

3. Криминалистика: учеб. / И.А. Анищенко [и др.]; под ред. Г.Н. Мухина. – Минск: Академия МВД Респ. Беларусь, 2006. – 863 с.
4. Лукашевич В.Г. Тактика общения следователя с участниками отдельных следственных действий: учеб. пособие / В.Г. Лукашевич. – Киев: НИиРИО КВШ МВД СССР, 1989. – 88 с.
5. Быков В.М. Особенности расследования групповых преступлений: учеб. пособие / В.М. Быков. – Ташкент: НИиРИО Ташк. ВШ МВД СССР, 1980. – 60 с.
6. Любичев С.Г. Этические основы следственной тактики / С.Г. Любичев. – М.: Юрид. лит., 1980. – 96 с.
7. Новикова Ю.В. Расследование краж, совершенных группой лиц: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Ю.В. Новикова. – Воронеж, 2002. – 239 с.
8. Драпкин Л.Я. Основы теории следственных ситуаций / Л.Я. Драпкин. – Свердловск: Урал. ун-т, 1987. – 168 с.
9. Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей / А.Р. Ратинов. – М.: НИиРИО ВШ МООП СССР, 1967. – 291 с.

УДК 343.14

СПОСІБ ДІЯЛЬНОСТІ ДОКАЗУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ДІЯЛЬНІСНИЙ ПОГЛЯД

Гмирко В.П., к.ю.н., доцент

Академія митної служби України

У статті репрезентовано висновок, що з позицій діяльнісного (методологічного) підходу спосіб доказування в кримінальному процесі можна розглядати як її діяльнісний регулятор, об'єктивований структурою процесуальних “організованостей”, об'єднаних у три взаємозв'язані блоки – ціннісний + організаційний + технологічний.

Ключові слова: доказування в кримінальному процесі.

Гмирко В.П. СПОСОБ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ: ДЕЯТЕЛЬНОСТНЫЙ ВЗГЛЯД / Академия таможенной службы Украины, Украина

В статье обосновывается вывод, что с позиций деятельностного (методологического) подхода способ доказывания в уголовном процессе можно рассматривать как ее деятельностный регулятор, объективированный структурой процессуальных “организованностей”, объединенных в три взаимосвязанных блока – ценностный + организационный + технологический.

Ключевые слова: доказывание в уголовном процессе.

Gmirko V.P. METHOD OF PROOF IN CRIMINAL PROCEEDINGS: ACTIVITY GLANCE / Academy of customs service of Ukraine, Ukraine

The article gives the summary which states that from the position of the approach expressing active (a methodological approach) the manner of proving can be considered as a regulator of its activity in a criminal procedure. This regulator is represented by the structural “elements”, combined into three interrelated blocs – value + organization + technique.

Key words: proving in a criminal procedure.

У вітчизняній науці з огляду на наявний “розрив” між діяльнісним трактуванням доказування в кримінальному процесі та недіяльнісною практикою його теоретичного осмислення + організаційного проектування, проблему способу діяльності доказування взагалі не артикульовано й не оформлено як предмет дослідження; жодних спеціально тематичних або навіть оказійних публікацій немає.

Мета даної статті полягає у спробі сформулювати сучасні наукові уявлення про спосіб діяльності доказування, спираючись на приписи СМД (системомислєдїяльнїсної)-методології¹.

Якщо розглянути мовознавчий, філософський, психологічний, праксеологічний, системний, методологічний та юридичний фокуси поняття “спосіб” як неодмінного атрибуту будь-якої діяльності на загал, то можна дійти таких висновків.

У теоретичних концептах діяльності, замкнених на її **суб’єктів** (діяч, актор, агент, справець тощо) панує антропоцентрична експлікація способу як певним чином організованої та цілеспрямованої сукупності (системи) засобових одиниць (дії, техніки, операції, сили), що використовуються ними для досягнення мети (завдання) певної акції.

Натомість у методологічних схемах, де людина (функціонер) є лише технологічним елементом самої **діяльності** як самодостатнього замкненого цілого, спосіб розглядається як відокремлений від виконавця регулятор діяльності самостійної системи, покликаний організовувати взаємодію решти ФМ діяльності в перебігу виготовлення бажаного продукту.

Вказуючи спосіб діяльності, ми даємо тим самим відповідь на запитання, як помислено конкретну діяльність, як організовано, як вона практично виконується, які засоби використовуються тощо.

Тому дане ФМ пропоную розглядати як її діяльнісний **регулятор**, об’єктивований структурою процесуальних “організованостей”, об’єднаних у три блоки: (а) “ціннісний” + (б) “організаційний” + (в) “технологічний”.

До складу першого з них треба зарахувати **цінності**, як те, на чому має “триматися” певна діяльність, або принаймні, як те, що не повинно порушуватися її професійними “гравцями”, чи то пак “носіями”.

До складу організаційного блоку будемо заводити концепт **замислу** як провідної ідеї, втіленої в певну засаду, на “варстаті” якої здійснюється організація блоку уявлень про змістовне наповнення решти ФМ діяльності доказування (“мета” ↔ “вихідний матеріал” ↔ “засоби” ↔ “учасники” ↔ “продукт”).

До складу останнього блоку можна зарахувати певні **технологічні принципи**, що на них реалізується певна діяльність, трактована передовсім як процес **перетворення** вихідного матеріалу на її продукт.

2. А тепер, повертаючись у шар діяльності доказування в кримінальному процесі, розглянемо змістовне наповнення кожного з репрезентованих структурних блоків, починаючи від організаційного, адже саме він “задає” його розуміння: назвавши замисел, можна “побачити” й цілісність самого способу.

А. Організаційний блок. Спочатку нам треба відповісти на складне запитання, а що саме можна покласти до нього як ядерне наповнення вже згадуваного організаційного принципу?

Праксеолог Т. Котарбінський дає на це таку відповідь: пояснюючи комусь, яким **способом** щось чиниться, досить відповісти, **як** воно робиться; далі на подібні запитання можна відповідати, називаючи, наприклад, рід руху або орган, котрий функціонував у перебігу діяльності, або вказуючи на використані з цією метою засоби [2, 65].

¹ У стандартах СМД-методології діяльність доказування в кримінальному процесі може бути репрезентована складною структурою певним чином організованих і взаємозв’язаних так званих “функціональних місць” (ФМ): “мета” ↔ “вихідний матеріал” ↔ “спосіб діяльності” ↔ “носії діяльності” ↔ “засоби діяльності” ↔ “перетворювальний процес” ↔ “продукт діяльності”. Детальніше про це див.: [1, 94-99]

Якщо перебувати в згаданій логіці, не забуваючи, що діяльність доказування в кримінальному процесі має завершуватися в **суді**, то тоді як шукану організаційну ідею можна розглядати **засаду** формування юридичних конструкцій лише на підставі фактів, сформованих у перебігу **судової** критики й контркритики твердження обвинувальної влади про їх (конструкцій) правильність.

Іншими словами, суспільно акцептованим і юридично підставним визнається лише доказовий продукт, виготовлений у **суді** з вихідного матеріалу (доказової сировини), постаченого для нього сторонами обвинувачення та оборони.

Таким чином, в основу способу діяльності доказування в кримінальному процесі має бути покладений **принцип судового виготовлення шуканих правних конструкцій**.

Його зміст розкривається, на мою думку, у таких положеннях:

- а) діяльність доказування здійснюється в рамках двох основних “технологічних” процедур – підготовчого та головного доказових проваджень, конструйованих і реалізованих на **власних** засадах;
- б) доказова продукція, виготовлена на підготовчому доказовому провадженні, має вагу лише для потреб діяльності досудового провадження, а для головного доказового провадження вона має характер “вихідного” матеріалу, перероблюваного відтак у **продукт** діяльності доказування як замкненого цілого;
- в) кримінально-процесуальними доказами *sensu stricto* мають визнаватися тільки докази, сформовані в результаті судової комунікації учасників головного доказового провадження; їх можна називати, зберігаючи історичну традицію, кримінально-судовими, або скорочено – **судовими** доказами.
- г) процесуальну продукцію, виготовлену в перебігу **підготовчого** доказового провадження, доцільно називати “матеріалами”, якими поліція й обвинувальна влада виправдовують слушність власних рішень; для суду ці *sit venia verbo* “докази” попросту не існують, так би мовити, *ex definitione*.

Б. Ціннісний блок. Як цінності діяльності доказування пропоную розглядати п’ять засад: просування до істини + презумпція невинності + свобода від самовикриття + *favor defensionis* + використання стороною обвинувачення лише допустимих доказів.

Засада просування до істини. Як наголошує К. Поппер, “... ідея істини дозволяє нам розумно говорити про **помилки** й раціональну **критику** та вможливорює раціональну дискусію, тобто дискусію критичну, спрямовану на пошуки помилок, прагнучи за можливості якнайповажнішим чином усунути більшість із них, щоб **наблизитись** до істини. Таким чином, сама ідея помилки й здатності помилятися містить у собі ідею об’єктивної істини як **стандарту**, що його ми, можливо, й не досягаємо (власне в цьому сенсі ідея істини є регулятивною)” [3, 346-347].

Переконалий: було б верхом нерозважливості або недоречності ставити питання про її цілковиту елімінацію з теорії й практики доказування; інша річ, як наголошує семіолог Ю. Лотман, “істина без сумніву породжує фанатизм. Істина поза сумнівом, світ без сміху, віра без іронії – це не тільки ідеал середньовічного аскетизму, це й програма сучасного тоталітаризму” [4, 479].

Тому в доказовому диспозитиві “правда” – “совість” – “істина” – “справедливість” остання має відігравати роль фундаментальної цінності – морально-пізнавального

ідеалу² для носіїв діяльності доказування, адже, як відомо, “хто не змагає до речей неможливих, ніколи їх не досягає”.

Ідея полягає в тому, щоб, зберігаючи істину в складі диспозитиву доказування в характері її морально-пізнавальної цінності, постійно вдосконалювати засоби самої діяльності.

2. Засада презумпції невинності. Вона має фундаментальну цінність для діяльності доказування: із закладеної в ній методологічної ідеї “невинність презюмується, а винність доводиться”, впливає вимога до процесуальних “пропонентів” і “опонентів”, а також їхнього “арбітра” – суду – позиціонувати себе передовсім як **критика** певного стверджувального судження – презюмованого чи то пак обстоюваного.

Фактично вона має “запускати” механізм критики й контркритики, чим у суді досягається “... критичне сприйняття обвинувачення, в цій ситуації обвинувачення вперше змушено на загальне щось-небудь доказувати, а не просто формально оказувати власну позицію “під протокол” [6, 48].

3. Засада свободи від самовикриття (*nemo tenetur se detegere*). Ця засада є показником ступеня цивілізованості кримінального процесу,

Цінність її полягає, на мою думку, у тому, що вона має послідовно спрямовувати законодавця, доктрину та процесуальні влади на щораз то більшу **елімінацію** особи, щодо якої точиться провадження *in personam*, з участі у викритті її як справця та доказуванні його здогадної винності, на подолання згубної ідеології й практики інквізиційної настанови “*confessio est regina probationum*”, з одного боку, а також виникнення ситуацій спекулятивних заяв про застосування до певних процесуальних персонажів незаконних способів отримання свідчень – з іншого.

4. Засада *favor defensionis*. Ця засада, дарма що була відома вже римському праву, ще й досі, як на мене, не знайшла належного теоретичного осмислення свого методологічного, а відтак і ціннісного характеру.

Її ціннісний сенс полягає в тому, що держава як учасник опозиції “мегамашина” кримінального переслідування – “здогадний справець”, усвідомлюючи власну безумовну перевагу, має “самообмежуватись”, надаючи певні компенсаційні **преференції** стороні оборони.

Отже, якщо підсумувати наведене, то цінність засади *favor defensionis* полягає, на мою думку, у тому, що в результаті послідовного самообмеження держави в кримінальному процесі в суспільстві формуватиметься щораз то більш цивілізоване, культурне ставлення як до постаті правопорушника як людини, а не тільки джерела викривальних доказів, так і до оборонця як речника його життєвого інтересу.

5. Засада використання стороною обвинувачення лише допустимих доказів. Її цінність полягає в тому, що його послідовна практична реалізація має забезпечити досягнення юридичної цілісності діяльності доказування, яка підтримується додержанням рівноваги юридичних правил і відповідальності в разі їх порушення.

У такій схемі функціонери кримінального переслідування, усвідомлюючи потребу додержання вимог процесуального закону, таки намагатимуться утримуватися від його свідомого порушення (“дешевше буде”), а сторона оборони завжди матиме змогу порушувати питання про, так би мовити, відновлення порушеного *status quo*, забезпечуючи водночас і бажаний баланс доказових можливостей сторін.

² На думку Р. Акофа й Ф. Емері, ідеал – це результат, що його ніколи не можна одержати, але до котрого можна необмежено **наближитися**; він на загальне недосяжний, тому є сенс говорити про просування до нього [5, 66].

В. Блок “Загальні технологічні засади” До складу цього блоку можна, на мою думку, включити чотири засади: розподілу діяльності доказування на два самостійні провадження + об’єктивізму + безпосередності + нормативного оцінювання доказів.

Засада розподілу діяльності доказування на два самостійні провадження. Щоб діяльність доказування в кримінальному процесі, як і будь-яка інша технологічно організована діяльність була **справною**, треба в її структурі передбачити дві технологічні “організованості”: підготовчу + виконавчу, де мають вирішуватися притаманні їм власні завдання: готування відповідного матеріалу (сировини) + виготовлення з нього кінцевого бажаного продукту. У діяльності доказування, як це вже раніше згадувалось, організованості можна назвати відповідно “підготовчим” і “головним” доказовими провадженнями.

Суть цієї досить тривіальної думки полягає передовсім у доконечності послідовно розрізняти доказову “сировину” й готовий “продукт”, уникаючи заразом їх мимовільного ототожнення. Якщо в сфері матеріального виробництва з очевидних причин цієї проблеми просто не існує, то в царині продукування процесуального знання, “замішаного” на концепті істини, все відбувається з точністю до навпаки.

Річ у тім, що в цьому разі носії діяльності доказування немовби знають наперед, що таке істина, які її критерії, тому вже сама можливість одночасного існування істини в іпостасях “сировини” й “продукту” є для них попросту не до помислення: адже істина, переконані вони, одна, а її зміст не залежить від місця й технології її виготовлення.

У подібній схемі немає місця для технологічного вузла виготовлення знанневої **сировини** для істини, а може бути лише **процедура** її виготовлення на досудову провадженні, за якою в рамках згаданої логіки неunikнено гряде й процедура судової **афірмації** вже виготовленої поліцією істини.

У парадигмі бо діяльнісного (методологічного) підходу ситуація має виглядати дещо інакше. Передовсім треба зазначити, що на підготовчому (досудовому) провадженні поліція (прокурор), розпочинає “втягування” певної правнорелевантної “життєвої” події в простір юридичної мислєдіяльності. У висліді вона як феномен **недіяльнісної** сфери “заміщується” її процесуальним “портретом” – “технічним” знанням про неї, оформленим, приміром, проектом (версією) юридичної конструкції “обвинувачення”.

На головному доказовому провадженні суд, діючи в рамках належної правної процедури, керуючись логікою презумпції невинності, здійснює спочатку критику версії сторони обвинувачення, а потім критику версії оборони, створюючи тим самим із “давальницької” сировини (технічного знання, репрезентованого сторонами) кінцевий продукт діяльності – певну шукану юридичну “організованість”. Лише після цього суд має право вперше оголосити сформовані в нього “уявлення” про “реальні факти” минулого вже юридично встановленими фактами, на підставі яких він вирішує питання про доведеність (недоведеність) обвинувачення, а відтак *res judicata pro veritate habetur*.

2. Засада об’єктивізму – це вимога до діяльності доказування в кримінальному процесі забезпечувати **рівною** мірою в її перебігу дослідження обставин кримінальної справи, що промовляють як на користь обвинуваченого, так і проти нього (ч. 1 арт. 22 КПК України)³.

Отже, як бачимо, законодавець вимагає від “органів”: поліції та суду, тобто від *ex definitione* грішного й слабкого матеріалу людського наповнення ФМ “Носії діяльності доказування” рівною мірою затурбуватися як доказами **оборони**, так і доказами **обвинувачення**. Проте, як показує практика діяльності доказування, вона стикається з

³ На думку С. Калиновського, засада об’єктивізму полягає в тому, що кожен державний орган, який діє в кримінальному процесі, має обов’язок узгляднювати **рівною мірою** обставини, котрі промовляють як на користь, так і на некористь обвинуваченого [7, 73].

постійно відтворюваним у ній феноменом “обвинувального ухилу”, який доктрина чомусь воліє розглядати як таку собі деформаційну **дигресію**, відступ від модельного) поведінкового стандарту функціонування.

Якщо ж подивитися на цю ситуацію з діяльнісного (методологічного) погляду, треба буде визнати: людський матеріал, “організований” як наповнення відповідних ФМ діяльності доказування, поводить себе практично адекватно до вимог “стандартів” самої діяльності; *vice versa* пресловутий “ухил” і є “нормативною” поведінкою її функціонера в рамках певним чином організованого кримінального процесу.

Відтак чітко висновую: доказова мислєдїяльність функціонерів вітчизняного кримінального процесу має вочевидь **упереджений**, обвинувальний характер, зумовлений об’єктивним феноменом негативного ставлення суспільства до феномена злочинності. Тому людський матеріал ФМ “носії діяльності доказування” спеціально “організується” в рамках цієї установки спочатку в юридичному навчальному закладі, а потім, стаючи “наповненням” даного функціонального місця (“поліціант”, “прокурор”, “суддя”); воно так її “обтискує” з усіх боків, що з плином часу вже навіть інколи важко сказати, скільки в конкретному процесуальному персонажі залилося людського, а скільки функціонального...

Звідси засадничий висновок: діяльність доказування має бути організована таким чином, щоби можливість реалізації засади об’єктивізму на людському матеріалі підкріплювалася системи процесуальних гарантій, покликаних певною мірою “стримували” іманентну обвинувальну спрямованість функціонерів кримінального судочинства.

3. Засада безпосередності. Функціональне призначення даної засади як елемента способу діяльності доказування полягає в тому, щоб насамперед забезпечити, як пише Р. Кмечик, **преференцію**: (а) прямих доказів над посередніми (індиційними); (б) первинних доказів над похідними; (в) доказів, одержуваних у спосіб безпосередній над доказами, одержуваними в спосіб опосередкований [8, 101].

Послідовна реалізація засади безпосередності в практиці діяльності доказування в кримінальному процесі вимагає, як на мене, розпрацювання таких перспективних теоретичних проблем, як, зокрема, обмеження кількості ситуацій опосередкованого використання матеріалів підготовчого доказового для формування доказової бази, що формується в головному доказовому провадженні + допустимість використання для цілей доказування доказів *ex auditu*.

4. Засада нормативного оцінювання доказів – це вимога до процесуальних органів оцінювати докази, а також інші продукти діяльності доказування, керуючись **законом**⁴.

Дослідження проблеми оцінювання доказів за “внутрішнім переконанням”, показує, що в затінках крил апологетики феномена психологічного, тобто внутрішнього переконання, спрокволу опинилася суто юридична (нормативна) складова цієї складної проблеми, а в першу чергу її **засобова** частина.

У цьому мене переконує тлумачення ст.67 КПК, який дозволяє сказати, що в ній законодавець нормативно закріплює лише дві діяльнісні “організованості”: внутрішнє переконання як **психологічний** засіб оцінювання доказів + правило про момент установлення їхньої доказової сили.

⁴ Експерт Ради Європи Д. Кош, коментуючи проект КПК 2003 р., зауважив зокрема, що немає потреби вживати вирази “почуття справедливості” та “внутрішнє переконання”, бо прокуророві треба керуватися законом та директивами Генерального Прокурора; в іншому місці він підкреслює: “внутрішнє переконання” – це не правна категорія. [9]; негативно висловився з приводу використання в тексті цього Проекту й інший експерт Ради Європи – Дж. МакБрайд.

Отже, всю **нормативність**, процесуальність оцінювання доказів зредуковано, по суті, до законодавчої вимоги, зверненої до людини в функції правозастосувача, використовувати власне внутрішнє переконання (індивідуальний, суб'єктивний, неконтрольований психологічний атрибут) як такий собі об'єктивно наявний, "від'єдинений" від людини юридичний засіб діяльності; інакше кажучи, в просторі доказової мислєдїяльності презюмується існування феномена внутрішнього переконання як універсальної "речі в собі".

Виходить так, що воно, подібно до інсталюваної комп'ютерної програми, в автономному режимі "керує" свідомістю правозастосувача, забезпечуючи вимагане законом справне виконання операцій оцінювання доказів, і то незалежно від характеристик матеріалу "людського" наповнення функціонального місця "носії" діяльності доказування⁵; на мою думку, це є ніщо інше, як класична юридична фікція.

Звідси випливає, що процесуальному інституту оцінювання доказів у кримінальному процесі треба повернути його юридичне "наповнення", розпочавши цю акцію зі зміни назви самої засади, переходячи відтак до опрацювання нормативного оснащення функціонерів кримінального процесу, що пораються цією діяльністю.

Г. Блок "Засади підготовчого доказового провадження". До них підставно зарахувати засади: інквізиційності (слідчу засаду) + "компенсування" інформаційних можливостей сторони оборони.

Засада інквізиційності⁶ – це діяльнісна вимога забезпечувати належну технологічну справність⁷ спеціальному державному органу кримінального переслідування (поліції)⁸ в перебігу односуб'єктного вчинення ним пізнавально-правної реконструкції певної правно-релевантної події та обґрунтування обвинувачення.

Звідси, на мою думку, впливають такі, зокрема, висновки:

1. Підготовче доказове провадження має бути доменом спеціального органу – передовсім поліції, – покликаної забезпечувати права людини, особисту й громадську безпеку, бо вона диспонує (принаймні мусить посідати) для цього всіма потрібними ресурсними й засобовими можливостями.
2. З огляду на завше потенційну **протидію** з боку зацікавлених фізичних і юридичних осіб доказова діяльність поліції повинна мати переважно **закритий** характер, а зміст виготовлених нею доказових матеріалів може "розкриватися" для сторони оборони лише в рамках **судових** процедур, здійснюваних у перспективі обмеження конституційних прав людини, щодо якої точиться провадження *in personam*, а також ознайомлення з матеріалами завершеного підготовчого провадження.
3. У доказовій діяльності поліції мають поєднуватися як процесуальні, так і непроцесуальні (оперативно-розшукові) форми; саме ця їхня неприродна

⁵ Іншими словами, презюмується наявність "ідеалізованої" людини, яка не припускається логічних помилок [10, 74-75].

⁶ Засада інквізиційності означає для мене не що інше, як вимогу забезпечити поліції можливість безперешкодно односуб'єктно здійснювати дослідження обставин кримінальної справи, тому заперечувати її просто немає розумних підстав. Як на мене, послідовно й рішуче треба виступати не проти назви як ідеологічного жупелу, а саме проти того, що Є. Б. Мізуліна слушно називає "процесом, організованим по типу однієї сторони", ще й цілковито залежним від держави, де ця сторона – обвинувач, єдиний у трьох іпостасях – слідчий, прокурор, суддя. [11, 49-63; 116].

⁷ Під справністю Т. Котарбінський розуміє: (а) в сенсі **синтетичному** – сукупність практичних достоїнств діяльності, тобто її позитивно оцінюваних характерних рис + (б) у сенсі **універсальному** – кожне з достоїнств доброї роботи окремо. [2, 117.]

⁸ Про проблему кримінального переслідування див. детальніше: [12, 15-47].

роз'єднаність створює для слідчого апарату міліції статусність “п'ятого колеса” у возі вітчизняного МВС.

4. Діяльність поліції в розглядуваному плані має зазнавати впливу процесуальних ригорів мірою, яка дозволяє нормування лише найбільш засадничих питань її участі в підготовчому доказовому провадженні; решта питань може бути врегульована в законі “Про поліцію” та урядових розпорядженнях Головної управи поліції.
5. “Паперовість” підготовчого доказового провадження має бути приведена до раціонально обґрунтованого **мінімуму**: поліція повинна оперативно думати та діяти, а не гаяти час на складання численних протоколів .

2. Засада “компенсування” інформаційних можливостей сторони оборони – це вимога забезпечувати мірою можливого оперативний доступ стороні оборони до **джерел** інформації про обставини певної правно-релевантної події (подію згодного злочину). Втілитися ця засада може в таких, зокрема, площинах:

- (1) Надання можливості стороні оборони (професійному оборонцеві) здійснювати окремі доказові дії за винятком тих, що пов'язані із застосуванням заходів процесуального примусу⁹.
- (2) Проведення так званого “паралельного” або “адвокатського” розслідування.
- (3) Запровадження інституту “судді до справ слідства” (судового магістрату), покликаною оперативно вирішувати питання проведення доказових дій за клопотанням сторони оборони.

Г. Блок “Технологічні засади головного доказового провадження”.

До них, моїм зданням, можна залічити три засади: змагальності (контрадикторійності) + усності + належної судової процедури.

Засада змагальності (контрадикторійності) головного доказового провадження – це вимога забезпечити сторонам-учасникам можливість обстоювати обґрунтованість власних висновків *in merito* правних питань у рамках належної судової процедури конфронтації їхніх протиставних (контрадикторійних) доказів і доводів.

Отже, як можна зауважити з наведеної дефініції, я розглядаю змагальність не як засаду всієї діяльності доказування, а лише її **головного** доказового провадження, і то в разі, коли є наявний **конфлікт** правних висновків.

Якщо ж його немає, а відтак і немає зіткнення процесуальних інтересів, то, зникає й сама потреба використовувати змагальну процедуру, розраховану на організацію юридичного змагання. Резонно вважати, що тоді правний конфлікт має розв'язуватися в рамках іншої, не змагальної належної судової процедури, приміром, на взір італійського *patteggiamento* (арт. 444 КПК з 1989 р.) або *processo abbreviato* (арт. 438 і наст.), у рамках яких вирішується близько 40 % усіх кримінальних справ.

⁹ Зауважу, ще 1973 р. М. Чесляк наголосив: “... здійснюване державними органами підготовче провадження не елімінує ані потреби, ані фактичного існування “приватних” з'ясувально-підготовчих дій, здійснюваних іншими сторонами, а особливо обвинуваченим і евентуально потерпілим. Безумовно, ці сторони можуть у межах, визначених законом, долучатися як активні суб'єкти до підготовчого провадження.

У царині підготування оборони власних інтересів у майбутньому юрисдикційному провадженні вони не мають обов'язку обмежуватися лише тим, що їм принесе підготовче провадження, здійснюване державним органом. Їм не можна заборонити пошуку на свій страх і ризик доказового матеріалу і підготування таким чином власної аргументації й власного тактичного плану. Це є дієве право, що впливає із засади контрадикторійності (хоча, безумовно, обмежене чинними процесуальними нормами)” [13, 17].

Засада усності головного доказового провадження – це вимога забезпечувати перебіг формування судових доказів і обстоювання правних висновків сторін лише в рамках вербальної комунікації сторін і суду, здійснюваної за процесуальними правилами.

Якщо розглядати цю засаду в запропонованому форматі, то логічними будуть такі висновки:

1. Головне доказове провадження є єдиним процесом вербальної комунікації сторін і суду, що на нього відображується решта складових цілісної мислєдїяльності судового розгляду – дія, мислення, рефлексія й розуміння [6, 52-53].
2. **Усна** мова має бути пріоритетним засобом виготовлення судових доказів і встановлення шуканих фактів у кримінальній справі, тому вся продукція підготовчого доказового провадження має “озвучуватися” в судовому засіданні.
3. Доказова комунікація мусить відбуватися в формі усного дискурсу сторін і суду, головним змістом якого є **запитання** з приводу конкретних фактів та обставин кримінальної справи й відповіді на них.
4. Неодмінною умовою реалізації засади усності головного доказового провадження є вимога його гласності та повної фіксації технічними засобами.
5. Винятки з цієї засади мають встановлюватися й регулюватися процесуальним законом.

Засада належної процедури головного доказового провадження. Дослідження загальнонаукового та юридичних планів категорії “процедура” дозволяє визначити процедуру як нормативно регламентовану хронологічну послідовність виконання пов’язаних операцій ужиткування певного технологічного засобу розв’язання типової задачі конкретного етапу перетворювального процесу певної **діяльності**.

Це теоретичне **уявлення** належної процедури можна розглядати як **прототип** для проектування належної судової процедури діяльності головного доказового провадження. Воно як своєрідний “чистий” матеріал “організується”, “оформлюється” під впливом, “тиском” уже згадуваних цінностей і засад діяльності доказування в кримінальному процесі, перетворюючися на її практичний засіб – належну судову процедуру.

Виходячи з зазначеного, засаду належної процедури головного доказового провадження підставно розглядати як технологічну вимогу використання такої процедури, яка б, задовольняючи зміст дозволів і заборон, зумовлених цінностями та засадами доказування, оптимально забезпечувала виготовлення його кінцевого **продукту** – шуканої юридичної конструкції.

На завершення хочу підкреслити, що дальша робота над даною проблемою має зосереджуватися на функціональних аспектах засад як змістовного наповнення способу діяльності доказування в кримінальному процесі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гмирко В. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація / В. Гмирко. – Дніпропетровськ: Акад. митн. служби України, 2010. – 314 с.
2. Kotarbiński T. Traktat o dobrej robocie. – Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1975. – 552 s.
3. Поппер К. Предположения и опровержения. Рост научного знания / К. Поппер. – М.: Прогресс, 1983. – 480 с.

4. Лотман Ю. Выход из лабиринта / Ю. Лотман. – М.: Книжная палата, 1989. – 560 с.
5. Акофф Р. О целеустремленных системах / Р. Акофф, Ф. Эмери. – М.: Сов. радио, 1974. – 282 с.
6. Карнозова Л.М. Гуманитарные начала в деятельности судьи в уголовном процессе / Л.М. Карнозова. – М.: ТК Велби, Проспект, 2004. – 93 с.
7. Kalinowski S. Polski proces karny. – Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1971. – 584 s.
8. Kmiecik R. Naczelne zasady procesowe w pospowaniu karnym // R. Kmiecik, Skretowicz E. Proces karny. Czesc ogolna. – Krakow: Zakamysze, 2002. – S. 62–134.
9. Геррманн Х. Коментарі до проекту Кримінально-процесуального кодексу / Х. Геррманн, Д. Кош, Дж. МакБрайд. – Страсбург: Генеральна Дирекція з правових питань Ради Європи, 2004 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://helsinki.org.ua.index.php?id=1109854088>.
10. Грошевой Ю.М. Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве / Ю.М. Грошевой. – Х.: Вищ. шк., 1975. – 144 с.
11. Сібільова Н.В. Кримінальне переслідування та його суб'єкти (органи дізнання, органи досудового слідства та прокурор) / Н.В. Сібільова // Проблеми забезпечення ефективності діяльності органів кримінального переслідування в Україні. – 2010. – № 6. – С. 15–47.
12. Мизулина Е.Б. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства / Е.Б. Мизулина. – Тарту: Тарт. ун-т, 1990. – 148 с.
13. Cieślak M. Przygotowawcze stadium procesu karnego (pojęcie – zakres – funkcje – struktura) / M. Cieślak // Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. – Kraków, 1973. – T. 61. – S. 11–23.

УДК 341.231.14

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ МЕЖ КОМПЕТЕНЦІЇ ПРОКУРОРА ПРИ ЗДІЙСНЕННІ НАГЛЯДУ ЗА ДОДЕРЖАННЯМ ЗАКОНІВ ОРГАНАМИ, ЩО ПРОВОДЯТЬ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВУ ДІЯЛЬНІСТЬ

Єна І.В., ст. викладач

Запорізький національний університет

У статті визначаються та аналізуються межі компетенції прокурора щодо реалізації функції нагляду, а саме нагляду за додержанням законів органами, що проводять оперативно-розшукову діяльність.

Ключові слова: функція, прокурор, оперативно-розшукова діяльність, закон, міліція, тримання під вартою, компетенція.

Ена И.В. К ВОПРОСУ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРЕДЕЛОВ КОМПЕТЕНЦИИ ПРОКУРОРА ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ НАДЗОРА ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ ЗАКОНОВ ОРГАНАМИ, КОТОРЫЕ ПРОВОДЯТ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ / Запорожский национальный университет, Украина

В статье определяются и анализируются пределы компетенции прокурора при реализации функции надзора, а именно надзора за деятельностью органов осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.