встановленому законом порядку (191).

Аналогічний підхід можна прослідкувати і із зовнішніми чи внутрішніми проявами відносно незмінених фактів (подій, явищ, дій людей, речових джерел) чи їх окремих сторін. Так, обстановка події злочину, що і не зазнала у процесі цієї події будь-яких змін, але її зовнішні і внутрішні прояви самі по собі можуть мати значення, наприклад, при слідчому і, навіть судовому відтворенні обстановки

та обставин події, коли слідчому чи суду буде цікавим, чи знає обвинувачений (підсудний) цю обстановку, а тому, чи міг він здійснити тут певні дії.

Проте й у такому разі не сама обстановка місця події і поведінка тут обвинуваченого (підсудного) будуть доказами, а відомості про зовнішні чи внутрішні прояви даної обстановки і поведінку обвинуваченого (підсудного) у цьому середовищі. Ці відомості мають бути задокументовані у слідчому протоколі чи у протоколі судового засідання і завдяки вказаним протоколам (формі) можуть бути представлені у процесі оцінки всіх наявних доказів при прийнятті по справі остаточного рішення (вироку тощо) (ст. 67 КПК України).

Таким чином, доказами не самі факти (події, явища, дії людини, речові джерела), а відомості про їх зовнішні чи внутрішні прояви у цілому чи їх окремих сторін, що мають значення для правильного вирішення справи. Ці відомості мають право отримувати у передбачених процесуальним законом порядку і формі лише слідчий (співробітник органу дізнання), прокурор і суд (ст. 66 КПК України), причому безпосередньо, і тоді всі ці факти розглядаються як речові джерела, або опосередковано через пам'ять інших людей: очевидців, свідків, підозрюваного (обвинуваченого, підсудного та ін.), потерпілого, експерта та ін., що вже свідчить про наявність особистих джерел.

Проте фактично є виключенням з цього правила, коли існує необхідність залучити для отримання такого роду відомостей спеціальні знання. Це доцільно робити лише у формі експертизи і тому експерта також треба визнавати суб'єктом отримання доказів. Але дане виключення вимушене і обставлено низкою процесуальних гарантій, зокрема, кримінальною, адміністративною та іншою юридичною відповідальністю за завідомо неправдивий чи іншим чином неякісний висновок (ч. 2 ст. 77 КПК України), можливістю не визнати висновок експертизи і призначити додаткову чи повторну експертизу (ч. 4, 5 і 6 ст. 75, ст. 203 КПК України), залучити експерта чи іншого фахівця для надання допомоги в оцінці експертного дослідження та його висновків (ст. 201 КПК України) тощо.

Підміна ж експертного дослідження участю експерта як спеціаліста у слідчій чи судовій дії (ст. 128-1 КПК України), поперше, має значно менше ніж експертиза процесуальних гарантій. По-друге, участь спеціаліста у слідчій чи судовій дії із завданням залучення спеціальних знань, означає по суті участь слідчого з понятими чи судді (інших учасників судового засідання) при проведенні експертизи. То й навіщо підмінити одне одного? Спеціаліст у процесі досудових чи судових дій має лише допомагати слідчому (особі, яка здійснює дізнання, прокурору) чи судді (суддям) своїми навичками поводження з технічними засобами і методами роботи з речовими джерелами, особистими джерелами та ін.

Окрім цього, докази як певні відомості, які отримані безпосередньо від речових джерел чи слідчим (співробітником органу дізнання), прокурором і судом чи експертом, можуть бути представлені тільки через відповідну форму – протокол слідчої і судової дії, протокол судового засідання, висновок експертизи, а способами отримання доказів є окремі процесуальні (слідчі, судові, експертні) дії або їх комбінації.

До аналогічного висновку прийшов й М.М.Михеєнко, на думку якого, „непосредственное восприятие следователем и судом в процессе производства следственных и судебных действий по собиранию и проверке доказательств и их источников (осмотр, освидетельствование, эксперимент и т.д.) также не является самостоятельным, помимо доказательств, средством доказывания. Результаты такого восприятия фиксируются в протоколах следственных действий и в приложениях к ним, в протоколе судебного заседания и именно из них, как из источников доказательств (ч. 2 ст. 16 Основ) черпаются сведения об указанных фактах, являющиеся доказательствами по делу, т.е. средством доказывания” (158, с. 76; 159, с. 287).

З урахуванням викладеного дане обґрунтування видається небездоганим, оскільки відомості про факти можуть бути отримані безпосередньо від речових джерел і протокол є не джерелом такого роду відомостей, а лише формою їх представлення учасникам кримінального судочинства. Зрозуміло, що при цьому вербальне документування відображає суб'єктивне відображення того, що побачив слідчий чи суддя, об'єктивізація чого можлива шляхом паралельного документування та іншої фіксації технічними засобами (фізичне моделювання, фото-, відеозйомка тощо).

Деяку суб'єктивність несе в собі й експертне дослідження, оскільки висновок експертизи – це все ж таки суб'єктивне ставлення людини до результатів дослідження. Проте експертне дослідження містить в собі значно більше можливостей об'єктивізувати отримані при цьому відомості.

У цьому відношенні не можна не згадати і відому позицію В.Я.Дорохова про те, що все зібране слідчим при огляді, обшуці чи виїмці познається не через протокол, а безпосередньо, є доказами без протоколів, а протоколи таких дій доказами є лише для тих учасників кримінального судочинства, які не приймали участі у цих діях (262, с. 215).

Хибність даного підходу полягає не стільки у тому, як правильно підкреслив М.М.Михеєнко, що у такому разі слідчий при прийнятті рішення мав би посилатися не на дані, що містяться у протоколі, а на самого себе (158, с. 77), скільки у тому, що: 1. Все те, що безпосередньо сприймав слідчий чи суд і має значення для справи є джерелом доказів. 2. Відомості про зовнішні чи внутрішні прояви всього безпосередньо сприйнятого у встановленому законом порядку – доказами; слідчі. 3. Слідчі, судові та експертні дії – способом отримання такого роду відомостей (доказів); 4. Протокол і висновок експертизи – формою представлення цих відомостей (доказів).

З урахуванням даного уточнення не важко буде зрозуміти недостатню обґрунтованість й наступних підходів щодо суто доказової концепції визначення поняття доказів. Зокрема, Р.С.Белкін та А.І.Вінберг в одній із публікацій висловили дещо інший підхід: „изменения в окружающей среде, связанные с событием преступления, есть доказательства” (18, с. 173), а тому він (даний підхід) може вважатися *другою точкою зору за суто доказовою концепцією доказів*.

Не важко зрозуміти, що у даному випадку на відміну від попередньої точки зору вбачається перенос акценту уваги з фактів об'єктивної дійсності взагалі на ті зміни, які внесені в них подією злочину. І більш точно у цьому відношенні висловився В.К.Лисиченко: “доказательства... порождаются обстоятельствами преступной деятельности правонарушителя как объективными фактами действительности” (140, с. 48).

Проте не буде зайвим підкреслити, що пов'язані з подією злочину ідеальні і матеріальні відображення змін об'єктивних фактів у дійсності складають лише гносеологічну основу для появи доказів, тобто відомостей про зовнішні чи внутрішні прояви (ознаки, властивості, інші обставини) такого роду змін.

Останні ж, які представляють змінені факти, є доказами не самі по собі, а лише тими відомостями про свої внутрішні чи зовнішні прояви, які можуть бути отримані суб'єктами процесуальної антикримінальної діяльності. Тому виглядає доречним й аналогічне застереження М.М.Михеєнка щодо слідів події злочину: „Они являются гносеологической предпосылкой возникновения доказательств как результата процессуальной деятельности следователя и суда” (158, с. 81).

При цьому не треба забувати й про незмінені подією злочину внутрішні і зовнішні прояви фактів (подій, явищ, дій людини, речових джерел), які також при певних обставинах можуть мати значення для правильного вирішення справи (я кісного, ефективного і раціонального ведення боротьби з певним злочином взагалі), а тому вони теж повинні розглядатися як гносеологічна основа доказів зокрема та інших різновидів антикримінальної інформації взагалі (див. розд. 1.1). І відмінність доказів від інших різновидів антикримінальної інформації полягає лише у характері діяльності (процесуальна, позапроцесуальна, гласна, негласна), при здійсненні якої такого роду відомості будуть отримані.

Тому дещо кращою за попередні виглядає *третья точка зору*, яку висловили В.Я.Колдін і М.С.Полевий – доказами є як факти, так і фактичні дані про них (120, с. 69).

Хоча тут і є вже певна рація визнати в якості доказів фактичні дані, тобто відомості про певні зовнішні чи внутрішні прояви фактів, проте самі по собі факти з наведених при розгляді попередніх точок зору причин включати у поняття доказів є помилковим.

Четверту точку зору, що докази, з однієї сторони, є джерела відомостей про факти, а з іншої – самі доказові факти, займали М.М.Гродзинський (53, с. 11), Р.Д.Рахунов (222, с. 96), М.С.Строгович (254, с. 120; 255, с. 160, 311; 256, с. 288-289; 257, с. 81), А.І.Трусов (279, с. 51), М.Л.Якуб (238, с. 64) та інші автори.

Даний підхід у літературі отримав назву так званого „двойственного значения понятия доказательств” (158, с. 77; 262, с. 198; 263, с. 6-7 та ін.) і найбільш яскраво сформульований М.С.Строговичем: „Понятие доказательств имеет два значения. Доказательства – это, во-первых, те факты, на основе которых устанавливается преступление или его отсутствие ... Доказательствами являются, во-вторых, те предусмотренные законом источники, из которых следствие и суд получают сведения об имеющих для дела значение фактах и посредством которых эти факты устанавливаются” (256, с. 288-289).

Аналогічний підхід висловив й А.І.Трусов, на думку якого, судові докази включають в себе доказові факти і джерела, які при певних умовах самі стають доказовими фактами (279, с. 51).

Перш ніж висловити своє відношення до даного підходу, варто викласти й *п'яту точку зору*, яка по суті є подальшим розвитком попереднього підходу. За аналогією вона може бути іменована потрійним значенням поняття доказів, коли, на думку В.Д.Арсеньєва (9, с. 96; 10, с. 10), Ф.Н.Фаткулліна (291, с. 93-95), О.О.Ейсмана (308, с. 28; 309, с. 90) і деяких інших авторів (91, с. 20 та ін.), доказами є вже і доказовий факт, і джерела, і форма (засіб) доказування. Наприклад, В.Д.Арсеньєв вважає, що „средства доказывания наряду с доказательственными фактами и имеющими промежуточное значение вещественными доказательствами образуют содержание понятия уголовно-процессуальных доказательств” (9, с. 96).

Ф.Н.Фаткуллін цей же підхід виклав дещо інакше: “К доказательствам относятся как конкретные фактические данные, употребляемые для установления исследуемых обстоятельств, источники этих данных (источники доказательств) и способы их получения, проверки и использования в ходе доказывания (следственные и некоторые иные процессуальные действия” (291, с. 93-95).

Найбільш чітко дана позиція проглядається у публікаціях О.О.Ейсмана, який підкреслив, що: „Доказательство есть доказательственный факт, если отвлечься от источника сведений об этом факте и от формы (средства), в котором эти сведения представлены; оно есть источник доказательства, если отвлечься от содержания и от формы сообщения; оно есть средство доказывания, если отвлечься от содержания сведений и их источника. В целом доказательство есть и то, и другое, и третье” (309, с. 90).

І.Кертес, підтримуючи викладену точку зору О.О.Ейсмана (91, с. 19-20), все ж таки висловив й своє власне бачення даної проблеми: “доказательство – есть единство средства доказывания (доказательства) и содержащихся в составляющих его фактах данных” (91, с. 20), що можна представити як *шосту точку зору про суто доказову концепцію доказів*.

Не важко помітити, що й у даному випадку окрім поєднання в одній дефініції різних категорійних понять (відомостей про зовнішні чи внутрішні прояви фактів і їх окремих сторін і форми представлення цих відомостей, названою у даному випадку засобом доказування) присутня ще й тавтологія: „доказом є доказ”.

Більш того, не буде зайвим акцентувати увагу на тому, що сутність третьої точки зору, де також вказано два різних категорійних поняття –

факти і фактичні дані, полягає у тому, що докази є як першим, так і другим поняттям, причому без акценту уваги на їх єдності. Подвійне і потрійне ж значення доказів вказує на те, що докази мають дві чи три сторони, сприйняття кожної з яких потребує абстрагування від інших. Але фактично кожна з цих сторін (докази у вигляді відомостей про внутрішні і зовнішні прояви фактів чи їх окремих сторін; джерела доказів, тобто внутрішні чи зовнішні прояви самих фактів чи їх окремих сторін; форма представлення доказів, чим виступають протоколи і висновок експертизи, у яких містяться такого роду відомості; спосіб отримання доказів, тобто процесуальні і позапроцесуальні дії чи заходи) є самостійними категорійними поняттями.

Інша річ, що коли докази розглядаються відокремлено від інших різновидів антикримінальної інформації, то для визначення їх суті треба мати на увазі, що вони є відомостями про такі зовнішні чи внутрішні прояви змінених і незмінених подією злочину фактів (подій, явищ, дій людини, речових джерел) або їх окремих сторін, які:

1. Мають значення для правильного вирішення справи (у більш широкому розумінні – якісного, ефективного і раціонального ведення боротьби з певним злочином.
2. Отримані від особистих і за допомогою речових джерел із застосуванням гласної методики боротьби зі злочинами у встановленому процесуальним законом порядку, тобто: 2.1. Вони отримані шляхом проведення певних процесуальних (слідчих, судових, експертних) дій. 2.2. Процедура їх отримання задокументована у певній процесуальній формі – протоколі слідчої чи судової дії, протоколі або журналі судового засідання, висновку експертизи.

Окрім цього, самі внутрішні чи зовнішні прояви змінених і незмінених подією злочину фактів (подій, явищ, дій людини, речових джерел) на момент отримання відомостей про них суб'єктами антикримінальної діяльності можуть існувати у двох наступних станах:

1. Безпосередньо, і у такому разі кажуть про речові джерела.
2. У пам'яті (свідомості) людини, яку вже розглядають як особисте джерело. Тому джерело є не доказом, а власно джерелом (речовим, особистим), з якого вже можуть бути отримані докази як відповідні відомості.

Порядок же отримання відомостей (за допомогою процесуальних чи позапроцесуальних дій або негласних заходів) і форма їх представлення (процесуальні протоколи, висновок експертизи, певне позапроцесуальне гласне чи негласне документування) визначають не стільки сутність доказів, скільки їх відмінність від інших різновидів антикримінальної інформації (див розд. 1.2).

З огляду на це, заслуговує на увагу наступна *сьома точка зору*, коли декілька з вказаних характеристик доказів розглядалися у нерозривній єдності. Так, С.А.Альперт (224, с. 40-41; 288, с. 87-114), М.І.Бажанов (224, с. 40-41), А.І.Вінберг (33, с. 19-27), В.Я.Дорохов (66, с. 108-117; 262, с. 218 та ін.), Г.І.Кочаров (33, с. 19-27), П.А.Лупінська (241, с. 142), Г.М.Міньковський (33, с. 19-27), В.А.Притузова (217, с. 11), А.Л.Ривлін (224, с. 40-41), Б.С.Тетерін (266, с. 67-68), А.І.Трусов (279, с. 21), Л.Т.Ульянова (289, с. 6, 18), М.Л.Якуб (239, с. 98-100) та інші автори вважають, що докази представляють собою єдність фактичних даних та їх джерел.

Як бачимо, у даному випадку вказана єдність двох самостійних категорійних понять – доказів як фактичних даних (власно відомостей про факти) і джерел цих даних. Проте не заперечуючи, що для з'ясування сутності доказів має значення виконання вимог процесуального закону при отриманні певних відомостей з відповідних джерел, варто ще раз наголосити на наступному.

Докази (відомості про зовнішні і внутрішні прояви фактів у цілому чи їх окремих сторін), джерела доказів (особисті і речові), способи їх отримання (процесуальні позапроцесуальні дії чи негласні заходи) і форма їх представлення (протоколи, висновок експертизи, певне гласне чи негласне позапроцесуальне документування) є самостійними категорійними поняттями і лише поряд з цим можуть утворювати ту чи іншу єдність певної характеристики при визначенні сутності не кожної з цих категорій, а тільки доказів та інших різновидів антикримінальної інформації у плані їх розмежування між собою (див. розд. 1.2).

Наприклад, докази як різновид антикримінальної інформації, дійсно, відрізняються від інших її різновидів тим, в якій саме формі процесуальній чи позапроцесуальній (гласній, негласній) вони представлені (див. розд. 1.2). Але від цього форма представлення доказів не повинна втрачати самостійного категорійно-понятійного значення.

Більш того, при розмежуванні різних видів антикримінальної інформації у літературі достатньо обгрунтовано запропоновано враховувати поряд із вказаною й іншу ознаку – характер (гласний чи негласний) складових частин методики з отримання відомостей про факти (технічних засобів, тактичних прийомів, методичних рекомендацій) (94, с. 29; 95, с. 272-274; 96, с. 28-29; 97, с. 516-518; 98, с. 15-16; 99, с. 68-74; 100, с. 284-289 та ін.). Більш детально даний підхід буде розкрито окремо у контексті інформаційної концепції доказів (див. розд. 1.2).

З урахуванням викладеного, треба більш уважно віднестися до наступного обґрунтування В.Я.Дороховим правомірності єдиного розуміння фактичних даних та їх джерел: „...показания свидетеля (источник), не содержащие сведений о конкретных фактах, относящихся к делу, не служат средством познания того, что произошло в действительности, а поэтому и не могут рассматриваться как доказательства... Не может быть доказательством предмет, не имеющий определенных признаков, следов, интересующих следователя и суд по данному делу, хотя при обнаружении и изъятии предмета (например, при осмотре места происшествия) предполагалось, что эти признаки, следы имеются. С другой стороны, не могут рассматриваться как доказательства в уголовном процессе и фактические данные, взятые в отрыве от законного источника” (262, с. 218).

Якщо почати з останнього з доводів В.Я.Дорохова, то відомості про факти чи їх окремі сторони, які отримані з незаконного джерела, дійсно, не можуть стати доказами, проте ці відомості є іншим видом антикримінальної інформації. Відомості ж про факти чи їх окремі сторони, що не мають ніякого значення для правильного вирішення справи чи у більш широкому контексті якісного, ефективного і раціонального ведення боротьби з певним злочинцем, не можуть стати ні тільки доказами, а й будь-яким іншим різновидом антикримінальної інформації (108, с. 10-11; 269, с. 42-43; див розд. 1.2).

Причому не треба плутати відомості про зовнішні чи внутрішні прояви фактів чи їх окремих сторін, які не мають ніякого значення для правильного вирішення справи, з відомостями про те, що, наприклад, виявлені на місці події сліди не залишені конкретним підозрюваним. Але ж саме встановлення даного факту і може стати підставою для зняття підозри з певної людини, стане доказом її невинуватості.

У цьому відношенні варто навести випадок з практики, коли на бирці від вкрадених джинсових брюк були виявлені відбитки пальців рук певної людини, яка стала підозрюваною і була заарештована. Проте одорологічна експертиза не встановила наявності на залишеному злочинцем на місці події одязі слідів індивідуального запаху даної особи, у той час як такі сліди були від пізніше встановленої іншої особи. На підставі цих відомостей з висновку одорологічної експертизи та інших доказів була знята підозра з першої особи і пред’явлено обвинувачення другій особі. Причому не буде зайвим підкреслити, що відбитки пальців на бирці перша особа

залишила до крадіжки при звичайному відвідуванні магазину і примірюванні цього костюму (97, с. 605). Тому такого роду матеріальні зміни (відбитки пальців рук) не є слідами події злочину, але мають залишатися серед антиделіктних слідів взагалі і бути речовим джерелом доказів по даній справі.

У такому ж аспекті можуть мати значення негативні сліди, сліди інсценування певної події чи маскуванню події злочину та ін.

Певний розвиток концепції єдності доказів та їх процесуальних джерел вбачається у позиції авторського колективу одного з останніх коментарів КПК України, коли В.І.Бояров, Т.В.Варфоломєєва, І.В.Вернидубов, В.Г.Гончаренко, с. В.Гончаренко, В.П.Вороніна, М.С.Короткевич, О.П.Кучинська, с. Л.Лисенков, В.Т.Маляренко, О.Р.Михайленко, с. М.Міщенко, В.В.Молдован, В.Т.Нор, Г.М.Омельяненко, П.П.Пилипчук, Т.І.Присяжнюк, Д.П.Письменний, Т.М.Роцька, М.С.Хрупа і М.Є.Шумило визначають поняття доказів „як органічну єдність фактичних даних та їх процесуальних джерел” (127, с. 194). „Причому фактичні дані, – за достатньо обґрунтованою думкою вказаного авторського колективу, – характеризують змістовний бік доказів, у той час як їх процесуальне джерело характеризує доказ із боку кримінально-процесуальної форми” (127, с. 194).

Оскільки дана точка зору на відміну від попередньої містить в собі уточнення про органічну єдність фактичних даних та їх процесуальних джерел і разом з тим підкреслює, що зміст доказів складають лише фактичні дані (відомості про факти), а джерело доказів є лише його формальною характеристикою, то її не можна вважати тотожною попередній і доцільно розглядати як окрему **восьму точку зору за суто доказовою концепцією**. Причому тут додатково до викладених заперечень варто ще раз наголосити на тому, що джерела доказів і форма представлення доказів є різними категорійними поняттями.

Не тільки помилковим, а й суперечливим виглядає й наступне судження вказаного авторського колективу, коли вони в одному місці стверджують, що у ч. 2 ст. 65 КПК України „наводиться перелік процесуальних джерел, який не може бути зміненим” (127, с. 195), а в іншому „показання свідків, показання потерпілого, показання підозрюваного, висновок експерта тощо” іменують видами доказів (127, с. 195). Аналогічної помилки припускаються Ю.І.Азаров (4, с. 63-64), Д.П.Письменний (155), С.В.Слинько (263, с. 14), В.М.Тертишник (263, с. 14; 264, с. 292) та інші автори (3, с. 63-64; 262, с. 257; 155, с. 63 та ін.).

Тертишник (263, с. 14; 264, с. 292) та інші автори (3, с. 63-64; 262, с. 257; 155, с. 63 та ін.).

Фактично ж у чинній редакції ч.2 ст. 65 КПК України, з нашої точки зору, міститься перелік лише окремих джерел доказів – так званих „речових доказів” і „документів”. Причому останні названі як „інші документи”, тобто як продовження переліку протоколів, а саме проколів досудових і судових дій і протоколів з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами ординістичних заходів. Названі протоколи і висновок експертизи не є видами чи джерелами доказів. Вони є формою представлення доказів (100, с. 330-336 та ін.).

Що ж стосується показань свідка, потерпілого, підозрюваного та обвинуваченого, то вони (власно показання), як підкреслюють О.А.Кириченко (100, с. 292-293 та ін.), с. В.Курильов (135, с. 156), с. Сівочек (234, с. 77-78) та деякі інші автори (та ін.), джерелами доказів не є. Умовно їх можна представити як певний порядок передачі доказів як необхідних відомостей із пам'яті особистих джерел (власно свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, експерта та інших допитаних осіб) до протоколу (слідчої дії чи судового засідання) і представлення цих відомостей у такій формі у процесі доказування (191).

До такого висновку понаукає й наступна обставина. Адже ж не можна плутати показання допитаної особи і ті необхідні для правильного вирішення справи відомості, які зберігаються у його пам'яті. Добре, якщо вони співпадають, а якщо ні? Причому тут може бути не тільки так сказати недобросовісність особистого джерела, а й низка інших об'єктивних і суб'єктивних причин, наприклад, несприятливі умови спостереження за подією злочину, особливості психіки, розумового, професійного та іншого розвитку особистого джерела, стан його органів зору та інших органів сприйняття тощо (178 та ін.).

Тому не треба плутати між собою показання допитаної особи, як певний порядок (спосіб) передачі необхідних відомостей з її пам'яті до протоколу чи іншої форми, і саме ці відомості, які зберігаються пам'яттю людини, разом з останньою і є власно джерелом доказів.

¹⁰Показання підсудного та експерта чомусь у чинній редакції ч. 2 ст. 65 КПК України взагалі пропущені, хоча ст. 201 КПК України передбачає допит експерта з метою отримання роз'яснення або доповнення висновку, а ст. 300 – допит підсудного. А коли раз є допит цих осіб, то будуть і показання цих осіб, які і за чинним законодавством також власно є особистими джерелами поряд із свідком, потерпілим, підозрюваним та обвинуваченим.

При цьому способом отримання доказів від особистих джерел фактично є певні слідчі чи судові дії (допит, очна ставка, пред'явлення для впізнання, перевірка показань на місці тощо) і не виключається експертні дії, за допомогою яких необхідні відомості набувають певної форми. Нетиповими прикладами отримання доказів від особистих джерел можуть стати судово-психіатрична чи судово-психологічна, а іноді і судово-медична експертиза, у висновку яких може документуватися результати спілкування із особою, відносно якої ці експертизи були проведені. За звичай же експертиза є формою представлення відомостей про зовнішні чи внутрішні прояви речових джерел.

Продовжуючи аналіз позиції вказаного авторського колективу щодо джерел і видів доказів у ч. 2 ст. 65 КПК України, доцільно звернути увагу і на те, а чи треба протокол з приводу проведення негласних заходів взагалі вводити у дану або іншу норму даного чи будь-якого іншого гласного процедурного кодексу? Але ж третій варіант інформаційної концепції доказів у цьому відношенні ґрунтується на більш правильних позиціях – необхідності розробки і прийняття Оперативно-розшукового (Ордисто-регламентного) кодексу України як не тільки законної, а й врешті-решт кодифікованої нормативно-правової регламентації (форми проведення) негласної антиделіктної діяльності (див. розд. 1.2).

Підводячи підсумок викладеному, треба зазначити, що у чинній редакції ч. 2 ст. 65 КПК України, по-перше, змішані джерела доказів, форма їх представлення і, в деякій мірі, спосіб отримання, а по-друге, вказані далеко не всі наявні за іншими статтями кодексу особисті джерела. Більш того, даній нормі притаманні термінологічні неточності і низка інших недоліків.

У той же час сама по собі схема визначення поняття доказів у ч. 1 ст. 65 КПК України: „доказами... є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють ... обставини, що мають значення для правильного вирішення справи” (1.14), яка, до речі, повторюється в інших процедурних кодексах: ч. 1 ст. 69 Кодексу адміністративного судочинства України (1.12), ст. 32 Господарського процесуального кодексу України (1.13) і ст. 57 Цивільного процесуального кодексу України (1.19)¹¹, підтримується Д.І.Сулеймановим (258, с. 30) та іншими авторами (288, с. 87 та ін.), є особливою і її можна розглядати як *дев'яту точку зору за суто доказовою концепцією*.

Але ж тут ми вже бачимо, що не фактичні дані мають значення для правильного вирішення справи, а ті обставини, які будуть встановлені на підставі цих даних. І такий підхід не можна визнати правильним. Причому при законодавчому визначенні доказів дається перелік лише окремих з обставин, що підлягають доказуванню. Вичерпний же перелік такого роду обставин міститься у загальних (ст. 23 КПК України, ст. 64 КПК України) і спеціальних нормах (ст. 417 КПК України щодо справ про суспільно небезпечні діяння неосудних осіб, ст. 433 КПК України щодо справ про злочини неповнолітніх).

Поряд з цим фактичне різноманітне життя може ставити перед суб'єктами завдання із доведення для правильного вирішення справи й інших, не передбачених кодексом, обставин. Тому при визначенні поняття доказів не викликається необхідністю застосування часткового і тим більше повного переліку тих обставин, встановлення яких може мати значення для правильного вирішення справи.

З нашої точки зору, у даному випадку більш правильним було б такі вказувати на „будь-які відомості про факти (внутрішні чи зовнішні прояви подій, явищ, дій людей, речових джерел) у цілому чи їх окремі сторони, що мають значення для правильного вирішення справи” (188; 191 та ін.).

Певною варіацією концепції єдності доказів і їх джерел виглядає позиція с. В.Слинька, В.М.Тертишника і частково деяких інших авторів (18, с. 187-188; 158, с. 84; 263, с. 9 та ін.), які під доказами розуміли єдність фактичних даних та їх процесуальних носіїв, а тому можуть представити наступну **десяту точку зору**.

У той же час, поняття джерел і носіїв відомостей про зовнішні і внутрішні прояви фактів чи їх окремих сторін у даному контексті видаються аналогічними. І у протилежному не може переконати навіть наведене вказаними авторами обґрунтування, що речовини, які швидко псуються, поранення на тілі живої людини, обстановка місця події та інші подібні мінливі матеріальні об'єкти як джерела фактичних даних вимагають переносу таких даних на інші процесуальні носії (зліпки, фотознімки, схеми, протоколи), тобто похідні докази, які вже є не джерелами, а носіями фактичних даних (263, с. 9).

Якщо слідкувати запропонованим шляхом, то особистим джерелом треба б було вважати лише очевидців події злочину, а свідків, які знають про це від інших людей – особистими носіями.

З огляду на це, не можна погодитися і з точкою зору М.М.Михасенка, який вважає, що називати допитаних людей

„...источниками, носителями доказательств вряд ли правильно... Точнее было бы назвать их носителями возможной доказательственной информации“ (158, с. 84). У той же час у своєму авторському проєкті КПК України предмети вказаний вчений пропонує називати речовими джерелами, а не носіями доказів (160, с. 25-26).

Р.С.Белкін та А.І.Вінберг, навпаки, вважають за доцільне іменувати речі носіями доказів, хоча лише ту їх частину, яка іменується похідними речовими доказами (18, с. 187-188).

З нашої точки зору, протиставляти поняття „джерело” і „носії” не треба, перший з них є традиційніше (262, с. 197-228 та ін.) і в цьому відношенні є більш прийнятним. Та й різниці між словосполученнями джерело чи носій доказів і носій доказової інформації не вбачається, оскільки докази як відомості про зовнішні чи внутрішні прояви фактів чи їх окремих сторін і є доказовою інформацією (системою звуків, знаків, символів, іншого зображення), якщо ця інформація отримана у встановленому процесуальним законом порядку. Коли ж такий порядок буде порушений, то буде й інший різновид антикримінальної інформації, який може бути використаний у боротьбі зі злочинами як у процесуальному доказуванні (з орієнтовною метою, тобто для оцінки доказів, пошуку шляхів їх отримання тощо), так з іншою (недоказовою) метою (100, с. 286-289 та ін.).

М.К.Треушніков, розділяючи концепцію єдності доказів і процесуальних джерел, на відміну від В.Я.Дорохова, дещо виправляє її, підкресливши, що фактичні дані є змістом доказів, а засоби доказування¹² (показання свідків, висновок експертизи та ін.) – процесуальною формою доказів (277, с. 8-11), що вже може бути **одинадцятю точкою зору**. Аналогічної думки дотримуються П.П.Гурєєв, Ю.М.Жуков, А.Г.Калпін, А.Ф.Клейнман, В.Г.Тихиня і М.Х.Хутиз (268, с. 9; 279, с. 34 та ін.). Наприклад, В.Г.Тихиня у докторській дисертації вважає правильною точку зору названих авторів у розумінні доказів як єдиного поняття „в котором фактические данные и средства доказывания тесно взаимосвязаны” і, використовуючи філософські категорії „зміст” і „форма”, приходить до висновку, що „содержанием доказательств являются фактические данные, а формой – одно из средств доказывания, предусмотренных законом” (268, с. 9).

¹²У цивільному судочинстві засобами доказування називають процесуальні джерела (144, с. 77; 252, с. 8-11 та ін.).

Основним набуттям даної точки зору треба вважати деяку самостійність доказів як відомостей і форми (у даному випадку засобів доказування), за допомогою яких вони (ці відомості, фактичні дані) можуть бути донесені до суб'єктів доказування.

Є в принципі правильною й наступна позиція М.К.Треушнікова, коли стосовно цивільного судочинства достатньо обґрунтовано розрізняються речові та особисті джерела: „Источниками доказательств есть объекты материального мира, запечатлевшие информацию о фактах. Ими могут быть люди (стороны, третьи лица, свидетели, эксперты) либо вещи” (276, с. 11).

П.Д.Біленчук (23, с. 113), О.П.Дубовий (23, с. 113), Л.М.Карнеєва (86, с. 10), М.М.Михеєнко (158, с. 77; 159, с. 286), М.В.Салтевський (23, с. 113), П.Ю.Тимошенко (23, с. 113) та інші автори під доказами розуміють фактичні дані, що отримані з вказаних у законі джерел, і це може претендувати на **дванадцятую точку зору за сутю доказовою концепцією поняття доказів**. Але ж у даному випадку, хоча ми і маємо подальший розвиток концепції про єдність фактичних даних та їх джерел, спостерігається перенос уваги на те, що джерела доказів мають бути законними, передбаченими законом. Тобто, дотримання вимог закону при проведенні процесуальної дії із отримання доказів, у даному випадку поступається тій обставині, що власно джерело доказів, з яким працює слідчий чи суддя, має бути вказано у законі.

Зокрема, П.Д.Біленчук, О.П.Дубовий, М.В.Салтевський і П.Ю.Тимошенко вважають, що докази представляють собою „фактичні дані, які містяться у встановлених законом джерелах, тобто це єдність джерела інформації, що відображена в ньому” (23, с. 113).

М.М.Михеєнко вказаний підхід висловив дещо по-іншому: „Многие авторы четко и последовательно различают доказательства как фактические данные и их процессуальные источники... Такая позиция представляется наиболее правильной, теоретически обоснованной, полностью соответствующей закону и потребностям практики” (158, с. 77). Пізніше дана думка була сформульована ще категоричніше. Так, в авторському проекті шостого розділу нового КПК України „Доказування і засоби доказування” М.М.Михеєнко¹³ передбачає ст. 2 „Засоби доказування”, у частині першій якої вказує: “Засобами доказування в кримінальному процесі є докази та їх процесуальні джерела” (160, с. 12), чим чітко розмежовує докази та їх процесуальні джерела, іменуючи їх засобами доказування.

Аналогічну точку зору займають М.І.Бажанов та Ю.М.Грошевий, на думку яких, “доказательства в уголовном процессе – это фактические данные, содержащиеся в законом установленных источниках” (244, с. 115-119), що може все ж таки претендувати на окрему **тринадцяту точку зору**, оскільки, як бачимо, тут на відміну від попереднього підходу вже прямо вказано, що фактичні дані містяться в джерелах і це виглядає недостатньо вдалим. Адже ж фактичні дані чи точніше певні відомості, як вбачається, не можуть самі по собі міститися у тих чи інших джерелах, особливо якщо брати на увазі не особисті, а речові джерела, оскільки тільки у процесі вивчення зовнішніх чи внутрішніх їх проявів можна буде отримати певні відомості, які, щоб стати доказами, повинні мати, по-перше, значення для правильного вирішення справи, а по-друге – бути отримані лише у певному порядку.

З огляду на це, повторює помилки даного підходу й **чотирнадцята позиція**, сформульована М.В.Салтевським, який вважає, що „доказательствами являются фактические данные, которые содержатся в законных вещественных и личных источниках” (230, с. 52). Проте позитивним і тим, що відрізняє дану позицію від попередньої є те, що у даному випадку прямо вказується на наявність речових та особистих джерел, які, більш того, мають бути відмежовані від засобів представлення доказів – протоколів (230, с. 53). Погоджуючись із такою постановкою питання, не можна визнати правильним те, що вказаний вчений вважає особистими джерелами саме показання осіб (230, с. 53), а не власно осіб, оскільки показання – це не особисті джерела, а своєрідний спосіб передачі доказів як певних відомостей з пам’яті особистих джерел до суб’єктів антиделіктних органів.

Подальший розвиток концепції єдності фактичних даних і джерел вбачається й у **п’ятнадцятій точці зору**, висловлену М.М.Михеєнком (158, с.86; 159, с.331; 160, с.12 та ін.), на думку якого під доказами треба розуміти “відомості про факти, що зібрані у результаті процесуальної діяльності..., з допомогою яких встановлюються обставини, що мають значення для правильного вирішення справи чи окремих питань, заяв і повідомлень про злочини” (160, с. 12).

Як бачимо, новим у даній позиції є, по-перше, використання замість словосполучення „фактичні дані” більш точного „відомості про факти”, а, по-друге, розширення сфери застосування доказів на „правильне вирішення... окремих питань, заяв і повідомлень про злочини”.

Окрім цього, тут, як й у чинній редакції ч. 1 ст. 65 КПК України та у відповідних нормах інших процедурних кодексів, спостерігається перенос акценту уваги значення відомостей для встановлення за їхньою допомогою тих обставин, які вже, у свою чергу, повинні мати значення для правильного вирішення справи. Проте недостатня виваженість даної позиції вже розглядалася і повторюватися з цих питань немає необхідності.

Що ж стосується обґрунтованості і співвідношення понять „фактичні дані” і „відомості про факти”, то до того, що вже говорилося про це, варто ще підкреслити наступне. У другому з понять „відомості про факти”, на наш погляд, вбачається орієнтація на більш активне отримання такого роду відомостей і на необхідність їх порівняння при прийнятті остаточного рішення по справі із зовнішніми чи внутрішніми проявами самих фактів чи їх сторін.

Коли ж ми кажемо про фактичні дані, то нібито це є дані від самих фактів (подій, явищ, дій людини, речових джерел) чи їх сторін, перевіряти які при прийнятті остаточного рішення вже й немає необхідності.

Якщо говорити про можливість розширення сфери впливу доказів до порушення кримінальної справи, то такий підхід, з нашої точки зору, буде виправданим лише тоді, коли на даній стадії кримінального судочинства буде створена надійна процесуальна форма вирішення питання про наявність чи відсутність в дії ознак злочину.

Оскільки найкращі результати у цьому відношенні вбачаються у низці публікацій О.А.Кириченка, який запропонував і поетапно удосконалював так звану „концепцію безперервного ланцюжка процесуального документування”¹⁴ (92, с. 58-82; 93, с. 236-278; 94, с. 20-26; 95, с. 140-209; 96, с. 21-27; 97, с. 222-302; 98, с. 230-238; 99, с. 79-86; 100, с. 332-336 та ін.), то й буде правильним зараз викласти основні положення саме даної концепції.

Головною метою кримінального судочинства до порушення справи є отримання достатніх даних про наявність чи відсутність у дії ознак злочину (у чому, до речі, і полягає сутність правильного вирішення „окремих питань, заяв і повідомлень про злочини”). Проте єдину процесуальну форму, наявність якої поряд з іншими вимогами є обов’язковою у контексті визнання певних відомостей доказами, на

сьогодні на даній стадії кримінального судочинства представляє протокол лише огляду місця події, чого недостатньо.

Більш того, на практиці це призводить до різного роду ускладнень, порушень і, навіть, фальсифікацій речових джерел чи їх процесуального документування, коли, наприклад, проводять так зване „попереднє” дослідження речовин, що схожі на наркотики, які нерідко змінюють чи зовсім знищують їх. По результатах цього дослідження порушують кримінальну справу по факту виявлення наркотиків і вже потім призначають експертизу, яка у такому випадку, коли об’єкт експертного дослідження вже змінений чи зовсім відсутній, не може бути не фальсифікована. У практиці боротьби зі злочинами виникає багато й інших подібних ситуацій (95, с. 174-177 та ін.).

Аналогічні перепони має проведення до і після порушення справи й особистого дослідження речових джерел, яке на цей час є позапроцесуальною дією, процесуальному документуванню не підлягає і тому у процесі доказування виникають, при наймі, дві групи труднощів: 1. Доведення відсутності при проведенні особистого дослідження фальсифікації чи іншої неконтрольованої зміни речових джерел. 2. Об’єктивного відображення умов проведення даного дослідження, стану речових джерел до і після особистого дослідження тощо (95, с. 193; 99, с. 80; 100, с. 332 та ін.).

Особистим пропонується іменувати дослідження, яке проводить особисто слідчий, співробітник органу дізнання, прокурор чи суддя (тобто особи, на яких у відповідності із вимогами ст. 22 КПК України покладена відповідальність за всебічне, повне і об’єктивне дослідження матеріалів справи¹⁵), коли для відповіді на певні питання не треба залучати спеціальні знання чи коли треба з’ясувати саме питання про необхідність застосування таких знань і розв’язати низку інших допоміжних для доказування питань.

У літературі і на практиці таке дослідження традиційно іменується „попереднім дослідженням”, „доекспертним дослідженням”, „непроцесуальним дослідженням” та іншою семантично необґрунтованою термінологією, яка не відображає його сутність (95, с. 179; 100, с. 321 та ін.).

¹⁵ Щоб бути точним, суд не вказаний у чинній редакції ст. 22 КПК України поміж суб’єктів, на яких покладено такий обов’язок. Це, на думку В.Т.Маляренка та інших учасників вказаного авторського колективу, зроблено навмисно, щоб поставити суд як власний орган над сторонами кримінального судочинства (127, с. 63). Проте фактично суд, як достатньо обґрунтовано підкреслюють вказані автори, все ж таки має дотримуватися принципу всебічності, повноти та об’єктивності дослідження всіх матеріалів справи (127, с. 63).

З урахуванням цього достатньо виваженою виглядає пропозиція визнати особисте дослідження процесуальної дією (яка має бути проведена аналогічно огляду) і разом із всіма видами огляду (огляду місця події, огляду місцевості, огляду приміщення, огляду трупу людини, огляду тіла живої людини, огляду документів та огляду інших речових джерел), обшуком, виїмкою, експертизою та отриманням зразків на експертне дослідження допустити до порушення справи, якщо при цьому ставиться мета отримати достатні дані про наявність чи відсутність в дії ознак злочину (95, с. 177, 200; 99, с. 80-81; 100, с. 332-333 та ін.).

Тільки у такому разі може бути забезпечений безперервний ланцюжок процесуального документування, у першу чергу роботи з речовими джерелами, які з моменту виявлення мають бути у належній упаковці¹⁶, а поза нею – тільки при проведенні процесуальної дії із належним документуванням стану їх упаковки до її порушення і після виконання знову, стану самих речових джерел і всіх тих дій (технічних засобів, методик та ін.), що були до них застосовані (95, с. 177, 200; 100, с. 332-333 та ін.).

Але, навіть за умов впровадження на практиці концепції безперервного процесуального документування, розширення поняття доказів вказівкою на їх значимість не тільки для справи, а й для вирішення окремих питань, заяв і повідомлень виглядає зайвим, оскільки все це, на наш погляд, охоплюється словами „правильне вирішення справи”. Воно ж починається не з порушення справи, а з самого початку – з отримання заяви чи іншого повідомлення про злочин чи з безпосереднього виявлення ознак злочину суб'єктами антикримінальної діяльності. І докази тут можуть з'явитися лише тоді, коли буде наявна процесуальна форма їх представлення.

Аналогічні недоліки притаманні й *шістнадцятій позиції*, яку зайняли у спільній роботі М.М.Михеєнко, В.Т.Нор і В.П.Шибіко, коли доказами вважаються „получаемые с указанных в законе процессуальных источников сведения о фактах, обстоятельствах дела” (162, с. 139; 169 та ін.). У той же час у даному випадку немає прямої вказівки на значимість відомостей про факти для справи, хоча непрямо на це вказують й відомості про власно обставини справи.

¹⁶Виключення передбачаються тільки для громіздких і нерухомих речових джерел і тих, що швидко псуються. Проте це вимагає виготовлення похідних речових джерел, застосування низки об'єктивних засобів їх процесуального документування тощо (75, с. 203; 99, с. 81; 100, с. 333-334; 108, с. 16 та ін.; див. розд. 3.2).

Ще більше недоліків вбачається у ст. 147 Проекту нового КПК України від 12 жовтня 2005 р. (1.15), коли вказується, що: „Доказами в кримінальній справі є фактичні дані, зібрані в порядку, визначеному цим Кодексом, за допомогою яких особа, яка здійснює дізнання, слідчий, прокурор і суд встановлюють наявність чи відсутність суспільно небезпечного діяння чи злочину, винуватість чи невинуватість особи, яка його вчинила, та інші обставини, що підлягають доказуванню в кримінальній справі”.

Як бачимо, тут у порівнянні із вказаним вище проектом КПК, запропонованим М.М.Михеєнком, вбачається відхід назад, оскільки замість „відомостей про факти” вказана більш традиційно і, як вбачається, менш точне словосполучення „фактичні дані”.

Проте звертає на себе увагу інший недолік, коли значимість цих фактичних даних як доказів обмежена обставинами, що підлягають доказуванню, і саме ця особливість визначення поняття доказів дає підстави розглядати даний підхід як *сімнадцяту точку зору*.

У той же час, оскільки обґрунтованість включення у поняття доказів орієнтовного чи повного переліку обставин, що підлягають доказуванню, вже розглядалася, зараз доцільно лише наголосити на тому, що більш прийнятним видається застосування загального формулювання „будь-яких відомостей про факти (внутрішні чи зовнішні прояви подій, явищ, дій людей, речових джерел) у цілому чи їх окремі сторони, які мають значення для правильного вирішення справи” (188).

У цьому відношенні варто згадати й ще одне визначення поняття доказів с. В.Слиньком і В.М.Тертишником: „Доказательствами в уголовном процессе являются любые, полученные в установленном законом порядке из надлежащих источников достоверные фактические данные, которые могут служить средствами установления объективной истины” (263, с.43), що може претендувати на *вісімнадцяту точку зору*, оскільки у даному відношенні вказані “достовірні фактичні дані”, а їх значимість висловлена через “засіб встановлення об’єктивної істини”.

Як бачимо, окрім менш вдалого формулювання “фактичні дані”, тут недостатньо обґрунтовано підкреслюється, що ці дані повинні бути достовірними, хоча і так зрозуміло, що недостовірні відомості не можуть стати не тільки доказами, а й іншими різновидами антикримінальної інформації (див. розд. 1.2). Аналогічно зайвою виглядає вказівка і на те, що джерела відомостей мають бути належними.

Окрім цього значимість відомостей, хоча і має за даною позицією стисле формулювання, але все ж таки поступається більш широкому їх розумінню: “що мають значення для правильного вирішення справи”. Цього ж, до речі, не можна зробити, не встановивши по справі як об’єктивну істину, так й інші обставини, які мають сприяти правильному вирішенню справи, у тому числі й ті з них, відомості про які будуть отримані від особистих джерел, а тому вони приречені бути суб’єктивно інтерпретованими через свідомість людини (21; 124; 219; 220 та ін.). Не треба забувати й про обставини, що характеризують суб’єктивну сторону події злочину, тощо.

Достатньо переконливим виглядає обґрунтування с. А.Шейфером висновку про те, що докази є об’єктивно-суб’єктивною категорією, оскільки, з однієї сторони, докази відображають у вигляді повідомлень чи відомостей ті фактичні обставини, які виникли і існують незалежно від волі суб’єкта, який їх пізнає. З іншої сторони, докази представляють собою результат відображення зовнішньої обстановки у свідомості суб’єкта, який їх пізнає, і перетворюються ним у відповідну форму (306, с. 27).

Не може вважатися бездоганною й колишня авторська позиція, коли докази визнавалися як „будь-які відомості про фактичні дані, що мають значення для правильного вирішення справи та отримані від особистих і речових джерел за допомогою складових частин гласної методики боротьби зі злочинами¹⁷ у порядку, передбаченому даним кодексом” (95, с. 153; 108, с. 11; 109, с. 14; 178; 179; 183; 185, с. 80 та ін.). З огляду на це, даний підхід може вважатися як ***дев’ятнадцята точка зору за суто доказовою концепцією поняття доказів***, оскільки у даному випадку вже вказані „відомості про фактичні дані”, що поєднує в собі правильний підхід „відомості про...” і менш вдале формулювання „фактичні дані”, а також

¹⁷З метою вирішення питання із наданням ординістичній інформації статусу доказів у вдосконаленій ст. 65 КПК України вказувалися складові частини не тільки гласної а негласної методики боротьби зі злочинами (185, с. 82 та ін.), що не можна визнати правильним. Але ж статус доказів ординістичній інформації недоцільно надавати через КПК України як це передбачено чинною редакцією ч. 2 ст. 65 КПК України, редакцією ч. 2 ст. 147 проекту КПК України, що розглядався у Верховній Раді (1.15), пропонувалося у ч. 3 ст. 2 проекту КПК України, розробленого М.М.Михеєнком (160, с. 12), та деякими іншими авторами (100, с. 52; 263, с. 10 та ін.), оскільки цим самим, як вже підкреслювалося, передбачається небажаний другий після проведення експертизи випадок порушення принципу безперервності кримінального судочинства. У даному випадку більш прийнятна розробка і прийняття Ординісто-регламентного кодексу України, про що мова піде окремо чин. розд. 1.2, 3.3).

присутня додаткова характеристика доказів – застосування для отримання такого роду відомостей складових частин гласної методики боротьби зі злочинами.

Оскільки остання з характеристик доказів більш детально аналізується у контексті їх інформаційної концепції (див. розд. 1.2), зараз варто наголосити лише на тому, що і відомості, і фактичні дані можна представити як сукупність певних знаків, символів, звукових чи візуальних сигналів про зовнішні чи внутрішні прояви фактів у цілому чи їх окремих сторін. Тому застосоване за даним підходом словосполучення „відомості про фактичні дані” є тавтологією.

Варто у цьому відношенні згадати й позицію В.Г.Гончаренка, В.Г.Тихині і багатьох інших авторів, які поняття „фактичні дані” і „відомості про факти” розглядали як синоніми (127, с. 195; 268, с. 9 та ін.), що з урахуванням викладеного обґрунтування їх різного значення, виглядає недостатньо правильним.

З огляду на це, треба вважати дещо поспішним висновок про те, що фактичні дані є власно факти та обставини (180), оскільки фактичні дані є лише даними (відомостями) про зовнішні чи внутрішні прояви фактів чи їх окремих сторін (елементів), а не самі ці прояви (ознаки, властивості).

Недостатньо виваженим виглядає визначення доказів Д.П.Письменним, О.Ф.Штаньком та іншими авторами як „фактичні дані, відомості про факти, обставини справи, які використовуються як аргументи” (155, с. 63), що може розглядатися в якості *двадцятої позиції*.

У той же час, оскільки у даній дефініції нічого принципово нового окрім схоластичного поєднання різних вже розглянутих підходів, зокрема, визначення сутності доказів і як фактичних даних, і як відомостей про факти, не вбачається, заслуговує на увагу намагання Є.Є.Підголкіна поєднати і розвинути позитивні сторони існуючих визначень доказів.

На думку даного автора, „...в структуру доказательств входят как факты (предметное значение знаков), так и фактические данные (смысловое значение знаков, каждого из источников, перечисленных в ч. 2 ст. 16 Основ, а также определенной их совокупности), причем фактические данные устанавливаются фактами (определенной совокупностью фактов), на которые указывают, представляют их названные источники” (207, с. 68).

Якщо не звертати увагу на присутні тут і вже також піддані критиці недоліки попередніх точок зору, зокрема, що: а) окрім фактів треба розглядами й їх окремі сторони (елементи); б) у структуру доказів входять не факти самі по собі чи їх окремі сторони, а

відомості про їх зовнішні чи внутрішні прояви; в) словосполучення „фактичні дані” має поступитися більш точному словосполученню „будь-які відомості про факти (внутрішні чи зовнішні прояви подій, явищ, дій людей, речових джерел) у цілому чи їх окремі сторони”; г) у ч. 2 ст. 16 Основ та у відповідних нормах кодексів фактично міститься перелік не тільки джерела доказів, а й перелік деяких форм представлення доказів та ін., даний підхід, дійсно, є дещо іншим. Адже ж тут, у принципі, правильно вказана сама схема формування відомостей про зовнішні чи внутрішні прояви фактів чи їх окремих сторін шляхом семіотичного підходу і тому може розглядатися як **двадцять перша точка зору суто доказової концепції поняття доказів**, яка вже містить у собі певний перехід до наступної інформаційної концепції доказів.

На думку Р.С.Белкіна та А.І.Вінберга, доказова інформація є „мера звязи доказательств с событием, к которому они относятся” (18, с. 173).

І.М.Лузгін вважає, що „Теорию судебных доказательств и криминалистику, вероятно, должен интересовать семантический аспект информации, ее понимание как некоторой совокупности сведений и отражаемого разнообразия. С помощью такого понимания может быть раскрыта сущность судебных доказательств, их познавательная роль в уголовном процессе” (143, с. 84).

У той же час вказаний вчений, розуміючи, що субстанцію доказів утворює інформація, приходить до не досить обгрунтованого висновку, що поняття сигналу інформації, характеризуючи спосіб передачі інформації, її переміщення у часі та у просторі, не може розкрити юридичну природу судових доказів (143, с. 83).

Аналогічної думки дійшов й М.М.Михеєнко „... семиотический, а также семантический подход к раскрытию понятия судебного доказательства, по меньшей мере, не проясняет данного вопроса, в частности содержания термина “фактические данные” ...Понимание “фактических данных” как полученных из указанных в законе процессуальных источников сведений о фактах... представляется наиболее правильным и плодотворным” (158, с. 83).

Такий висновок виглядає непереконливим. Найбільш прийнятне формулювання суто доказової концепції поняття доказів „будь-які відомості про факти (внутрішні чи зовнішні прояви подій, явищ, дій людей, речових джерел) у цілому чи їх окремі сторони” нічим не відрізняється від поняття „доказова інформація”, оскільки основу і відомостей, і інформації складають одні і ті ж чинники – інформаційні сигнали у вигляді матеріальних чи ідеальних відображень, знаків, символів, звуків тощо. Таким чином, щоб отримати відомості

за допомогою як змінених, так і незмінених речових джерел, треба виявити необхідні їх ознаки, внутрішні і зовнішні властивості чи інші прояви, задокументувати їх у відповідній формі (протокол, висновок експертизи) і донести таку інформацію до учасників кримінального судочинства через вказану форму.

Якщо ж особа, яка безпосередньо виявляла зовнішні чи внутрішні прояви речових джерел, наприклад, експерт, дає показання про це слідчому або судді та іншим учасникам судового засідання (ст. 201 КПК України), то такі покази також мають бути задокументовані у відповідній формі – слідчому протоколі допиту чи у протоколі судового засідання. І саме через ці протоколи такого роду відомості будуть виступати як докази при прийнятті рішення по справі.

Але ж виникає питання, якщо у будь-якому випадку відомості про факти чи їх окремі елементи стануть доказами лише через відповідну форму, в якій вони задокументовані, то яким саме чином це документування здійснюється? Чи не шляхом відповідних інформаційних сигналів (знаків, символів, інших формалізованих візуальних чи звукових відображень)?

Якщо порівняти поняття доказів за суто доказовою концепцією із філософською категорією інформації як „сведений об окружающем мире и протекающих в нем процессах, воспринимаемых человеком или специальными устройствами» (290, с. 9), то можна дійти висновку, що за значенням і структурою ці категорії аналогічні (23, с. 112; 100, с. 287-289; 120; 258, с. 18-29 та ін.) і відображають процес передачі людині через певні сигнали, знаки чи символи таких відомостей про ознаки властивості та інші внутрішні і зовнішні прояви фактів чи їх елементів, які мають значення для правильного вирішення справи (якісного, раціонального та ефективного ведення боротьби з певним злочином). Але при цьому дані категорії співвідносяться як відповідно часткове і загальне. При цьому докази також можна іменувати доказовою інформацією і розглядати останню у контексті інших видів антикримінальної інформації (100, с. 287-289 та ін.).

П.Д.Біленчук, О.П.Дубовий, М.В.Салтевський і П.Ю.Тимошенко достатньо обґрунтовано підкреслюють, що „інформація і докази у гносеологічному плані мають однакові значення і структуру. Це загальні категорії, які використовуються у пізнанні і доказуванні” (23, с. 113).

З точки зору Д.І.Сулейманова, розуміння доказів „в единстве формы (источника) и содержания сведений о фактах, имеющих значение для дела... не противоречит и теории информации, согласно которой под информацией понимаются, сведения получаемые человеком посредством определенных сигналов из внешнего мира” (258, с. 30).

Таким чином, підстав для протиставлення понять доказів і доказової інформації зокрема чи антикримінальної інформації взагалі немає. І в цьому можна переконатися, розглянувши основні підходи інформаційної концепції доказів.

Підводячи підсумок узагальненню літературних джерел з питань визначення сутності доказів (1-319 та ін.), дає можливість побачити формування і поетапний розвиток двох основних підходів із розв'язання даної проблеми: суто доказової та інформаційної концепції, а критичний аналіз **21 точки зору за суто доказовою концепцією поняття доказів** приводить до таких висновків:

1. У чинній редакції ст. 65 КПК України відсутнє чітке суто доказове визначення поняття доказів та його розмежування із джерелами доказів, суб'єктами і способами їх отримання і формою представлення (див. розд. 3.1).

2. Суто доказове визначення поняття доказів має бути узгоджено із філософською категорією інформації як відомостей про оточуючий світ і процеси, що у ньому проходять, які сприймаються людиною чи спеціальними пристроями (290, с. 9), і може бути сформульовано таким чином: „Доказами є будь-які відомості про факти (внутрішні чи зовнішні прояви подій, явищ, дій людей, речових джерел) у цілому чи їх окремі сторони, що мають значення для правильного вирішення справи та отримані слідчим (особою, яка веде дізнання, прокурором) чи суддею (судом) від особистих і за допомогою речових джерел у передбаченій процесуальним законом формі і порядку”.

3. Отримання доказів, тобто певних відомостей про факти (внутрішні чи зовнішні прояви подій, явищ, дій людей, речових джерел) у цілому чи їх окремі сторони), експертом у формі експертного висновку є виключенням з принципу безперервності антикримінального судочинства і вимушеною мірою в умовах необхідності застосувати для отримання такого роду відомостей спеціальні знання, всебічність, повнота та об'єктивність здійснення чого забезпечується іншими суб'єктами отримання доказів (особою, яка здійснює дізнання, слідчим, прокурором, суддею, судом) через низку процесуальних та іншого роду гарантій, передбачених чинним КПК України та іншим законодавством.