

Міністерство освіти і науки України
Національний університет «Києво-Могилянська академія»
Факультет правничих наук
Кафедра кримінального та кримінального процесуального права

Магістерська робота
освітній ступінь – магістр

на тему: **«НЕДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ
ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ»**

**"INADMISSIBILITY OF EVIDENCES IN CRIMINAL PROCEDURAL
LAW OF UKRAINE"**

Виконав студент 2-го року навчання,

Спеціальності: 081 Право

Воронкін Анатолій Олександрович

e-mail: a.voronkin@ukma.edu.ua

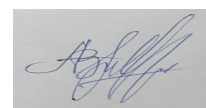
Керівник: Шкелебей В.А., кандидат
юридичних наук, доцент

Рецензент _____

Магістерська робота захищена з
оцінкою _____

Секретар ЕК _____

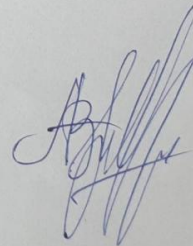
«__» _____ 2022 р.



Київ – 2022

Деларація академічної доброчесності

Я, Воронкін Анатолій Олександрович, студент
2-го року навчання магістерської програми
за спеціальністю «право» факультету правничих
наук НаУКМА підтверджую, що написана
мною дипломна кваліфікаційна робота
на тему: «Недопустимість доказів з крихіт-
носьмочу процедуральному праві України»
відповідає вимогам академічної доброчесності
та не містить порушень, передбачених п. 3.1
Положення про академічну доброчесність здобу-
вачів освіти у НаУКМА, зі змістом якого
я ознайомлений.



ЗМІСТ

ЗМІСТ	3
ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ.....	5
ВСТУП	6
РОЗДІЛ 1	9
ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ІНСТИТУТУ НЕДОПУСТИМОСТІ ФАКТИЧНИХ ДАНИХ ЯК ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ	9
1.1. Сутність теоретико-правової категорії поняття «доказу» і «допустимість доказу» у кримінальному процесуальному праві України....	9
1.2. Недопустимість фактичних даних як доказів у теорії кримінального процесуального права та у кримінальному процесуальному законодавстві України.....	14
1.3. Недопустимість фактичних даних як доказів у міжнародно-правовому законодавстві та законодавстві зарубіжних держав.....	17
ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 1.....	22
РОЗДІЛ 2	23
ПІДСТАВИ ВИЗНАННЯ ФАКТИЧНИХ ДАНИХ НЕДОПУСТИМИХ ЯК ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ	23
2.1. Законодавчі підстави визнання фактичних даних недопустимими як докази у кримінальному процесуальному праві України	23

2.2. Істотні порушення прав і свобод людини як підстава визнання фактичних даних недопустимими як докази у кримінальному провадженні

33

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 2..... 48

РОЗДІЛ 3. 49

ПОРЯДОК ВИЗНАННЯ ФАКТИЧНИХ ДАНИХ НЕДОПУСТИМИМ ЯК ДОКАЗИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ 49

3.1. Загальний порядок визнання фактичних даних недопустимих як доказів у кримінальному процесуальному праві України 49

3.2. Порядок визнання фактичних даних очевидно недопустимими як доказів у кримінальному процесуальному праві України 53

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 3..... 59

ВИСНОВКИ..... 60

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ 63

ДОДАТКИ 72

Додаток 1 72

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

ВССУ – Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

ЄРДР – Єдиний реєстр досудових розслідувань

УСРР – Українська Соціалістична Радянська Республіка

УРСР – Українська Радянська Соціалістична Республіка

СРСР – Союз Радянських Соціалістичних Республік

США – Сполучені Штати Америки

ЗУ – Закон України

ЄС – Європейський Союз

Інструкція по проведенню Н(С)РД – Інструкція «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» затверджена наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України 114/1042/516/1199/936/1687/5

КЗПЛ – Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод

КК України – Кримінальний кодекс України

КПК України – Кримінальний процесуальний кодекс України

КПК Швейцарії – Кримінальний процесуальний кодекс Швейцарії

КПК Молдови – Кримінальний процесуальний кодекс Молдови

Н(С)РД – Негласні (слідчі) розшукові дії

Конвенція проти катувань - Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів і повноваження і покарань

ВСТУП

Актуальність теми. Розвиток правової системи України, модернізація законодавства з метою приведення його до стандартів європейського зразка зумовлює потребу покращення як матеріального, так і процесуального правового контексту в Україні.

Прийняття Кримінального процесуального кодексу 2012 року зумовило істотну трансформацію процесуальних відносин між сторонами кримінального провадження, як на стадії досудового розслідування, так і безпосередньо під час судового розгляду.

Так, Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року характеризується як істотний крок вперед для кримінально-правової політики держави, а новели процесуальних механізмів закладених у ньому зумовлюють суттєве покращення умов і можливостей реалізації громадянином своїх прав і основоположних свобод [1, с. 60].

Як зазначено у праці В.М. Барсука, Я.П. Зейкана, О.М. Лисака, чинне законодавство побудоване, зокрема, на принципі *«favor defensionis»*, тобто сприянні стороні захисту. Зазначений принцип успішно застосовується для компенсації надмірного інквізиційного контексту та обвинувального ухилу під час реалізації завдань кримінального процесу [2, с. 4].

Наявність презумпції невинуватості, наряду з тлумаченням сумнівів на користь обвинуваченого, права на мовчання, заборона до погіршення становища засудженого в певних випадках, а також інститут визнання фактичних даних недопустимих як доказів є основними механізмами реалізації принципу *«favor defensionis»* у кримінальному процесуальному праві [2, с. 4].

Через вищеописані процеси, сам факт визнання фактичних даних недопустимих як доказів є одним з центральним елементів мало не у кожному судовому процесі, де сторона захисту за допомогою наявних у неї процесуальних механізмів вказує на «недопустимість» фактичних даних як доказів, які зібрані стороною обвинувачення під час досудового розслідування та використовуються для доведення вини обвинуваченого «поза розумним сумнівом». Більше того,

аналіз актуальної судової практики свідчить про наявність у правозастосовній та правотворчій діяльності судів використання інституту недопустимості фактичних даних як доказів у кримінальному провадженні під час ухвалення рішення суду в конкретній справі.

Вищезазначені факти й зумовили актуальність теми дипломної роботи, а також встановили конкретні завдання й мету її написання.

Варто зазначити, що українська кримінальна процесуальна доктрина містить значний науковий доробок науковців та практиків, які здійснюють напрацювання у сфері кримінального процесу. А.В. Панова, Я.П. Зейкан, В.В. Тютюнник, В.В. Терьохіна, Н.М. Басай, О.С. Осетрова, О.М. Лисак, Н.З. Роготинська, М.І. Шевчук, В.І. Завидняк, М.Є. Шумило, М.М. Стоянов, В.А. Смирнов, Р.В. Костенко, Ю.Є. Левєєв, Ю.М. Грошевий, Д.П. Письменний, М.М. Стоянова, С.М. Стахівський, Л.Д. Удалова, О.В. Ряшко, та інші, створили якісну науково-практичну спадщину, у якій розкриваються теоретико-прикладні аспекти визнання фактичних даних недопустимими як доказів у кримінальному процесуальному праві України.

Незважаючи на істотну кількість якісних та ґрунтовних робіт у сфері визнання доказів недопустимими, вважаю за доцільне висвітлити своє бачення питання визнання фактичних даних недопустимими як доказів, виокремити наявні законодавчі та доктринальні проблеми цього інституту, запропонувати законодавчі зміни, які на нашу думку сприятимуть покращенню правозастосування в аспекті визнання фактичних даних недопустимими як доказів, а також детально проаналізувати сучасні наукові підходи до інституту недопустимість доказів у кримінальному провадженні.

Об'єктом дослідження є інститут визнання фактичних даних недопустимими як доказів, як центральний механізм забезпечення дотримання прав і основоположних свобод людини у кримінальному провадженні.

Предметом дослідження є дослідження підстав та наслідків визнання фактичних даних недопустимими як доказів у кримінальному процесуальному праві України, їх доктринальній та правозастосовний розвиток.

Метою даної роботи є дослідження правової природи інституту визнання фактичних даних недопустимими як доказів у кримінальному процесуальному праві України, визначення векторів розвитку зазначеного інституту, дослідження та виокремлення проблем під час правозастосування механізму визнання доказів недопустимими у кримінальному процесуальному праві України.

Основними завданнями роботи є:

- дослідження теоретико-правової категорії поняття «доказу» і «допустимість доказу» у кримінальному процесуальному праві України;
- аналіз законодавчих і доктринальних підстав визнання фактичних даних недопустимими як доказів;
- визначення поняття визнання фактичних даних недопустимими як доказів у кримінальному провадженні;
- аналіз судової практики (в тому числі практики Конституційного суду України) з питань визнання фактичних даних недопустимими як доказів у кримінальному провадженні;
- аналіз практики ЄСПЛ з питань визнання фактичних даних недопустимими як доказів у кримінальному провадженні;
- запропонування власних рекомендацій в аспекті провадження змін у законодавство з метою покращення правозастосовної практики визнання фактичних даних недопустимими як доказів у кримінальному провадженні.

Методологія магістерської роботи. У магістерській роботі використовуються формально-логічний, герменевтичний, діалектичний методи, а також метод порівняння, дедукції (як загально-наукові методи). Також використовуються і спеціально наукові методи (юридичного тлумачення, порівняльно-правовий).

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ІНСТИТУТУ НЕДОПУСТИМОСТІ ФАКТИЧНИХ ДАНИХ ЯК ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

1.1. Сутність теоретико-правової категорії поняття «доказу» і «допустимість доказу» у кримінальному процесуальному праві України

На нашу думку, для всебічного та повного розуміння характеристики інституту недопустимості фактичних даних як доказів у кримінальному провадженні, доцільним є розкрити поняття «доказу» та «допустимості доказу» як таких.

Варто зазначити, що доктринальні підходи поняття «доказу» змінювалися разом з розвитком правової думки на території України. Так, першою спробою сутнісного розкриття поняття «доказу» стало прийняття Статуту кримінального судочинства у 1864 р., у якому на підставі теоретичних дискусій існувало декілька підходів до визначення поняття «доказу». Так, під доказами розуміли: 1) той чи інший факт, який переконував суд в існуванні обставин, які є предметом судового розгляду; 2) існував також і дихотомічний підхід до поняття «доказу», який обумовлювався розумінням доказу як «матеріалу», за допомогою якого встановлюються обставини, які мають значення для справи, а також розумовий процес, шляхом якого встановлюється зв'язок «шуканої обставини»; 3) факти, за допомогою яких сторони обґрунтовували висновки про вчинення злочину тієї чи іншою особою, на підставі встановлених законом правил [3, с. 96]; [4, с. 337].

Зазначимо, що другий підхід, на нашу думку, є необґрунтованим, адже «розумовий процес» про який йшлося, є процесом доказування, що не є тотожним поняттю «доказу».

У 1917 році, ідеолог радянського права А.Я. Вишинський стверджував, що судові докази – це звичайні факти, які мають місце в житті: ті ж речі, ті й люди, ті ж дії людей [3, с. 96]; [5, с. 308].

На нашу думку, зазначений підхід до визначення поняття «доказу», який зберігався й протягом усього радянського періоду, є надто формальним та таким, що не відображає сутнісне явище поняття доказів, а також таким, що формувався виходячи виключно з «правової політики» СРСР, яка зводилася до формалізації правових відносин, відкидаючи її сутнісні та істинні характеристики.

У далекому 2002 році В.П. Гримко запропонував так звану «діяльнісну концепцію розуміння доказу», яка, на нашу думку є актуальною й на сьогодні, відповідно до якої: «під назвою процесуальний доказ приховується вельми складний юридичний феномен, зміст якого не в стані виразити будь-яка його загальна юридична дефініція і який починає даватися ознаки в практичній діяльності з доказування в кримінальному провадженні [3, с. 97]; [6, с. 42-23].»

В.П. Гримко слушно зазначає, що: «... кримінально-процесуальними доказами мають визнаватися тільки докази, сформовані в результаті судової комунікації учасників головного доказового провадження, в перебігу якої власне здійснюється ... критика і контр критика позицій обвинувачення і захисту: саме вони далі використовуються сторонами і судом для обґрунтування власних процесуальних позицій. [3, с. 97]; [7, с. 133]»

Ми погоджуємось з думкою М.Є. Шумило, який зазначає що: «процесуальні докази є основними засобами доказування існування/не існування юридично значимих фактів і обставин, визначених предметом доказування в кримінальному провадженні, створюючи тим самим надійну фактову основу для прийняття різноманітних процесуальних рішень. [3, с. 95]»

На нашу думку, вищезазначене обґрунтування поняття доказів є таким, що всебічно і повно характеризує сутність доказів, проте, зазначеній характеристиці не вистачає взаємозв'язку з тим фактом, що фактичні дані стають доказами саме в процесі доказування (судової комунікації).

При порівнянні доктринального та законодавчих визначень поняття доказів можна виокремити спільні риси, які притаманні поняття «доказів» як таких, зокрема, як інструменту доказування обставин чи фактів, які мають

значення для встановлення об'єктивної істини, а також як підстави для прийняття тих чи інших процесуальних рішень.

У цьому контексті ми погоджуємося з А.В. Пановою, яка зазначає про те, що сучасна наука доказового права дозволяє стверджувати, що доказами в кримінальному провадженні є саме ті фактичні дані, які визнані судом такими. Проте, така думка не є загальноприйнятою в доктрині кримінального процесуального права, адже має місце конкурентна їй концепція про те, що докази самі по собі поділяються на досудові та судові [8, с. 10].

У статті 84 КПК України законодавець регламентував дефініцію поняття «доказів», тобто фактичних даних, отриманих у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів [9].

Статтею 93 КПК України встановлено, що збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, у порядку, передбаченому цим Кодексом. Сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом. Сторона захисту, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних

слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

На підставі вищезазначених норм закону можна дійти висновку про те, що під час досудового розслідування сторони збирають докази для подальшого використання їх в процесі доказування [8, с.12].

Проте, системний аналіз норм КПК України дає підстави вважати, що кримінальний процесуальний закон надає право визнавати фактичні дані недопустимими як докази в рамках кримінального провадження виключно одному суб'єкту – суду [8, с. 13].

Так, відповідно до ч. 1, 2 ст. 89 КПК суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. У разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочато.

Відповідно до ч. 2 ст. 23 КПК не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом.

Отже, вищезазначені положення законодавства підтверджують думку А.В. Панової, яка слушно зазначає про те, що: «... віднесення до виняткової компетенції суду вирішення питання щодо визнання отриманих фактичних даних допустимими доказами відповідає змагальній моделі кримінального процесу, в якій сторони можуть отримувати до суду будь-які відомості на підтвердження власної позиції, проте такі відомості мають бути досліджені судом за участі протилежної сторони, що забезпечує реалізацію права на справедливий суд як у його матеріальному, так і процесуальному аспектах» [8, с. 13].

Така позиція відображена й у науковій праці В.В. Тютюнника, який обґрунтовано зазначає, що саме суд, оцінивши докази з точки зору їх належності

та допустимості, вирішує питання про їх допустимість чи недопустимість [10, с. 137].

Відтак, проаналізувавши доктринальне і законодавче визначення поняття «доказу», розглянувши притаманні йому ознаки, доцільним є здійснити аналіз поняття «допустимості доказів» та використати характерні йому ознаки.

У цьому контексті варто звернутися до Рішення Конституційного суду України № 12-рп/2011 у справі № 1-31/2011 від 20 жовтня 2011 року. Так, у справі щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України, Конституційний суд України зазначив, що: «визнаватися допустимими і використовуватися як докази кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінального-процесуального законодавства. Перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини та ухвалення законного і справедливого рішення у справі. [11]»

Незважаючи на те, що Рішення Конституційного суду України № 12-рп/2011 у справі № 1-31/2011 від 20 жовтня 2011 року винесене ще до фактичного прийняття КПК України 2012 року, системний аналіз норм кримінального процесуального закону дає підстави вважати, що в КПК України 2012 року законодавцем закладено схожий принцип розуміння поняття «допустимості доказів».

Так, відповідно до положень закріплених у ст. 86 КПК України, доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом.

У світлі законодавчого визначення поняття «допустимості доказів» слушною є думка В.А. Смирнова, який зазначає, що КПК України визначає поняття «допустимості доказу» так би мовити загальному вигляді, а для більш глибокого розуміння цієї категорії варто керуватися рядом критеріїв, елементів, умов, які всебічно розкривають поняття «допустимості доказів» [12, с. 232].

У цьому контексті ми погоджуємось із позицією Т.В. Лукашкіна та М.М. Стоянова, які для розкриття поняття «допустимості доказів» використовують наступні критерії:

- 1) отримання доказів належними суб'єктами;
- 2) одержання доказів з належного джерела;
- 3) дотримання належної процедури отримання, збирання та фіксації доказів відповідно до норм чинного кримінального процесуального законодавства [12, с. 234]; [13, с. 252].

На нашу думку, зазначені критерії є такими, що всебічно і повно відображають сутнісну характеристику поняття «допустимості доказів» та надають можливість для більш детального розуміння поняття «допустимості доказів», яке закріплене у ст. 86 КПК України.

Отже, розглянувши сутність теоретико-правової категорії поняття «доказу» та «допустимості доказів», виокремивши притаманні їм сутнісні характеристики, а також критерії їх визначення, доцільним є розгляд наступних питань відповідно до Плану дипломної роботи.

1.2. Недопустимість фактичних даних як доказів у теорії кримінального процесуального права та у кримінальному процесуальному законодавстві України

Перед тим як ми почнемо здійснювати детальний аналіз недопустимості фактичних даних як доказів у теорії кримінального процесуального права та безпосередньо у кримінальному процесуальному законодавстві, доцільним є навести положення Основного закону, яке є центральним елементом реалізації механізму визнання фактичних даних недопустимими як доказів.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 63 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь [15].

Вищезазначене положення варто розглядати крізь призму вже згаданого нами раніше Рішення Конституційного суду України № 12-рп/2011 у справі № 1-31/2011 від 20 жовтня 2011 року, в якому як раз таки і розтлумачено положення ч. 2 ст. 63 Конституції України.

Конституційний суд України зазначив, що: «проведення оперативно-розшукових заходів або використання засобів для отримання фактичних даних повинно відбуватися виключно з дотриманням прав і свобод людини і громадянина, у передбачених законом випадках та у відповідному процесуальному порядку особами або підрозділами, які уповноважені здійснювати оперативно-розшукову діяльність, а порушення зазначених приписів має безумовно приводити до визнання фактичних недопустимим як докази. [11]»

Законодавець фактично «підхопив» підхід відображений у Рішенні Конституційного суду України № 12-рп/2011 у справі № 1-31/2011 від 20 жовтня 2011 року та відобразив його безпосередньо у кримінальному процесуальному законі.

Як зазначає В.В. Тютюнник у своєму дисертаційному дослідженні: «... необхідність запровадження правил визнання отриманих фактичних даних недопустимими для використання як доказів обумовлена суттєвим розширенням змагальності під час досудового розслідування та проголошенням пріоритету прав і свобод людини, визнання їх найвищою соціальною цінністю в державі .[14, с. 86]»

Так, у КПК України 2012 року законодавцем закріплено ряд правових норм, які регулюють підстави, порядок, наслідки визнання фактичних даних недопустимими як доказів, зокрема, ст. ст. 86-90, 107, 223, 233, 271, 290 КПК України.

Для всебічного розуміння категорії недопустимості фактичних даних як доказів в межах кримінального провадження доцільним є проведення досить цікавої, на нашу думку, аналогії з використанням положень передбачених ч. 12 ст. 290 КПК України.

Так, відповідно до ч. 12 ст. 290 КПК України у випадку якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Розглядаючи конструкцію встановлену законодавцем у ч. 12 ст. 290 КПК України, Ю.П. Аленін зазначає, що у ч. 12 ст. 290 КПК України передбачена так звана «кримінально-процесуальна санкція» для сторін кримінального провадження, яка застосовується у разі недотримання приписів кримінального процесуального закону [16, с. 93].

На нашу думку, зазначений підхід висвітлений Ю.П. Аленіним, можна перенести і на розуміння сутнісної характеристики поняття недопустимості фактичних даних як доказів у кримінальному провадженні та розглядати цю категорію саме як наслідок - «кримінально-процесуальну санкцію», за порушення регламентованих КПК України приписів.

Підтвердження вищезазначеної позиції можна знайти у наукових дослідженнях, де також підтримується думка про те, що недопустимість фактичних даних як доказів у кримінальному провадженні за своєю правовою природою є «неконкретизованою санкцією», під якою розуміється в науці кримінального процесу санкція певним чином ізольована від диспозиції визначеного в законі складу правопорушення і пов'язується з будь-якими обставинами на розсуд правозастосувача [14, с. 89].

Щодо законодавчого визначення недопустимості фактичних даних як доказів у КПК України, то тут хотілось би звернутися безпосередньо до норм закону. Так, у ст. 86 КПК України зазначено, що доказ визнається допустимий, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Аналіз зазначеної норми дає підстави вважати, що доказ отриманий з порушенням процедури, яка встановлена кримінальним процесуальним законом є недопустимим.

1.3. Недопустимість фактичних даних як доказів у міжнародно-правовому законодавстві та законодавстві зарубіжних держав

Характеризуючи КПК України 2012 року українські науковці зазначають, що діючий кримінальний процесуальний закон: «... є гібридом процесуальних моделей, проектна робота якого точилася... методом пошуку та еkleктичного склеювання фрагментів процесуальних порядків різних типологій. [8, с. 25]»

Очевидно, що при регламентації інституту недопустимості фактичних даних як доказів законодавець інтегрував відповідний досвід зарубіжних країн, у яких зазначений інститут діє протягом багатьох років і має розгалужену систему правозастосування цього принципу [9].

У цьому контексті доцільним є розгляд і відповідний аналіз інституту недопустимості фактичних як доказів у міжнародно-правовому законодавстві та законодавстві зарубіжних країн.

Так, коріння сучасного міжнародного кримінального правосуддя сягають ще з заснування Міжнародного військового трибуналу для країн Далекого Сходу (International Military Tribunal for the Far East) [17, с. 163]. Так, у статті 19 Статуту Міжнародного військового трибуналу для країн Далекого Сходу зазначено, що: «трибунал не повинен бути зв'язаним формальностями у використанні доказів. Він встановлює і застосовує можливу більш швидко і не ускладнену формальностями процедуру та допускає будь-які докази, які на його думку мають доказову. [18]»

Аналіз актуального на сьогодні Римського статуту міжнародного кримінального суду дає підстави вважати, що у цьому документі закріплені певні стандарти допустимості доказів, які мають своє практичне відображення.

Так, у ч. 4 ст. 69 Римського статуту міжнародного кримінального суду зазначено, що суд відповідно до Правил процедури та доказування може винести рішення про відносність та допустимість будь-яких доказів, беручи при цьому до уваги, поряд з іншим, їх силу, а також шкоду, яку такі докази можуть завдати справедливому проведенню справедливого судового розгляду або справедливої оцінки показань свідка [19].

Частиною 7 статті 69 Римського статуту міжнародного кримінального суду встановлено, що докази, які отримані в результаті порушення цього Статуту чи міжнародного визнаних прав людини, не можуть бути допустимими, якщо:

- а) порушення породжує серйозні сумніви щодо достовірності доказів; або
- б) допуск доказів був би несумісний із сумлінним проведенням розгляду та завдавав би йому серйозної шкоди.

Аналіз такого підходу дає підстави вважати, що ч. 7 ст. 69 Римського статуту міжнародного кримінального суду передбачає концепцію відповідно до якої докази не визнаються недопустимими в автоматичному порядку, а мають бути оцінені перш за все крізь призму «справедливості провадження».

У цьому контексті доцільним є короткий огляд правозастосування вищезазначеної статті Міжнародним кримінальним судом. У так званій справі *Lubanga* сторона захисту наполягала на недопустимості доказів, які здобуті під час проведення обшуку прокуратурою, під час якого стороною обвинувачення здобуто докази, які підтверджують вину підсудного, та які в подальшому визнані національним судом недопустимими та такими, що порушують основоположні права і свободи особи [20, п. 37].

Проте, Міжнародний кримінальний суд висловив позицію, відповідно до якої, він не оцінює докази виходячи із світла національного законодавства, та не може визнати їх недопустимим на цій підставі, натомість має розглядати їх крізь призму міжнародно-правових норм у сфері забезпечення прав і основоположних свобод.

Міжнародний кримінальний суд визнав такі докази допустимим зазначивши, що навіть у випадку коли б обшук проводився з дотриманням усіх належних законодавчих процедур, зміст доказів не був би іншим, а отже їх достовірність не постраждала би [20, п. 85].

Відтак, можемо зробити висновок, що оцінюючи поняття недопустимості доказів, Міжнародний кримінальний суд здебільшого виходить зі значення та істотності таких доказів для справи, а не з процедури належного збирання останніх [21, с.8].

Отже, розглянувши регламентацію і правозастосовні елементи недопустимості доказів у кримінальному процесі у міжнародно-правовому законодавстві, доцільним є подальший розгляд цього інституту у законодавстві зарубіжних країн.

Законодавство, а також прецедентна практика США вказує на те, що в основу концепція допустимості доказів у кримінальному процесі держави покладене саме поняття належності доказів [22, с. 96].

Зазначена концепція впливає з правила 402 Федеральних правил доказування США, відповідно до якої, усі належні докази є допустимими, якщо інше не передбачено Конституцією США, Федеральними правилами доказування США, розпорядженнями Верховного Суду США, або ж актам Конгресу [22, с. 96].

Варто зазначити, що правило 403 Федеральних правил доказування США визначає, як загальні, так і спеціальні підстави визнання належних доказів недопустимими¹[22, с. 96]. Так, правило 403 Федеральних правил доказування США визначає, що належний доказ визнається недопустимим у випадку, якщо їх доказову цінність суттєво переважають небезпечні наслідки від їх подальшого застосування, а також у випадках, коли застосування таких доказів призведе до несправедливого упередження, введення оману в присяжних, або втрати часу [23].

Правилом 404 Федеральних правил доказування США встановлено, що недопустимим доказами також є фактичні дані, які використовуються для підтвердження того, що особа в певному випадку діяла відповідно до характеру чи риси [23].

Варто зазначити, що основні підстави визнання доказів недопустимим в США встановлено судово-прецедентною практикою. Як зазначає Н.М. Басаєва: «основними прецедентами, що визначають недопустимість, є правила, що виникли в результаті судового розгляду наступних кримінальних справ: «Weeks vs. U.S. (1914), «Silverthorne Lumber Co. V. U.S» (1926), «Brown v. Mississippi»

¹ Там само

(1936), «Mapp v. Ohio» (1961), «Wong Sun v. U.S.» (1963), «Miranda v. Arizona» (1966), «Bumper v. North Carolina» (1968) [22, с. 96].

Відмітимо, що у справах «Weeks vs. U.S. (1914) та «Silverthorne Lumber Co. V. U.S» (1926) фактично зародилися відома у кримінальному процесуальному праві багатьох держав концепція «плодів отруєного дерева», яка широко застосовується у судовій практиці України [8, с. 49].

Так, відповідно до рішення, «Weeks vs. U.S. (1914), у якому фактично започатковано доктрину «плодів отруєного дерева», якщо частина майна вилучене при обшуку незаконно, та використовується в подальшому стороною обвинувачення у якості доказу, воно не може бути допустимим доказом у рамках кримінальної процедури [8, с. 49].

У рішенні «Silverthorne Lumber Co. V. U.S» (1926) згадувана доктрина остаточно закріпилася у судово-прецедентній США. Так, відповідно до фактичних обставин цієї справи, федеральні агенти США, не маючи належного ордеру, здійснили обшук та вилучили речові докази, які в подальшому використовували для обґрунтування позиції обвинувачення в суді. В свою чергу, сторона захисту на обґрунтування своєї позиції щодо недопустимості речових доказів, вилучених під час незаконного обшуку, посилалася на обставини вищезазначеної справи «Weeks vs. U.S. (1914). Розглядаючи аргументи сторони захисту, щодо незаконності дій федеральних агентів, Верховний Суд США встановив, що докази, які отримані в результаті проведення незаконного обшуку, не можуть бути використанні в суді [8, с. 49].

Кримінальне процесуальне законодавство Швейцарії, визначаючи підстави недопустимості доказів у ст. 140 КПК Швейцарії, визначає заборонені методи отримання доказів, серед яких використання примусу, насильства, погроз, обіцянок, обману та методів, які можуть поставити під загрозу здатність відповідної особи вільно мислити або приймати рішення [24].

У статті 141 КПК Швейцарії встановлено імперативну норму відповідно до якої, докази здобуті з порушеннями правил встановлених ст. 140 КПК Швейцарії, є недопустимим за будь-яких обставин [24].

Також, частиною 2 зазначеної статті встановлено, що докази, які отримані органами кримінальною юстиції за допомогою злочинних (протиправних) методів, або з порушенням правил прийнятності, є недопустимим, але за умови, якщо вони не є суттєвими для забезпечення засудження винної особи за тяжкий злочин.

Варто зазначити, що ч. 4 ст. 141 КПК Швейцарії закріплено концепцію «плодів отруйного дерева», у якій зазначено, що у випадку якщо докази, які є неприйнятними згідно з ч. 2 ст.141 КПК Швейцарії, дають змогу отримати додаткові докази, такі докази не є прийнятними, якщо їх було б неможливо отримати, якби попередні докази не були отримані.

На нашу думку, підхід щодо недопустимості доказів у КПК Швейцарії є збалансованим та пропорційним, адже в ньому всебічно враховані та імплементовані механізми забезпечення прав та інтересів особи, яка притягується до кримінальної відповідальності, а також покладання на державу «ефективних обов'язків» у сфері розслідування кримінальних правопорушень.

КПК Молдови у ст. 94 визначає досить широкий перелік підстав визнання фактичних даних недопустимих як доказів, серед яких фактичні дані здобуті: із застосуванням насильства, погроз або інших заходів примусу, з порушенням прав і свобод особи; з порушенням права на захист підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, потерпілого, свідка; особою, яка є неналежним суб'єктом здійснення процесуальної діяльності; із джерела, перевірити яке під час судового розгляду не вдається можливим [25].

Отже, проаналізувавши підстави визнання доказів недопустимими у міжнародно-правовому аспекті та законодавстві зарубіжних держав, варто зазначити, що міжнародне законодавство є автономним у контексті розуміння визнання доказів недопустимими, воно не базується на розумінні концепції недопустимості в межах національних систем, більш схильється до оцінки доказів крізь призму концепції «належності» та дотримання саме основоположних (фундаментальних) прав і свобод людини.

Щодо питання регламентації недопустимості доказів у законодавстві зарубіжних держав ми хотіли би зазначити, що підстави визнання доказів недопустимим здебільшого є аналогічними, попри певні відмінності (наприклад концепція «належності» доказів у законодавстві США), а основною підставою для визнання доказів недопустимими є їх отримання шляхом істотного порушення прав і основоположних свобод особи.

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 1

У першому розділі магістерської (дипломної) роботи нами розглянуто та розкрито низку важливих питань, зокрема щодо визначення теоретико-правової категорії поняття «доказів» та «допустимості доказів», викормлено притаманні ознаки і характеристики цим поняттям. Більше того, нами зазначено про наявні доктринальні та законодавчі проблеми визнання фактичних даних недопустимих як доказів, визначено, що винятково до компетенції суду відноситься вирішення питання щодо визнання отриманих фактичних даних допустимими доказами, адже зазначений підхід впливає з системного аналізу законодавства, відповідає змагальній моделі кримінального процесу, в якій сторони можуть отримувати до суду будь-які відомості на підтвердження власної позиції.

Також, нами розглянуто законодавчі та доктринальні аспекти визнання недопустимості фактичних даних як доказів у кримінальному процесуальному праві України, детально проаналізовано їх правову природу.

У третьому підрозділі розділу 1 магістерської (дипломної) роботи нами проаналізована регламентація недопустимості фактичних даних як доказів у міжнародно-правовому аспекті, а також в законодавстві зарубіжних країн, зокрема, висвітлено питання судової практики щодо визнання фактичних даних недопустимими як доказів. Дослідивши зазначені аспекти, варто зазначити, що що підстави визнання доказів недопустимим здебільшого є аналогічними, попри певні відмінності (наприклад концепція «належності» доказів у законодавстві

США), а основною підставою для визнання доказів недопустимими є їх отримання шляхом істотного порушення прав і основоположних свобод особи.

РОЗДІЛ 2

ПІДСТАВИ ВИЗНАННЯ ФАКТИЧНИХ ДАНИХ НЕДОПУСТИМИХ ЯК ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

2.1. Законодавчі підстави визнання фактичних даних недопустимими як докази у кримінальному процесуальному праві України

Інститут недопустимості фактичних даних як доказів за своєю суттю є гарантією забезпечення принципу верховенства права, та складовою цього принципу – законності. Наряду з цим, інститут недопустимості фактичних даних як доказів є гарантією реалізації положень, які передбачені пунктами 2, 3 ст. 6 ЄКПЛ, які у свою чергу безпосередньо закріплюють надважливі у кримінальному процесі елементи на справедливий судовий розгляд, до яких відносяться презумпція невинуватості, право на захист, рівність способів доказування, змагальність сторін кримінального провадження, а також інших фундаментальних прав і свобод учасників кримінального провадження[26, с. 207].

Важливість інституту недопустимості фактичних даних як доказів важко переоцінити з огляду на його істотно значущість в аспекті реалізації основоположних прав і свобод людини, а також досягнення завдань кримінального провадження, закріплених у ст. 2 КПК України.

На нашу думку, фундаментальною підставою для визнання фактичних даних як доказів недопустимими є положення, закріплені у ст. 62 Конституції України, відповідно до якої особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним

шляхом, а також на припущеннях, а згідно з положенням регламентованим у ч. 2 ст. 64 Конституції України, така гарантія не може бути обмежена.

Тлумачачи вищезазначені положення ст. 62 Конституції України, Конституційний суд України у вже вищезгаданому нами рішенні № 12-рп/2011 у справі № 1-31/2011 від 20 жовтня 2011 року зазначив: «що обвинувачення особи у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на доказах, одержаних у результаті порушення або обмеження її конституційних прав і свобод, крім випадків, у яких Основний Закон України допускає такі обмеження. Також, Конституційним судом України проголошено, що визнаватися допустимим і використовуватися як докази в кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідного до вимог кримінального-процесуального законодавства, а перевірка доказів на предмет їх допустимості є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі та ухвалення законного і справедливого рішення у справі. [11]»

У цьому контексті для більш широкого розуміння позиції Конституційного суду України у рішенні № 12-рп/2011 у справі № 1-31/2011 від 20 жовтня 2011 року, нами вбачається за доцільне звернутися до Постанови Пленуму Верховного Суду України № 9 від 01.11.1996 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя». Так, у зазначеній Постанові Верховним Судом України проголошено, що: «згідно із ст. 62 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватися, зокрема, на доказах здобутих незаконним шляхом. Докази повинні визнаватися такими, що одержані незаконним шляхом, наприклад, тоді коли їх збирання й закріплення здійснено або з порушенням гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина, встановленого кримінальним-процесуальним законодавством порядку, або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбаченими процесуальними нормами. [27]»

Варто відзначити, що підхід застосований Верховним Судом України, підтверджує вже згадувану нами у 1 розділі магістерської (дипломної) роботи

доктринальну позицію про те, що для розкриття поняття «допустимості доказів» доцільним є використання наступних критеріїв:

- 1) отримання доказів належними суб'єктами;
- 2) одержання доказів з належного джерела;
- 3) дотримання належної процедури отримання, збирання та фіксації доказів відповідно до норм чинного кримінального процесуального законодавства.

У цьому контексті вважаємо за доцільне згадати про рішення Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду у справі № 754/7061/15, яке ілюструє важливість збирання доказів належними суб'єктами, відповідно до норм КПК України [28].

Так, у зазначеній справі судом проголошено, що відсутність у матеріалах кримінального провадження постанови про визначення групи прокурорів або ж її непідписання керівником відповідного органу прокуратури обумовлює недопустимість доказів, зібраних під час досудового розслідування, як таких, що зібрані під наглядом і процесуальним керівництвом прокурора (прокурорів), який не мав на те законних повноважень [28].

Варто зазначити, що законодавцем у КПК України встановлено ряд підстав для визнання фактичних даних недопустимих як доказів, які істотно перекликаються з вищезгаданими позиціями Конституційного суду України, а також Верховного суду України та Верховного Суду.

Так, у ст. 84 КПК України законодавець закріпив поняття «доказу», відповідно до якого доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

Відповідно ж до ст. 86 КПК України доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Недопустимий доказ не

може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення.

Ще одним рішенням в аспекті важливості дотримання належної правової процедури під час кримінального провадження є Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду у справі № 640/5023/19.

Так, у зазначеній справі захисники обвинуваченого посилалися на те, що суди першої та апеляційної інстанцій необґрунтовано визнали допустимими докази здобуті у кримінальному провадженні, у якому очевидно вбачалася порушення підслідності під час здійснення досудового розслідування, що свідчить про істотне порушення положень ст. 86 КПК України [29].

Проаналізувавши доводи сторони захисту, Верховним Судом зазначено, що: «наслідком недотримання належної правової процедури як складового елементу принципу верховенства права є визнання доказів, одержаних в ході досудового розслідування недопустимими на підставі ст. 86, п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК як таких, що зібрані (отримані) неуповноваженими особами (органом) у конкретному кримінальному провадженні, з порушенням установленого законом порядку, а отже докази зібрані з врахуванням таких порушень мають бути визнані судом недопустимими. [29]»

У ч. 1 ст. 87 КПК України встановлено, що недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

Перелік істотних прав та свобод людини закріплений у ч. 2 ст. 87 КПК України, серед якого:

1) здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов;

2) отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження;

3) порушення права особи на захист;

4) отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права;

5) порушення права на перехресний допит.

У цьому контексті, доцільним є звернення до судової практики, а саме практики Верховного суду у складі Касаційного кримінального суду, яка нам імпонує своїм підходом, який у свою чергу відображає логіку та правову природу концепції недопустимості фактичних даних як доказів, закріпленої у КПК України.

Так, розглядаючи правову природу недопустимості фактичних даних, як доказів, колегія суддів у справі № 344/2995/15-к зазначила про те, що в основі створення правил про недопустимість доказів лежить кілька міркувань. На цьому міркуванні ґрунтується, наприклад, виключення позасудових свідчень (частина 4 статті 95 КПК) чи показань з чужих слів (стаття 97) і, певним чином, свідчень, отриманих під примусом [29].

В додаток судом зазначено, що: «запровадження правил про недопустимість доказів має за мету створити стримуючий ефект для державних органів. Загроза виключення доказів, отриманих внаслідок істотного порушення фундаментальних прав і свобод людини, знеохочує органи правопорядку вдаватися до таких порушень [29].

Безумовно, істотне порушення фундаментальних прав і свобод особи - отримання доказів за допомогою катувань і поганого поводження, порушення права не свідчити проти себе та права на допомогу захисника, відвертого порушення права на недоторканість житла або тих чи інших аспектів приватного життя тощо - не може бути терпимим у правосудді. Тому концепція, що лежить в основі правил щодо допустимості доказів у діючому Кодексі, виходить з

розуміння, що в центрі уваги суду, який вирішує питання про допустимість доказу, мають знаходитися права особи і виправданість їх обмеження державою, незалежно від того, яким саме представником держави ці права обмежуються [30].»

Саме такий зміст, на думку колегії Верховного суду у складі Касаційного кримінального суду, закладено в концепцію недопустимості фактичних даних як доказів.

Зазначимо, що ми погоджуємось з такою позицією, відображеною в судовій практиці, адже вона виходить з принципу пропорційності, законності, та означає, що формальні, неістотні порушення приписів КПК України не можуть бути підставою для визнання доказів недопустимими.

У цьому контексті вважаємо за доцільне проаналізувати позиції Верховного Суду щодо вже згаданої нами статті 290 КПК України, яка регламентує порядок відкриття матеріалів сторонами кримінального провадження.

Так, у ч. 12 ст. 290 КПК України зазначено, що якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Ми розділяємо думку А. В. Панової, яка в свою чергу відмічає важливість положень ст. 290 КПК України, зазначаючи, що: «інститут відкриття матеріалів іншій стороні має комплексний характер щодо забезпечення прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого [8, с. 120].

Фактично, інститут відкриття матеріалів кримінального провадження протилежній стороні забезпечує застосування належної правової процедури до кожного учасника кримінального провадження. Тому, реалізація положень статті 290 КПК України, забезпечує дотримання принципу змагальності сторін кримінального провадження, який закріплений у ч.1, 2, 6 статті 22 Кодексу [30, с. 126].

Вищезазначена позиція відповідає і практиці ЄСПЛ. Так, у пункті 63 справи «Ruiz-Mateos v. Spain» (від 23.06.1993 р.), ЄСПЛ зазначив, що принцип змагальності сторін, є частиною широкої концепції передбаченою статтею 6 Європейської Конвенції з прав людини, яка закріплює право особи на справедливий судовий розгляд. Більше того, ЄСПЛ відзначає, що принцип змагальності включає в себе можливість для сторін ознайомитись з усіма доказами та зауваженнями, які надані іншою стороною, та подальшою можливістю заперечити їх [31].

Окресливши важливість положень ст. 290 КПК України з точки зору належного дотримання і забезпечення основоположних прав і свобод, вважаємо за доцільне перейти до аналізу судової практики судів касаційної інстанції, а також їх подальшого аналізу задля підтримання позиції щодо концепції недопустимості доказів, висвітленої у справі № 344/2995/15-к.

Так, у своєму рішенні від 16.01.2019 Велика Палата Верховного Суду, розглядаючи питання недопустимості матеріалів Н(С)РД у випадку не відкриття документів, які стали правовою підставою для проведення Н(С)РД, у п. 56 рішення вказала наступне: «для доведення допустимості результатів Н(С)РД мають бути відкриті не тільки результати цих дій, а й документи, які стали правовою підставою їх проведення (клопотання слідчого, прокурора, їх постанови, доручення, ухвала слідчого судді), оскільки змістом цих документів сторони можуть перевірити дотримання вимог кримінального процесуального закону стосовно негласних слідчих (розшукових) дій. [32]»

Також, у п. 63 вищезазначеного рішення Велика Палата Верховного Суду вказала про те, що: «за наявності відповідного клопотання процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) і яких не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК, оскільки їх тоді не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті

іншій стороні, але суд не має допустити відомості, що містяться в цих матеріалах кримінального провадження, як докази. [32]»

Аналізуючи вищезазначене рішення Великої Палати Верховного Суду, ми прийшли до висновків, що позиція Великої Палати Верховного Суду щодо недопустимості доказів (матеріалів Н(С)РД), саме по собі є раціональним, адже саме аналізуючи процесуальні документи, які стали підставою для проведення Н(С)РД, можна дійти до висновку про те, наприклад, чи було в органу досудового розслідування достатньо правових підстав для проведення Н(С)РД, чи відповідала процедура проведення Н(С)РД положенням, які встановлені у ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність», а також Інструкції по проведенню Н(С)РД.

Відповідь на ці питання надає можливість суду визначати, чи можуть такі докази використовуватись останнім при прийнятті того чи іншого рішення у межах кримінальної справи, а також безпосередньо впливають на подальшу долю людини, яка обвинувачується у вчиненні злочину.

Проте, ми звертаємо увагу на те, що сам по собі процес відкриття стороні захисту матеріалів, які стали правовою підставою для проведення Н(С)РД (ухвала слідчого судді апеляційного суду) є комплексним та не залежить виключно від сторони обвинувачення, адже відповідно до положень Інструкції про проведення Н(С)РД (п. 5.1. – 5.6.), матеріальні носії інформації, які стали підставою для проведення Н(С)РД підлягають засекреченню, а в подальшому, у випадку відкриття протилежній стороні кримінального провадження, підлягають розсекреченню в порядку п.п. 5.11. – 5.26. Інструкції про проведення Н(С)РД [33].

Таким чином, можна зробити висновок, що відкриття документів, які стали процесуальною підставою для проведення Н(С)РД, не залежать виключно від дій сторони обвинувачення, а й впливають також із зовнішніх чинників, які обумовлені, зокрема, законодавчими положеннями.

З огляду на це, Велика Палата Верховного Суду, відступаючи від правової позиції, викладеної у попередньому рішенні Великої Палати Верховного Суду у

вищезгаданій справі №751/7557/15к, зазначила, що: «якщо сторона обвинувачення під час досудового розслідування своєчасно вжила всі необхідні та залежні від неї заходи, спрямовані на розсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення Н(С)РД, однак такі документи не були розсекречені з причин, що не залежали від волі і процесуальної поведінки прокурора, то суд не може автоматично визнавати протоколи Н(С)РД недопустимими доказами з мотивів невідкриття процесуальних документів, якими санкціоноване їх проведення. [34]»

Водночас, Велика Палата Верховного Суду зазначає, що сторона обвинувачення зобов'язана вживати необхідних і достатніх заходів для розсекречення матеріалів, які стали процесуальною підставою для проведення Н(С)РД, з метою їх відкриття стороні захисту, і виконувати в такий спосіб вимоги встановлені статтею 290 КПК України [34].

Якщо ж сторона обвинувачення, не вжила своєчасних і необхідних заходів з розсекречення процесуальних документів (підстав для проведення Н(С)РД), а також якщо вони відсутні в розпорядженні сторони обвинувачення, то в такому випадку, суд не може розцінювати матеріали Н(С)РД як докази [34].

Зазначимо, що позиція Великої Палати Верховного Суду, викладена у справі № 640/6847/15-к є більш збалансованою та такою, що відповідає суті концепції визнання фактичних даних недопустимих як доказів, викладеної у рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного кримінального суду у справі № 344/2995/15-к, яку ми аналізували вище, яка у свою чергу «убезпечує» перебіг кримінального провадження від проявів правового пуризму та водночас відповідає меті та завданням кримінального провадження, наряду з забезпеченням прав і основоположних свобод особи.

Відповідно до ч. 3 ст. 87 КПК України недопустимими також є докази, які були отримані з показань свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні; після початку кримінального провадження шляхом реалізації органами досудового розслідування чи прокуратури своїх повноважень, не передбачених цим

Кодексом, для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень; під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи у зв'язку з недопущенням адвоката до цієї слідчої (розшукової) дії. Факт недопущення до участі в обшуку адвокат зобов'язаний довести в суді під час судового провадження; під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, якщо така ухвала винесена слідчим суддею без проведення повної технічної фіксації засідання.

Відмічу, що практичні аспекти застосування ч. 3 ст. 87 КПК України будуть розглянуті нами в подальших розділах цієї роботи.

Також, у ст. 87 КПК України встановлено, що докази, які стосуються судимостей підозрюваного, обвинуваченого або вчинення ним інших правопорушень, що не є предметом цього кримінального провадження, а також відомості щодо характеру або окремих рис характеру підозрюваного, обвинуваченого є недопустимими на підтвердження винуватості підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення.

Проте, законодавцем також передбачені підстави, коли вищезазначені фактичні дані можуть бути допустимими. Так, у випадку якщо сторони кримінального провадження погоджуються, щоб ці докази були визнані допустимими, суд як належний суб'єкт перевірки доказів на предмет їх допустимості, може прийняти відповідне рішення про їх допустимість. Більше того, такі докази можуть бути визнані допустимими у випадку, якщо їх подає сам підозрюваний, обвинувачений або ж коли підозрюваний чи обвинувачений використав подібні докази для дискредитації свідка.

У відповідності до норм КПК України, якщо зазначені докази подаються для доказування того, що підозрюваний, обвинувачений діяв з певним умислом та мотивом або мав можливість, підготовку, обізнаність, потрібні для вчинення ним відповідного кримінального правопорушення, або не міг помилитися щодо обставин, за яких він вчинив відповідне кримінальне правопорушення.

Докази щодо певної звички або звичайної ділової практики підозрюваного, обвинуваченого є допустимими для доведення того, що певне кримінальне

правопорушення узгоджувалося із цією звичкою підозрюваного, обвинуваченого.

Однією з новел КПК України в контексті визнання доказів недопустимими є стаття 88-1, відповідно до якої докази, отримані від відповідача у позовному провадженні у справах про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави, не можуть бути використані на підтвердження винуватості підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінальних правопорушень.

Відповідно до ч. 2 зазначеної статті документи, подані особою в порядку одноразового (спеціального) добровільного декларування відповідно до підрозділу 9-4 "Особливості застосування одноразового (спеціального) добровільного декларування активів фізичних осіб" розділу XX Податкового кодексу України, зокрема одноразова (спеціальна) добровільна декларація, не можуть бути використані на підтвердження винуватості підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених статтями 212, 212-1 Кримінального кодексу України, в межах складу та вартості об'єктів декларування, зазначеної в одноразовій (спеціальній) добровільній декларації як база для нарахування збору з одноразового (спеціального) добровільного декларування.

Відмітимо, що на сьогодні відсутнє будь-які судові рішення з застосуванням статей 88-1 КПК України.

2.2. Істотні порушення прав і свобод людини як підстава визнання фактичних даних недопустимими як докази у кримінальному провадженні

Виокремивши істотні порушення прав і свобод людини як підставу визнання фактичних даних недопустимих як доказів, окресливши її важливість, вважаємо за більш детально проаналізувати, зокрема, правозастосування в цій частині.

Відповідно до ч. 1 ст. 87 КПК України недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

Аналізуючи істотні порушення прав і свобод людини як підставу визнання фактичних даних недопустимих як доказів, варто зазначити, зокрема, про позицію Верховного Суду по справі № 359/7742/17.

У вищезазначеній справі захисник обвинуваченого посилався на недопустимість доказів – протоколів проведення слідчих експериментів, через те, що слідчі експерименти проводилися за участю свідка, який в подальшому був визнаний підозрюваним, що саме по собі свідчить про недопустимість таких доказів [35].

Проте, колегія суддів Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду чітко зазначила про те, що: «застосовуючи положення ст. 87 КПК при оцінці доказів, наданих сторонами, суд виходить із того, що ці положення можуть бути підставою для визнання доказів недопустимими не за будь-якого порушення процесуального закону, а лише у випадку істотного порушення прав і свобод людини. [35]»

Також, доволі цікавою у цьому аспекті є позиція Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду у справі № 639/8329/14-к. Так, відповідно до обставин зазначеного провадження, судами першої та апеляційної інстанції недопустимим визнаний протокол допиту потерпілої особи з міркувань того, що в останньому не зазначено відомості про особу, яка провела допит, відсутній підпис цієї особи, а також через відсутність зазначення підстав виклику свідка, який не має відношення до справи [36].

Проте, Верховний Суд зазначив про помилковість таких висновків судами попередніх інстанцій, зокрема, з підстав того, що міркування наведенні судами

щодо недопустимості протоколу допиту потерпілої особи не має посилання на положення наведені у ч. 1 ст. 87 КПК України.

На підставі вищезазначених норм кримінального процесуального закону, а також позицій касаційного суду можна зробити висновок про те, що визнаючи фактичні дані недопустимими як докази варто виходити саме з істотності порушення прав і основоположних свобод людини, а не з будь-яких порушення положень процесуального закону [36].

Проте, перед нами стоїть логічне запитання, які ж самі порушення прав і свобод людини мають визнаватися істотними, в розумінні ст. 87 КПК України.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 87 КПК України суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, такі діяння:

- 1) здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов;
- 2) отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження;
- 3) порушення права особи на захист;
- 4) отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права;
- 5) порушення права на перехресний допит.

Як зазначає А.В. Панова, закріплення у КПК України положення п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК України, відповідно до якого істотним порушенням прав і свобод людини є здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов, обумовлено тим, що правовою підставою здійснення низки процесуальних дій є судові рішення – ухвала слідчого судді, при винесені якої слідчим суддею, як суб'єктом контролю за дотриманням прав і основоположних свобод під час досудового розслідування у межах кримінального провадження, перевіряється, серед іншого, законність і

доцільність втручання держави до сфери прав людини у такий спосіб. Отже, проведення такого втручання без відповідного дозволу слідчого судді автоматично (окрім випадків невідкладності) означає недопустимість отримання фактичних даних в ході такого втручання, як доказів в подальшому [8, с. 61].

В контексті зазначеного вважаємо за доцільне звернутися до позиції Верховного Суду, яка викладена у постанові від 23 травня 2018 року, у справі № 159/451/16-к. Відповідно до фактичних обставин кримінального провадження особа обвинувачувалася у вчиненні ряду злочинів, передбачених ч. 2 ст. 317 КК, ч. 2 ст. 309 КК України, проте на стадії апеляційного провадження кримінальне провадження закрито на підставі п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК України, що очевидно не задовільнило прокурора, який оскаржив ухвалу суду апеляційної інстанції до суду касаційної інстанції [37].

Проте, за результатами розгляду суд касаційної інстанції залишив рішення апеляційного суду без змін, а касаційну скаргу прокурора без задоволення.

Так, у аналізованому кримінальному провадженні відсутні будь-які дані, які б стали підставою для проведення огляду місця події у домоволодінні обвинуваченого. Натомість відомості про вчинення кримінального правопорушення було внесено до ЄРДР лише на наступний день і на підставі даних, отриманих під час вказаного огляду [37].

У цьому контексті судом зазначено, що: «проведений органами досудового розслідування 12 липня 2017 року огляд місця події фактично є обшуком, який згідно з приписами ч.2 ст. 234 КПК здійснюється лише на підставі ухвали слідчого судді та після внесення відповідних відомостей до ЄРДР (ч. 3 ст. 214 КПК). До постановлення ухвали слідчого судді слідчий, прокурор має право увійти до житла чи іншого володіння особи лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину. У такому випадку прокурор, слідчий за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді. Із зазначеним клопотанням слідчий звернувся до слідчого судді

лише 26 липня 2017 року, тобто зі значним пропуском, встановленого ст. 233 КПК, «невідкладного» строку для звернення з клопотанням про проведення обшуку. [37]»

На підставі вищезазначеного, Верховний Суд наголосив увагу на тому, що проведення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов, мають наслідком визнання фактичних даних, здобутих під час проведення такої процесуальної дії (у даній ситуації – обшуку) недопустимих, як доказів [37].

Аналогічна позиція висвітлена й у постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду (справа № 159/451/16-к).

Так, колегією суддів Верховного Суду скасовано ухвалу ВССУ з підстав того, що докази отримані під час огляду та обшуку, які були проведені з порушенням правил, передбачених у ч. 2 ст. 234, ч. 2 ст. 237, ч. 3 ст. 233 КПК, є недопустимими [38].

У контексті застосування п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК України вважаємо за доцільне проаналізувати, серед іншого, визнання фактичних даних недопустимих як доказів, які, в свою чергу, здобуті з порушенням положень КПК України щодо проведення Н(С)РД. Це обумовлено тим, що фактичні дані, які здобуті під час проведення Н(С)РД за часту є одним з основних інструментів доказування у кримінальних провадженнях щодо тяжких та особливо тяжких злочинів.

Так, з фактичних обставин справи № 761/19749/13-к вбачається, що відповідно протоколу за результатами проведення НСРД щодо ОСОБА_1 від 20 лютого 2013 року, захід у вигляді проведення аудіо- відеоконтролю особи здійснювався ДОК СБУ на підставі ухвали Голови Апеляційного суду м. Києва від 04 лютого 2013 року № 01-447цт, тобто ще до внесення вказаних відомостей до ЄРДР, а тому оптичний диск № 51/1636нт із записом розмови ОСОБА_1 та ОСОБА_3 04 лютого 2013 року є недопустимим доказом у провадженні, оскільки він отриманий з порушенням вимог КПК [38].

Також, в контексті допустимості фактичних даних, здобутих під час проведення Н(С)РД вважаємо за доцільне звернути увагу на той факт, що відповідно до положень ч. 2 ст. 246 КПК України Н(С)РД проводяться у випадках, якщо відомості про кримінальне правопорушення та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. Негласні слідчі (розшукові) дії, передбачені статтями 260, 261, 262, 263, 264 (в частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), 267, 269, 269-1, 270, 271, 272, 274 цього Кодексу, проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів. Тобто, законодавцем встановлена чітка можливість проводити Н(С)РД виключно у кримінальних провадженнях щодо тяжких або особливо тяжких злочинів.

Наш практичний досвід у сфері кримінального процесу дає підстави стверджувати, що досить часто сторона обвинувачення вдається до певних маніпуляцій, проводячи Н(С)РД у кримінальних провадженнях, предметом розслідування яких не є тяжкі та особливо тяжкі злочини, фактично умисно «завищуючи» кваліфікацію ймовірно вчиненого кримінального правопорушення.

Так, відповідно до фактичних обставин справи № 607/15414/17 суд першої інстанції виправдав обвинуваченого, зокрема, з підстав того, що відповідно до ч. 2 ст. 246 КПК України, вони можуть проводитись щодо тяжких та особливо тяжких злочинів. Проте, інкриміноване ОСОБА_1 кримінальне правопорушення було перекваліфіковане з ч. 3 ст. 368 на ч. 3 ст. 354 КК України. Відповідно до ст. 12 КК України, злочин, передбачений ч. 3 ст. 354 КК України є злочином невеликої тяжкості, а тому результати негласних слідчих (розшукових) дій визнав недопустимими доказами [39].

Проте, у своїй постанові Верховний Суд у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду, не погодився з доводами суду першої та апеляційної інстанцій зазначивши про те, що на момент проведення Н(С)РД існували достатні підстави для внесення відомостей до ЄРДР та проведення досудового розслідування щодо ОСОБА_1 за ч. 3 ст. 368 КК України,

тобто у вчиненні тяжкого злочину, а тому відсутні порушення вимог ч. 2 ст. 246 КПК України, незважаючи на те, що в процесі проведення досудового розслідування кваліфікацію було змінено на злочин невеликої тяжкості [39].

Зокрема, судом касаційної інстанції зазначено, що на момент надання дозволу на проведення Н(С)РД у суду апеляційної інстанції не було будь-яких фактичних даних (посадових інструкцій), які б точно стверджували про те, що обвинувачений не був службовою особою, а отже і суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК України.

На нашу думку така позиція Верховного Суду, саме у цьому рішенні, є необґрунтованою, адже виходячи з того, що обвинувачений перебував на посаді майстра виробничого навчання Тернопільського вищого професійного училища ресторанного сервісу та торгівлі, є очевидним, що він не міг бути службовою особою.

Проте, в цілому правова позиція проголошена Верховним Судом у справі № 607/15414/17 має право на існування, адже дійсно, цілком можлива ситуація, коли відсутня будь-яка очевидність щодо тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, а не надання дозволу на проведення Н(С)РД може зашкодити подальшому перебігу кримінального провадження.

Однак, на нашу думку, слідчим суддя апеляційних інстанцій варто вкрай уважно підходити до цього питання, адже цілком можливим є ситуація, коли сторона обвинувачення може вдаватися до певних маніпуляцій, «граючись» з кваліфікацією для отримання бажаних для себе доказів, всупереч положенням встановленим КПК України, що в подальшому, безумовно, має бути підставою для визнання фактичних даних, здобутих під час проведення Н(С)РД, недопустимими як доказів.

Відповідно до п. 2 с. 1 ст. 87 КПК України суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження.

Зазначене положення впливає, зокрема, через те, що заборона катувань гарантована рядом міжнародно-правових актів, а також нормами Конституції України.

Так, Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів і повноваження і покарань визначає поняття катування як: «будь-яку дію, якою будь-якій особі навмисне заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа чи у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу, чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди... [40]»

Статтею 3 КЗПЛ встановлено, що нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню.

На неприпустимості здійснення катувань щодо особи в процесі збору доказової бази в рамках кримінального провадження також наголошує ЄСПЛ [41]. Так, у справі «Гафген проти Німеччини» суд чітко зазначив, що заборона здійснення катувань є абсолютною в будь-якому випадку та застосовується незалежно від поведінки зацікавленої особи [42].

Статтею 28 Конституції України, яка проголошує те, що кожен має право на повагу до його гідності встановлено, що ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню.

Відповідно до ч. 2 ст. 11 КПК України забороняється під час кримінального провадження піддавати особу катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує її гідність, поводженню чи покаранню, вдаватися до погроз застосування такого поводження, утримувати особу у принизливих умовах, примушувати до дій, що принижують її гідність.

Відмітимо, що право на гідність є абсолютним та невідчужуваним правом людини. Це обумовлює важливість положення, закріпленого у п. 2 ч. 1 ст. 87 КПК України, адже воно є забезпечувальним механізмом дотримання прав і основоположних людини, яка притягується до кримінальної відповідальності, а також інструментом реалізації завдання кримінального провадження, яке закріплене у ст. 2 КПК України.

Як зазначає Калачова О., порушення статті 3 ЄКПЛ, в контексті застосування дій, що підпадають під ознаку катування, є поширеним явищем в Україні. Так, у справі «Сердюк проти України» ЄСПЛ констатовано факт порушення положень ЄКПЛ працівниками Новосанжарського районного відділу УМВС України в Полтавській області та прокуратурою цього району, у справі «Аднаралов проти України» працівниками прокуратури Держинського районного, у справі «Гордієнко проти України» працівниками прокуратури Суворовського району Херсона [43, с. 128].

Варто зазначити, що у світлі статей 1, 3 ЄКПЛ Європейський суд з прав людини покладає на державу, на ряду з іншим, певні позитивні обов'язки. Так, у п. 97 справи «Вергельский проти України» ЄСПЛ зазначив, що у випадку, коли особа стверджує про те, що вона піддана жорсткому поводженню з боку держави, держава, в свою чергу, зобов'язана забезпечити ефективне розслідування таких доводів [44].

Окресливши важливість заборони катувань в контексті дотримання прав і основоположних свобод людини, вважаємо за доцільне перейти до безпосереднього аналізу правозастосування п. 2 ч. 1 ст. 87 КПК України.

Так, у справі № 0503/10653/2012, у касаційній скарзі захисник обвинуваченого поставив питання щодо недопустимості як доказів, зізнавальних показань, які обвинувачений надав під час досудового розслідування, внаслідок застосування до нього катувань [45].

Проте, незважаючи на заяви обвинуваченого, а також його захисника, під час судового провадження у першій та апеляційній інстанції, суди взагалі не дали оцінку зазначеним обставинам. В подальшому, судом касаційної інстанції

проголошено те, що така поведінка судів є недопустимою в світлі положень ст. 3 ЄКПЛ, а також практики ЄСПЛ.

Відтак, Верховний Суд акцентував увагу на тому, що за наявності заяви обвинуваченого про застосування щодо нього катування, жорстокого, нелюдського поводження висновок суду про допустимість доказу має ґрунтуватись на результатах проведення належної перевірки заяви шляхом офіційного розслідування [45].

У п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК України встановлено, що суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод порушення права особи на захист.

Право на захист, на ряду з правом особи на гідність, яке аналізувалося нами вище, є одним з основоположних прав людини.

Так, п. 3 ст. 6 ЄКПЛ проголошено право особи на захист. ЄСПЛ у п. 63 справи «Лучанінова проти України» зазначив, що: «для здійснення обвинуваченим свого права на захист йому зазвичай повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника з самого початку провадження. [46]»

У Доповіді про правовладдя Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційська комісія), ухваленої Венеційською комісією на її 86-му пленарному засіданні, у п. 60 вказано, що: «... правами найочевиднішими поєднані з правовладдям є такі: (1) право на доступ до правосуддя; ... (3) право викласти свою позицію (*the right to be heard*); ... (7) будь-хто вважається невинуватим у скоєнні злочину, доки винуватість не доведено; та (8) право на справедливий судовий розгляд чи ж – в англо-американській традиції – принцип природньої справедливості або принцип справедливої юридичної процедури... [47]»

Статтею 55 Конституції України гарантується право на захист людині і громадянину судом.

Системний аналіз норм КПК України дає підстави вважати, що право на захист є одним з наріжних каменів кримінального процесуального закону, який

забезпечує справедливість та законність перебігу кримінального провадження, а також судового розгляду. Так, відповідно до ч. 1 ст. 20 КПК України підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений має право на захист, яке полягає у наданні йому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватися правовою допомогою захисника, а також реалізовувати інші процесуальні права, передбачені цим Кодексом.

Пунктом 4 ч. 2 ст. 412 КПК України визначено, що істотним порушення кримінального процесуального закону є здійснення судового провадження а відсутності захисника, якщо його участь є обов'язковою.

У ст. 20 КПК України визначено, що підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений має право на захист, яке полягає у наданні йому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватися правовою допомогою захисника, а також реалізовувати інші процесуальні права, передбачені цим Кодексом.

Отже, вищезазначені положення, безумовно, свідчать про важливість дотримання права на захист під час перебігу кримінального провадження, а будь-які порушення такого права, встановлені під час судового розгляду, мають бути наслідком визнання фактичних даних недопустимими як докази.

Так, у справі № 607/12579/17-к, Верховний Суд колегією суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду встановив, що: «відсутність захисників під час проведення впізнання обвинувачених за відсутності доказів повідомлення захисників про час та місце проведення цієї слідчої дії становить порушення права на захист, що має наслідком недопустимість як доказу протоколу вказаної слідчої дії. [48]»

Пунктом 4 ч. 2 ст. 87 КПК України встановлено, що суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє

право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права. Тобто, судом зобов'язаний визнати фактичні дані отримані внаслідок порушення так званого «права не свідчити проти себе».

Відмітимо, що «право не свідчити проти себе» бере свій початку від появи так званого «Правило Міранди» у судовій-прецедентній практиці США. Так, як зазначає Я.П. Зейкан: «Правило Міранди у США визначає, що особа має бути попереджена до початку допиту, що вона має право зберігати мовчання та право на присутність адвоката. До того моменту, поки обвинувач не доведе, що такі роз'яснення були надані і що особа відмовилась скористатися своїми правами, докази, отримані в результаті допиту, не можуть бути використані проти неї. [49, с. 77]»

Варто наголосити, що в українському кримінальному процесуальному законі зазначене правило також має своє відображення. Так, зазначене право є складовою вже згадуваного нами права на захист, яке закріплене в ст. 20 КПК України. Проте, у цьому контексті варто згадати також положення, закріплене в п. 3 ч. 1 ст. 66 КПК України, яке регламентує право свідка відмовитися давати показання щодо себе, близьких родичів та членів своєї сім'ї, що можуть стати підставою для підозри, обвинувачення у вчиненні ним, близькими родичами чи членами його сім'ї кримінального правопорушення.

Підхід відповідно до якого докази здобуті з порушенням право особи на мовчання, відображений також в судовій практиці Верховного Суду. Так, у справі № 665/7/18, Верховний Суд колегією суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду розглядаючи питання допустимості протоколу відтворення обстановки та обставин подій зазначив: «процесуальним законом передбачений обов'язок суду визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, такі діяння, як отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права, що має наслідком визнання таких доказів недопустимими. Право

відмовитися давати показання підсилене обов'язками бути про нього повідомленим, оскільки право мовчати і не свідчити проти самого себе вимагає не тільки того, щоб особу не примушували це робити, а й того, щоб її негайно і достатнім чином повідомили про це право; до того ж існування цього обов'язку належить окремо виділити в контексті права не свідчити проти самого себе і права мовчати. [50]»

Пунктом 5 ч. 2 ст. 87 КПК України визначено, що суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, порушення права на перехресний допит.

Як зазначає Я.П. Зейкан, право на перехресний допит є однією з основних складових права особи на захист, а порушення права особи на перехресний допит є порушенням права особи на справедливий, а також права на захист, що є безумовною підставою визнання фактичних даних, отриманих внаслідок такого порушення, недопустимими [49, с. 76].

У огляді судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду щодо недопустимості доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод (Рішення внесені до ЄДРСР за період з 2018 року по жовтень 2020 року) зазначено, що: «обмеження сторони захисту у реалізації права на допит свідка безпосередньо під час судового розгляду, є істотним порушенням прав людини та основоположних свобод, а отже, підставою для визнання доказу недопустимим, що зумовлює неможливість його покладення в основу обвинувального вироку. [51, с. 6]»

Відповідно до п. 1 ч. 3 ст. 87 КПК України недопустимими також є докази, отримані з показань свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні. На нашу думку, зазначена підстава, передбачена п. 1 ч. 3 ст. 87 КПК України є складовою вже аналізованого нами «права на мовчання», проте вона містить відмінності, насамперед, у питанні визначення суб'єкта, який надає відповідні показання у межах кримінального провадження.

Ми цілком погоджуємось з думкою А.В. Пановою, яка зазначає, що відмінність між положенням передбаченим п. 4 ч. 2 ст. 87 КПК України та п. 1 ч. 3 ст. 87 КПК полягає у суттєвій відмінності процесуальних статусах свідка та підозрюваного/обвинуваченого в кримінальному провадженні [8, с. 107].

У п. 57 справи «Шабельник проти України», ЄСПЛ зазначено: «о з першого допиту заявника стало очевидним, що його показання були не просто показаннями свідка злочину, а фактично зізнанням у його вчиненні. З того моменту, коли заявник уперше зробив зізнання, вже не можна було стверджувати про відсутність у слідчого підозри щодо причетності заявника до вбивства. Існування такої підозри підтверджувалося тим фактом, що слідчий ужив подальших заходів для перевірки достовірності самовикривальних показань заявника, провівши відтворення обстановки і обставин подій, тобто слідчі дії, які зазвичай проводяться з підозрюваним. На думку Суду, становище заявника стало значно вразливішим одразу після вжиття серйозних слідчих заходів з перевірки підозри стосовно нього та підготовки версії обвинувачення. [52]»

Відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК України недопустимим є докази, отримані після початку кримінального провадження шляхом реалізації органами досудового розслідування чи прокуратури своїх повноважень, не передбачених цим Кодексом, для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень.

Зазначимо, що вищезгадана норма нечасто застосовується у правозастосовній практиці, як підстава для визнання фактичних даних недопустимими як докази у рамках кримінального провадження.

Як відмічається у кримінальній процесуальній доктрині, виділення підстави передбаченої п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК України взагалі є недоцільним, адже в силу імперативного методу, який застосовується в кримінально процесуальній сфері, органи та суб'єкти, яке мають відношення до кримінального провадження, зобов'язані діяти виключно в рамках повноважень наданих їм законом, що відповідає основоположному принципу, закріплено ст. 19 Конституції України.

Відповідно до п. 3 ч. 3 ст. 87 КПК України недопустимим є докази, які отримані під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи у зв'язку з недопущенням адвоката до цієї слідчої (розшукової) дії.

Так, у ч. 3 ст. 236 КПК України, яка регулює питання проведення обшуку, зазначено, що слідчий, прокурор не має права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Слідчий, прокурор зобов'язаний допустити такого адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення.

Системний аналіз вищезазначених норм дає підстави вважати, що положення закріплене у п. 3 ч. 3 ст. 87 КПК України є забезпечувальним механізмом, який закріплює право особи користуватися допомогою адвоката під час проведення обшуку, що значно збільшує вірогідність дотримання засад кримінального провадження, які регулюють мирне володіння особою своєю власністю.

Відповідно до п. 4 ч. 3 ст. 87 КПК України, недопустимим є докази, здобуті під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, якщо така ухвала винесена слідчим суддею без проведення повної технічної фіксації засідання.

На нашу думку, зазначена норма забезпечує право особи в подальшому перевірити наявність законних підстав для проведення обшуку, а також при наявності таких підстав оскаржити вилучення майна та його арешт.

Також, в аспекті істотності порушення прав і основоположних свобод людини як підстави для визнання фактичних даних недопустимими як доказів, вважаємо за доцільне зазначити про так звану доктрину «плодів отруєного дерева» (fruit of the poisonous tree).

Відмітимо, що концепція «плодів отруєного дерева» є феноменом англосаксонської системи, та як зазначалося нами раніше у підрозділі 1.3. другого розділу цієї роботи, ця концепція бере свій початок у судово-прецедентній практиці США.

Зазначимо, що на нашу думку, досить змістовно охарактеризована доктрина «плодів отруєного дерева» у науковій праці І.Л. Чупрікової, яка описуючи доктрину «плодів отруєного дерева», зазначила, що: «тримуючи один доказ незаконним шляхом, створюється джерело – отруйне дерево, яке породить нові докази, але їх допустимість з самого початку буде оспорена, оскільки базою також були недопустимі докази. [63, с. 63]; [64, с. 60]»

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 2

Проаналізувавши підстави визнання фактичних даних недопустимим як доказів у кримінальному процесуальному праві України, ми переконались у тому, що існуючі підстави, які закріплені КПК України, фактично носять досить розгалужений характер.

Варто зазначити, що центральним елементом для визнання фактичних даних недопустимими як докази у кримінальному процесі є істотне порушення прав і основоположних свобод людини, що у свою чергу відповідає практиці Верховного Суду, а також практиці ЄСПЛ.

РОЗДІЛ 3.

ПОРЯДОК ВИЗНАННЯ ФАКТИЧНИХ ДАНИХ НЕДОПУСТИМИМ ЯК ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

3.1. Загальний порядок визнання фактичних даних недопустимих як доказів у кримінальному процесуальному праві України

Детально проаналізувавши поняття недопустимості фактичних даних як доказів у кримінальній процесуальній доктрині, законодавстві України, ретельно дослідивши систему підстав визнання фактичних даних недопустимих як доказів, в тому числі, з урахуванням судової практики Верховного Суду, а також ЄСПЛ, вважаємо за доцільне перейти до фінального розділу магістерської (дипломної) роботи, у якій ми проаналізуємо підстави визнання фактичних даних недопустимих як доказів у кримінальному процесуальному праві України.

У кримінальній процесуальній доктрині існує підхід, відповідно до якого порядок визнання фактичних даних недопустимих як доказів, поділяється на загальний і диференційований [8, с. 183].

Нам імponує думка Н.М. Басай, відповідно до якої процесуальний порядок визнання фактичних даних недопустимими як докази поділяється на такі стадії:

- 1) виявлення наявності підстав для визнання доказу недопустимим;
- 2) ініціювання питання щодо визнання доказу недопустимого;
- 3) оцінка істотності порушення норм кримінального процесуального закону при одержанні, а також фіксації доказу;
- 4) безпосередньо вирішення питання про визнання доказу недопустимим [8, с. 185]; [53, с. 18].

Відмітимо, що відповідно до ч. 1 ст. 89 КПК України суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення.

Тобто, законодавцем встановлено певне «загальне правило» відповідно до якого суд визнає ті чи інші фактичні дані недопустимими, як докази під час

вирішення справи у нарадчій кімнаті, та в подальшому, при оголошенні вироку, надає оцінку тим чи іншим доказам. Такий порядок відповідно до вищезазначеного підходу визнання фактичних даних недопустимих як доказів визначається – як загальний [8, с. 184].

Відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК України у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате.

Такий порядок відповідно до вищезазначеного підходу визнання фактичних даних недопустимих як доказів визначається – як диференційований [8, с. 184].

Відмітимо, що більш детальний порядок, а також підстави визнання фактичних даних як доказів на підставі їх очевидної недопустимості, буде розглянутий у наступному підрозділі цього розділу магістерської (дипломної) роботи.

Частиною 3 статті 89 КПК України визначено суб'єктів, які мають право ініціювати процес визнання фактичних даних недопустимих як доказів. Так, відповідно до зазначеної статті сторони кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право під час судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими, а також наводити заперечення проти визнання доказів недопустимими.

Нагадаємо, що відповідно п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України сторонами кримінального провадження є з боку обвинувачення: слідчий, дізнавач, керівник органу досудового розслідування, керівник органу дізнання, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник у випадках, установлених цим Кодексом; з боку захисту: підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або

вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники.

У цьому контексті досить цікавим є рішенням Верховного Суду у справі № 601/1143/16, у якому судом п. п. 31-34 зазначено, що: «якщо суд без достатнього обґрунтування відкидає докази, що свідчать на користь обвинуваченого, це суперечить основоположній вимозі, що сторона обвинувачення має довести висунуте обвинувачення, і одному з фундаментальних принципів кримінального права, а саме *in dubio pro reo*. Тому, відхиляючи докази на користь обвинуваченого, суд має надати детальні і переконливі пояснення такому рішення. Крім того, якщо доказ отримано і надано суду стороною обвинувачення, суд має бути вкрай обережним, оцінюючи вплив формальних порушень під час отримання доказу на можливість його використання для спростування обвинувачення. Крім того, якщо доказ отримано і надано суду стороною обвинувачення, суд має бути вкрай обережним, оцінюючи вплив формальних порушень під час отримання доказу на можливість його використання для спростування обвинувачення. [54]»

На нашу думку, така позиція Верховного Суду є досить цікавою та заслуговує на увагу. Фактично, у даному рішенні судом поставлено суб'єктів, визначених у ч. 3 ст. 93 КПК України (сторін кримінального провадження) у певне нерівне становище, адже, на думку суду для визнання недопустимими докази сторони обвинувачення, суд має виходити, фактично, з більш суворого стандарту оцінки доказів, аніж сторони захисту.

Відмітимо, що системний аналіз норм КПК України дає підстави вважати, що зазначений підхід є цілком логічним. Для цього пропонуємо звернутися до ст. 17 КПК України, де зазначено, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом. Проте, чи вбачаємо ми саме таку вимогу для сторони захисту? Очевидно, що ні. Такий підхід зумовлений, зокрема, відходом законодавця від так званого «інквізиційного вектору» розвитку кримінального процесу, що обумовлено положеннями, закріпленими у КПК України, який прийнятий у 2012 році.

Отже, розглянувши питання визначення суб'єктів, які мають відповідне право ініціювати питання про визнання фактичних даних недопустимих як доказів, вважаємо за доцільне перейти безпосередньо до форми ініціювання питання про визнання фактичних даних недопустимих як доказів.

Загалом, КПК України не встановлює жодних формальних вимог щодо належної форми документа, на підставі якого ініційоване питання щодо визнання фактичних даних недопустимих як доказів. На нашу думку є очевидним, що таким документом є клопотання про визнання конкретного доказу недопустимим, з відповідним правовим обґрунтуванням такої вимоги суб'єкту прийняття рішення – слідчому судді/суду (у .

На нашу думку, досить цікавим є питання визначення суб'єкта уповноваженого приймати рішення щодо недопустимості фактичних даних, як доказів у кримінальному провадженні.

Як вбачається з позиції Н.М. Басай, право на визнання фактичних даних недопустимих як доказів мають право як слідчий, прокурор (вносить відповідне рішення у формі мотивованої постанови), так і безпосередньо слідчий суддя/суд [8, с. 185]; [52, с. 18].

Так, відповідно до ч. 1, 2 ст. 89 КПК суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. У разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочато.

Відповідно до ч. 2 ст. 23 КПК не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом

Відтак, ми не погоджуємося з таким підходом науковця, та повторимо вже згадувану нами тезу про те, що системний аналіз норм КПК України дає підстави вважати, що виключним суб'єктом, який має право визнавати фактичні дані недопустимими як докази є слідчий суддя/суд.



Рис. 1

«Схематичне зображення порядку визнання фактичних даних недопустимими як доказів у кримінальному провадженні.»

3.2. Порядок визнання фактичних даних очевидно недопустимими як доказів у кримінальному процесуальному праві України

Проаналізувавши загальний порядок визнання фактичних даних очевидно недопустимими як докази у кримінальному процесуальному праві України, вважаємо за доцільне, здійснити детальний розбір визнання фактичних даних очевидно недопустимими як доказів у кримінальному процесуальному праві України.

Як зазначалося нами вище, визнання фактичних даних очевидно недопустимими як доказів у кримінальному процесуальному праві України

доцільно розглядати як диференційований підхід, з огляду на його правову специфіку.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК України у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате.

Ми погоджуємось з позицією Тютинника В.В., який обґрунтовано зазначає про притаманні ознаки, які всебічно характеризують категорію визнання доказу очевидно недопустимими, а саме:

1) очевидна недопустимість доказу встановлюється безпосередньо в процесі судового розгляду, а наслідком такого визнання є відповідна ухвала суду про визнання доказу очевидно недопустимим;

2) очевидна недопустимість доказу може бути встановлена судом як на початку безпосереднього дослідження такого доказу, так і на будь-якій подальшій стадії [10, с. 138].

На нашу думку, для всебічного розуміння порядку визнання фактичних даних очевидно недопустимими як доказів у кримінальному процесуальному праві України, варто дійти до висновку, які самі докази можуть бути визнані судом очевидно недопустимими.

Академічний тлумачний словник українською мови визначає поняття очевидний як дуже помітний, неприхований, беззаперечний, безсумнівний.

Аналізуючи правову природу визнання доказів очевидно недопустимими, у п. 8 свого листа «Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» від 05.10.2012 р. № 223-1446/0/4-12, ВССУ зазначає: «застосоване законодавцем при наданні визначення поняття "докази" формулювання "фактичні дані, отримані у передбаченому КПК порядку" та положення ч. 3 ст. 17 КПК про те, що обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом, свідчать, що відомості, матеріали та

інші фактичні дані, отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним законом порядку чи з його порушенням, є очевидно недопустимими, а це відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. Зазначене правило застосовується і щодо доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК) за умови підтвердження сторонами кримінального провадження їх очевидної недопустимості. В іншому випадку суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. [56]»

Аналіз положень, які містяться у листі ВССУ «Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» від 05.10.2012 р. № 223-1446/0/4-12, дає підстави вважати, що в розумінні ВССУ доказ може бути визнаний очевидно недопустимим у випадку, якщо:

1) фактичні дані, які отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним;

2) фактичні дані, які отримані органом досудового розслідування внаслідок істотного порушення прав і основоположних свобод людини, є очевидно недопустимими за умови підтвердження сторонами кримінального провадження їх очевидної недопустимості [10, с. 138].

Ми не зовсім погоджуємось з такою позицією ВССУ, адже як вбачається з вищезазначеної позиції, фактичні дані, які отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним мають бути визнані судом очевидно недопустимими.

Проте, як зазначалося нами вище, у 2 розділі магістерської (дипломної) роботи, з урахування практики Верховного Суду, будь-яке порушення кримінального процесуального закону в контексті збирання доказів, не тягне за собою недопустимість таких доказів, а визнаватись очевидно недопустимими

мають саме фактичні дані, які отримані з істотним порушення закону, а також прав і основоположних свобод людини.

Ми погоджуємось із позицією Тютюнника В.В., який акцентує увагу на тому, що відсутність у КПК України визначення поняття «очевидно недопустимого доказу» створює певні проблеми у правозастосуванні, адже суд не завжди розуміє, який доказ слід визнавати очевидно недопустимим [10, с. 139].

В додаток до позиції висловленої Тютюнником В.В, додамо, що існуючою правовою проблемою, на нашу думку, також є неконкретизований порядок визнання фактичних даних недопустимих як доказів, закріплений у ч. 1 ст. 89 КПК України, де зазначено, що суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення.

Від себе зазначимо, що така невизначеність створює надмірний тягар для особи, яка притягається до кримінальної відповідальності, адже в контексті ч. 1 ст. 89 КПК України, суд досліджує докази безпосередньо у нарадчій кімнаті, що неодноразово висловлювалося під час винесення рішень у кримінальних справах [57]; [58]; [59]; [60]. З огляду на це строки розгляду справи очевидно збільшуються, що негативно впливає на особу, у випадку, коли вже під час досудового розслідування вбачаються ознаки очевидної недопустимості доказу.

З огляду на вищезазначене, вважаємо за доцільне змінити положення ч. 1 ст. 89 КПК України: «Суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення.», на наступне: «Суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення, окрім випадків, коли судом встановлені ознаки очевидної недопустимості доказів.»

Також, вважаємо за доцільне змінити положення ч. 2 ст. 89 КПК України: «У разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате.», на таке: «У разі встановлення

очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду, в тому числі на стадії досудового розслідування, суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате.

Детально проаналізувавши підстави і порядок, встановлений КПК України в контексті визнання фактичних даних очевидно недопустимими як докази, вважаємо за доцільне навести приклади з судової практики, де судом, на нашу думку, правомірно визнано ті чи інші докази очевидно недопустимими.

Так, відповідно до ухвали Святошинського районного суду м. Києва у справі № 759/11669/19, судом визнано очевидно недопустимими всі докази, через їх отримання внаслідок реалізації органами досудового розслідування своїх повноважень, не передбачених КПК України, для забезпечення досудового розслідування. [61]

Так, у мотивувальній частині ухвали судом зазначено, що: «... за положеннями п. п. 15 та 17 ч. 1 ст. 3 КПК України слідчим у кримінальному провадженні визнаються особи, які не тільки обіймають певну посаду, а й передусім, має право діяти у межах даного конкретного кримінального провадження, реалізуючи свої процесуальні повноваження в межах компетенції, передбаченої КПК України. Відтак, є очевидним, що особа, яка хоча за посадою і є слідчим, проте не має в конкретному кримінальному провадженні процесуальних повноважень, передбачених КПК України, не має і статусу слідчого як сторони даного провадження з усіма відповідними наслідками, в тому числі і щодо права збирати та оцінювати докази (ст. ст. 93 та 94 КПК України)... з урахуванням наведеного, колегія суддів в порядку ч. 2 ст. 89 КПК України з підстав, передбачених ч. 1, п. 3 ч. 2, п. 2 ч. 3 та ч. 4 ст. 87 КПК України, вважає наявними правові підстави для визнання очевидно недопустимими доказами всіх даних, які були встановлені (одержані) органом досудового розслідування в умовах не визначеного в порушення вимог ч. 3 ст. 218 КПК України місця проведення досудового розслідування даного кримінального провадження (ЄДРДР за № 12017100080011260 від 22 грудня 2017 року)

стосовно ОСОБА_1 , який обвинувачується у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 358, ч. 1 ст. 388, ч. 4 ст. 190 КК України, оскільки сторона обвинувачення збирала докази за межами визначеної відповідно до КПК України процесуальної компетенції, - чим порушено право на захист. [61]»

Ухвалою слідчого судді Миронівського районного суду Київської області, при обранні запобіжного заходу підозрюваному, судом визнано очевидно недопустимими доказами надані прокурором протоколу тимчасового доступу до речей і документів та їх виїмки від 28 січня 2020 року, з огляду на те, що: «... в протоколі тимчасового доступу до речей і документів та їх виїмки не зазначено спеціалістом у чому є ОСОБА_6 , якими він володіє спеціальними знаннями та навичками, та чим це підтверджується. Матеріали клопотання також не містять інформації про це... Як вбачається із матеріалів письмових заперечень сторони захисту, ОСОБА_6 є пов'язаною особою із ОСОБА_7 , який є заявником вчинення злочину по даному кримінальному провадженню, вони в тій чи іншій формі пов'язані із здійсненням господарської діяльності ТОВ «Старквуд», яка була іншим учасником тендерних закупівель вугілля для шкіл Кагарлицького району Київської області, та господарської діяльності ТОВ «Ф`южен-У», ТОВ «Станфорд Груп», ТОВ «Ф`южен ЛТД», ПП «Компанія Енерджи», ПП «Торговельна компанія «Енергія». Тобто існують обставини, які викликають сумнів у його неупередженості та особистій заінтересованості в результатах кримінального провадження, які не були спростовані прокурором в судовому засіданні. [62]»

З огляду на вищезазначені обставини, враховуючи положення ст. 17 КПК України, суд своєю ухвалою визнав докази очевидно недопустимими.

Отже, висвітливши порядок визнання фактичних даних очевидно недопустимими як доказів у кримінальному процесуальному праві України, вважаємо за доцільне перейти до висновків до розділу 3 магістерської (дипломної) роботи.

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 3

Проаналізувавши загальний порядок визнання фактичних даних очевидно недопустимими як доказів у кримінальному процесуальному праві України наряду з порядком визнання фактичних даних очевидно недопустимими як доказів (диференційованим порядком) у кримінальному процесуальному праві України, дослідивши судову практику з цього питання, кримінальну процесуальну доктрину, зазначимо, що аналізоване питання очевидно містить певні правові проблеми, які мають бути вирішені законодавцем.

Так, серйозною правовою проблемою є, зокрема, відсутність визначення поняття «очевидно недопустимого доказу» у КПК України. Інтеграція такого поняття у КПК України сприятиме більш чіткому розумінню правової категорії «очевидно недопустимого доказу», що матиме своє безумовне позитивне відображення у правозастосовній практиці.

Також, нами висвітлена проблема порядку визнання фактичних даних очевидно недопустимими як доказів, яка виявлена нами крізь призму актуальної судової практики. Зазначу, що нами запропоновані зміни, які б на нашу думку сприяли підвищенню ефективності доказового аспекту кримінального процесу.

ВИСНОВКИ

Визнання фактичних даних недопустимими як доказів, безсумнівно, є одним з центральних елементів кримінального процесуального права України. З аналізу законодавства, доктрини кримінального процесу, а також актуальної судової практики вбачається, що інститут визнання фактичних даних недопустимими як доказів є невід'ємним елементом сьогоденного кримінального процесуального права з огляду на його важливість в аспекті забезпечення прав і основоположних свобод людини, яка притягається до кримінальної відповідальності, також він сприяє реалізації фундаментальних положень, закріплених у ст. 2 КПК України.

Нами детально висвітлено поняття теоретико-правової категорії «доказу» та «допустимості доказу», що в подальшому допомогло нам коректно визначити й саму правову природу інституту недопустимості фактичних даних як доказів.

Проаналізувавши історичний аспект виникнення та розвитку інституту визнання фактичних даних недопустимим як докази, ми прийшли до висновку, що динаміка розвитку кримінального процесуального права сприяє більш якісному розвитку цього інституту, який успішно застосовується для компенсації надмірного інквізиційного контексту та обвинувального ухилу під час реалізації завдань кримінального процесу, що є важливим чинником в аспекті сучасного розвитку сфери кримінального процесу.

Досліджуючи доктринальні та законодавчі тенденції визнання фактичних даних недопустимими як доказів, ми прийшли до висновку, що системний аналіз актуальних положень КПК України, дає підстави вважати, що кримінальний процесуальний закон надає право визнавати фактичні дані недопустимими як докази в рамках кримінального провадження виключно одному суб'єкту – суду, адже зазначений підхід відповідає змагальній моделі кримінального процесу та принципу рівності, коли сторони можуть надавати суду будь-які відомості на підтвердження власної позиції.

Також, нами проаналізовано та відображено регламентацію та практичну реалізацію інституту визнання фактичних даних недопустимими як доказів у міжнародно-правовому аспекті та у законодавстві зарубіжних країн. Так, в контексті цієї частини дослідження, ми прийшли до висновку, що в цілому концепція визнання доказів недопустимими у різних державах має спільну правову природу, проте очевидно, варто брати до уваги унікальну специфіку, яка притаманна різним державам і правовим системам.

Аналізуючи підстави визнання фактичних даних недопустимими як докази, зокрема, крізь призму доктрини кримінального процесу, в аспекті існуючого законодавства, а також актуальної судової практики суду касаційної інстанції, ми прийшло до важливого, на нашу думку, висновку про те, що визнаючи фактичні дані недопустимими як докази варто виходити саме з істотності порушення прав і основоположних свобод людини, а не з будь-яких порушення положень процесуального закону, що саме по собі може мати негативні наслідки з точки зору правозастосування.

В подальшому нами зроблено детальне дослідження істотності порушення прав і основоположних свобод людини, як фундаментального елементу для визнання фактичних даних недопустимих як доказів. Таке дослідження реалізоване, насамперед, через відповідний аналіз підстав, закріплених у КПК України, а також актуальної судової практики Верховного Суду, низка рішень яких нами проаналізована в ході такого дослідження.

Розглядаючи порядок визнання фактичних даних недопустимими як доказів, в тому числі з огляду на їх очевидну недопустимість, ми виокремили наявні на сьогодні проблемні зони в контексті законодавчої регламентації, а також правозастосовної практики, зокрема, через відсутність поняття «очевидно недопустимого доказу» у КПК України, а також не достатньо деталізованої регламентації порядку визнання фактичних даних недопустимими як доказів, що має наслідком неоднозначні судові рішення, які зберігають тенденцію негативного впливу на кримінальне провадження.

З метою покращення положень КПК України в аспекті визнання фактичних даних недопустимими як доказів, в тому числі з огляду на їх очевидну недопустимість, нами запропоновано відповідно зміни до ст. 89 КПК України, які на нашу думку сприятимуть покращенню законодавства та судової практики з точки зору підвищення правової визначеності, як складової верховенства права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Глобенко Г. Окремі питання процесуального порядку закінчення досудового розслідування. *Право і безпека*. 2016. 2016. С. 60-64. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2016_4_13 (дата звернення: 21.12.2021);
2. В.М. Барсук, Я.П. Зейкан, О.М. Лисак. Стратегія і тактика захисника в кримінальному процесу. *Київ: Освіта України*. 2018. 528 с. (дата звернення: 15.01.2022);
3. Шумило М.Є. Поняття доказів у кримінальному процесі: пролегомени до розуміння «невловного» феномену доказового права. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 3. С. 95-104. URL: https://vkslaw.knu.ua/images/verstka/3_2015_Shumilo.pdf; (дата звернення: 25.01.2022);
4. Познышев С. В. Элементарный учебник русского уголовного процесса / С. В. Познышев. – Москва: Г. А. Леман, 1913. – 337 с.; (дата звернення: 05.02.2022);
5. Вышинский А. Я. Теория судебных доказательств в советском праве / А. Я. Вышинский. – Москва: Госюриздат, 1950. – 308 с; (дата звернення: 05.02.2022);
6. Гмирко В. П. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристика, класифікація / В. П. Гмирко. – Дніпропетровськ: Акад. митн. Служби України. – 2002. – 63 с.; (дата звернення: 08.02.2022);
7. Гмирко В. П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-реперзентація. Монографія / В. П. Гмирко. – Дніпропетровськ. Академіямитної служби України, 2010. – 314 с.; (дата звернення: 15.02.2022);
8. Панова А.В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні: монографія. Харків: *Право*, 2017. 256 с.; (дата звернення: 20.02.2022);

9. Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>; (дата звернення: 10.01.2022)
10. Тютюнник В. Очевидна недопустимість доказу як критерій здійснення окремої судової процедури визнання доказу недопустимим під час кримінального провадження. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2014. Т. 3, № 28. С. 137-140. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/6925/1/ОЧЕВИДНА%20НЕДОПУСТИМИСТЬ%20ДОКАЗУ%20ЯК%20КРИТЕРИЙ%20ЗДИЙСНЕННЯ.pdf> (дата звернення 03.04.2022);
11. Рішення Конституційного суду України від 20.11.2011 № 12-рп/2011 у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11#Text>; (дата звернення 03.04.2022);
12. Смирнова В. Класифікація підстав визнання доказів допустимими у кримінальному провадженні. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. Т. 4, 2 (23). С. 232-237. URL: http://www.pjv.nuoua.od.ua/2-4_2018/53.pdf; (дата звернення 03.04.2022);
13. Кримінально-процесуальне право України: Підручник / За заг. ред. Ю. П. Аленіна. Харків :ТОВ «Одісей», 2009. 816 с.; (дата звернення 03.04.2022)
14. Тютюнник В.В. Інститут допустимості доказів як гарантія ухвалення законного та обґрунтованого вироку суду : дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Харків, 2016. 220 с. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Tutunnik/d_Tutunnik.pdf; (дата звернення 03.04.2022);
15. Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>; (дата звернення 05.04.2022);

16. Алєнін Ю. Особливості відкриття матеріалів іншій стороні за новим КПК України: здобутки та прорахунки. *Юридичний вісник*. 2013. №4. С. 89-94. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/urid_2013_4_17; (дата звернення 07.04.2022);
17. Krzan B. Admissibility of evidence and international criminal justice. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre. 2021. Vol. 7, no. 1. URL: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi-7-Ks4tr3AhUFv4sKHe-EAcwQFnoECAwQAw&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F7879436.pdf&usg=AOvVaw34QVzvdovyjzZ4S8HsvTpC>; (дата звернення 10.04.2022);
18. Статут Міжнародного воєнного трибуналу для суда та покарання головних воєнних злочинців європейських країн осі. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_201#Text; (дата звернення 15.04.2022);
19. Римський статут міжнародного кримінального суду. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text; (дата звернення 30.04.2022);
20. Lubanga, ICC T.C. I, (ICC-01/04-01/06), Decision on the admission of material from the “bar table”, 24 June 2009, para. 37 URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_07639.PDF; (дата звернення 01.05.2022);
21. Emily Layla Ghadimi. The Test for Admissibility of Evidence at the International Criminal Court: Can the Right to a Fair Trial Co-exist with the Need to Seek the Truth? URL: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiesrXh9tr3AhWACRAIHUfBZkQFnoECAcQAQ&url=https%3A%2F%2Fscripties.uba.uva.nl%2Fdocument%2F606587&usg=AOvVaw1dqzrt2vU5NTkqFSXeckxk>; (дата звернення 03.05.2022);

22. Басай Н.М. Зарубіжний досвід визнання доказів недопустимими у кримінальному процесі. *Європейські перспективи*. 2013. № 10. С. 95-102 URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/evpe_2013_10_18; (дата звернення 07.05.2022);
23. Federal Rule of Evidence as amended to December 1, 2020. URL: <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>; (дата звернення 07.05.2022);
24. Swiss Criminal Procedure Code of 5 October 2007 (Status as of July 2021). URL: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/267/en>; (дата звернення 07.05.2022);
25. Кримінальний процесуальний кодекс Республіки Молдова. URL: https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=17324&lang=ru; (дата звернення 07.05.2022);
26. Шевчук М.І. Визнання доказів недопустимими: право суду чи його обов'язок? *Право і суспільство*. 2017. 4 (ч. 2). С. 207-215. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2017/4_2017/part_2/45.pdf; (дата звернення 07.05.2022);
27. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 01.11.1996 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96#Text>; (дата звернення 10.05.2022);
28. Постанова Об'єднаної Палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 21.02.2021 р. Справа № 754/7061/15. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/95139651>; (дата звернення 15.05.2022);
29. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 15.02.2021 р. Справа № 344/2995/15-к. URL: <https://precedent.ua/103402817>; (дата звернення 20.05.2022);
30. Паршак С.А. Деякі аспекти забезпечення прав учасників кримінального провадження під час ознайомлення з матеріалами досудового розслідування. *Наше право*. 2015. № 4. С. 126-130. URL:

- http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/1146/deyaki_aspekti_zabezpechennya_prav_uchas.pdf?sequence=2&isAllowed=y; (дата звернення 20.05.2022);
31. Case of Ruiz-Mateos v. Spain (1994). ECHR. P. 63. URL: [http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/RuizMateos%20v.%20Spain%20\[23%20Jun%201993\]%20\[EN\].pdf](http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/RuizMateos%20v.%20Spain%20[23%20Jun%201993]%20[EN].pdf); (дата звернення 20.05.2022);
32. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16.01.2019. Справа № 751/7557/15-к. URL: <https://precedent.ua/79298340>; (дата звернення 22.05.2022);
33. Наказ від 16.11.2012 р. (№ 114/1042/516/1199/936/1687/5), «Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні.» URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12#Text>; (дата звернення 22.05.2022);
34. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16.10.2019 р. Справа № 640/6847/15-к. URL: <https://precedent.ua/85174578>; (дата звернення 22.05.2022);
35. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 28.01.2020 р. Справа № 359/7742/17. URL: <https://precedent.ua/87334567>; (дата звернення 22.05.2022);
36. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 08.11.2019 р. Справа № 639/8329/14-к. URL: <https://precedent.ua/85238666>; (дата звернення 25.05.2022);
37. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 23.05.2018 р. Справа № 159/451/16-к. URL: <https://precedent.ua/74342648>; (дата звернення 25.05.2022);
38. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 23.05.2018 р. Справа № 761/19749/13-к. URL: <https://precedent.ua/93709241>; (дата звернення 25.05.2022);

39. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 01.04.2018 р. Справа № 607/15414/17-к. URL: <https://precedent.ua/88602316>; (дата звернення 27.05.2022);
40. Конвенція проти катувань та інших жорстких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводжень і покарання. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text; (дата звернення 30.05.2022);
41. Конвенція про захист прав і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text; (дата звернення 30.05.2022);
42. Case of Gäfgen v. Germany (2010). ECHR. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/Eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-99015%22\]7D](https://hudoc.echr.coe.int/Eng#%7B%22itemid%22:[%22001-99015%22]7D); (дата звернення 30.05.2022);
43. Калачова О. Оцінка доказів, отриманих із порушенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 2. С. 137-145. URL: <http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/ua/pdf/10-2016/01/kalachova.pdf>; (дата звернення 30.05.2022);
44. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Вергельский проти України» від 12.03.2009 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_460#Text; (дата звернення 01.06.2022);
45. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 27.02.2019. Справа № 0503/10653/2012. URL: <https://precedent.ua/80364063>; (дата звернення 01.06.2022);
46. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Лучанінова проти України» від 09.09.2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_788#Text; (дата звернення 08.06.2022);

47. Доповіді про правовладдя Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційська комісія), ухваленої Венеційською комісією на її 86-му пленарному засіданню. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev2-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev2-ukr); (дата звернення 08.06.2022);
48. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 20.06.2019 р. Справа № 607/12579/17-к. URL: <https://precedent.ua/82636244>; (дата звернення 10.06.2022);
49. Зейкан Я. Про недопустимості докази (методичні рекомендації для адвокатів) : Практ. посіб. Харків : Нац. асоц. адвокатів України, 2019. 128 с. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/news/advocatura/Зейкан_Про%20недопустимі%20докази.pdf; (дата звернення 10.06.2022);
50. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 22.12.2021 р. Справа № Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 20.06.2019 р. Справа № 607/12579/17-к. URL: <https://precedent.ua/102221929>; (дата звернення 10.06.2022);
51. Огляд судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду щодо недопустимості доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод (Рішення внесені до ЄДРСР за період з 2018 року по жовтень 2020 року). URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Ogljad_KKS_VS.pdf; (дата звернення 14.06.2022);
52. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Шабельник проти України» від 19.02.2009 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_457#Text; (дата звернення 14.06.2022);
53. Басай Н.М. Визнання доказів недопустимими в кримінальному процесі України: підстави, процесуальний порядок і правові наслідки: автореф.

- дис... канд. юрид. наук: 12.00.09/Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса, 2012. С. 18; (дата звернення 14.06.2022);
54. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 28.10.2021 р. Справа № 601/1143/16. URL: <https://precedent.ua/100778887>;
55. Академічний тлумачний словник українською мови (1970-1980). Том 5, 1974. – С. 830. URL: <http://sum.in.ua/s/ochevydnyj>; (дата звернення 14.06.2022);
56. Лист ВССУ «Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» від 05.10.2012 р. № 223-1446/0/4-12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1446740-12#Text>; (дата звернення 14.06.2022);
57. Ухвала Пустомитівського районного суду Львівської області від 17.02.2022 р. Справа № 450/2126/21. URL: <https://precedent.ua/103439558>; (дата звернення 14.06.2022);
58. Ухвала Таращанського районного суду Київської області від 15.02.2022 р. Справа № 379/481/21. URL: <https://precedent.ua/103312109>; (дата звернення 14.06.2022);
59. Ухвала Новоархангельського районного суду Кіровоградської області від 31.01.2022 р. Справа № 387/116/16-к. URL: <https://precedent.ua/102847148>;
60. Ухвала Малиновського районного суду м. Одеси від 03.12.2021 р. Справа № 521/19515/20. URL: <https://precedent.ua/101625756>; (дата звернення 14.06.2022);
61. Ухвала Святошинського районного суду міста Києва від 21.04.2021 р. Справа № 759/11669/19. URL: <https://precedent.ua/96435810>; (дата звернення 15.06.2022);
62. Ухвала Миронівського районного суду Київської області від 08.02.2021 р. Справа № 371/61/21. URL: <https://precedent.ua/94720466>. (дата звернення 15.06.2022);

63. Циганюк Ю. Доктрина "плодів отруйного дерева" у кримінальному процесуальному законодавстві України. *Вісник кримінального судочинства*. 2019. № 2. С. 54-67. URL: https://vkslaw.knu.ua/images/verstka/2_2019_tsyganuk.pdf;
64. І.Л Чупрікова. Допустимість доказів у світлі нового Кримінального процесуального кодексу. автореф. дис... канд. юрид. наук: 2016. С. 60.

ДОДАТКИ

Додаток 1

Судді Ленінського районного суду

м. Кіровограда

Майданнікову О.І.

Захисника обвинуваченої: Старової Інни Ігорівни

адвоката Мягкого Олексія Вікторовича

АО “ХІЛЛМОНТ ПАРТНЕРС”,

01133, м. Київ, вул. Євгена Коновальця, 36

справа № 405/3968/20

КЛОПОТАННЯ

(в порядку статті 89 КПК України)

**про визнання очевидно недопустимими доказами фактичних даних,
що містить довідка Управління Східного офісу Держаудитслужби в
Кіровоградській області від 20.03.2020**

Адвокатським об'єднанням “Хіллмонт Партнерс” на підставі договору від 08.07.2021 надається правова допомога Старовій Інні Ігорівні - захист у кримінальному провадженні, відомості про яке внесені до ЄРДР № 42019121010000034, що розглядається Ленінським районним судом м. Кіровограда.

Органом досудового розслідування Старова І.І., як директор ТОВ “ГАЗ-ОІЛ ГАРАНТ”, обвинувачується в тому, що будучи службовою особою, діючи умисно та цілеспрямовано, шляхом зловживання своїм службовим становищем, реалізуючи свій злочинний умисел, направлений на заволодіння грошовими коштами, що виділяються Управлінням освіти міської ради міста Кропивницького на закупівлю природного газу за рахунок завищеної вартості фактично спожитого природного газу, відповідно до актів приймання-передачі природного

газу, а саме відомостей щодо кінцевої ціни природного газу спожитого Управлінням освіти міської ради міста Кропивницького за період з березня по грудень 2018 року, без врахування поетапного збільшення цін на природний газ, визначених сторонами у договорі № 205 та додаткових угодах від 19.03.2018, 26.03.2018, 30.03.2018, 08.05.2018, 11.06.2018, 20.06.2018, 21.08.2018, 25.09.2018, 28.09.2018, 25.10.2018 привласнила кошти місцевого бюджету відповідно до висновку судової економічної експертизи № 10 від 03.04.2020 в сумі 303 677,50 грн., чим спричинила матеріальних збитків Управлінню освіти міської ради міста Кропивницького на загальну суму 303 677,50 грн.

Наведені дії органом досудового розслідування кваліфіковані, як привласнення чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, вчинене у великих розмірах, за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 4 ст. 191 КК України.

Фактично, на виконання умов Договору від 19.02.2018 № 205 щодо постачання природного газу, укладеного між Управлінням освіти міської ради міста Кропивницький та ТОВ "ГАЗ-ОІЛ ГАРАНТ" та додатковими угодами до нього, у період з березня по листопад 2018 року ТОВ "ГАЗ-ОІЛ ГАРАНТ" поставляв Управлінню освіти міської ради міста Кропивницького природний газ, що підтверджується наявними в матеріалах справи актами приймання-передачі природного газу, які підписано уповноваженими представниками та скріплено печатками сторін, зокрема, зі сторони споживача Начальником управління Костенко Л.Д. без будь-яких зауважень щодо обсягу поставленого (спожитого) газу, вартості за одиницю товару та загальної його вартості за відповідний місяць.

А саме:

згідно з актом приймання-передачі природного газу за березень 2018 року його вартість розрахована постачальником виходячи із ціни 9 037,49 грн. за 1000 метрів кубічних;

згідно з актами приймання-передачі за квітень та травень 2018 року вартість природного газу розрахована постачальником виходячи із ціни 9 832,77 грн. за 1000 метрів кубічних;

згідно з актами приймання-передачі природного газу за червень 2018 року вартість природного газу розрахована постачальником виходячи із ціни 11 191,44 грн. . за 1000 метрів кубічних;

згідно з актом приймання-передачі природного газу за серпень 2018 року вартість природного газу розрахована постачальником виходячи із ціни 11 800,00 грн. за 1000 метрів кубічних;

згідно з актом приймання-передачі природного газу за вересень 2018 року вартість природного газу розрахована постачальником виходячи із ціни 13 700,00 грн. за 1000 метрів кубічних;

згідно з актом приймання-передачі природного газу за жовтень, листопад та грудень 2018 року вартість природного газу розрахована постачальником виходячи із ціни 14 586,00 грн. за 1000 метрів кубічних.

Отже, ТОВ “ГАЗ-ОІЛ ГАРАНТ” виконував свої зобов’язання за договорами постачання природного газу, а Управління освіти у свою чергу отримувало зазначений газ у передбачених угодами та додатковими угодами обсягах.

Очевидна недопустимість довідки, складеної спеціалістами Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області від 20.03.2020, в кримінальному провадженні відомості про яке внесені в ЄРДР 21.03.2019 № 42019121010000034 (т.4, а.с 51).

На підставі звернення слідчого СВ Кропивницького ВП ГУНП в Кіровоградській області від 03.02.2020 № 10148/117-20 (в матеріалах справи відсутнє) з урахуванням уточнених питань згідно листа від 06.03.2020 № 1984/117-20, (т. 4, а.с. 49), у зв’язку з проведенням досудового розслідування кримінального провадження, відомості про яке внесені в ЄРДР 21.03.2019 № 42019121010000034, заступником начальника відділу взаємодії з правоохоронними органами Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області Палейкіною А.М. за участі начальника відділу взаємодії з правоохоронними органами Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області Пономаренка А.М. **прийнято участь в якості залучених спеціалістів при проведенні перевірки** Управління освіти міської ради міста Кропивницького.

Перевірку проведено з 06.03.2020 по 20.03.2020 за документами, наданими слідчим з питання, поставленого слідчим:

“Чи відповідає вартість, зазначена в актах приймання-передачі природного газу, поставленого відповідно до укладеного між

Управлінням освіти міста Кропивницького та ТОВ “ГАЗ-ОІЛ ГАРАНТ” договору № 205 від 19.02.2018 та додатковими угодами та сумі перерахованих грошових коштів? Якщо ні, то яка сума збитків понесена Управлінням освіти міської ради міста Кропивницький?”

За результатами розгляду листа слідчого спеціалістами Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області на адресу СВ Кропивницького ВП ГУ НП в Кіровоградській області направлена довідка від 20.03.2020.

Відповідно до ст. 2 КПК України завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

Одними з основних засад кримінального судочинства є верховенство права, законність, рівність перед законом і судом (ст. 7 КПК України).

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

Положенням ч. 1 ст. 86 КПК України встановлено, що доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. З аналізу цього положення КПК України випливає, що будь-який доказ, який отримано з порушенням відповідного порядку, встановленого КПК України – є недопустимим.

Відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК України, недопустимими є також докази, що були отримані після початку кримінального провадження шляхом реалізації органами досудового розслідування чи прокуратури

своїх повноважень, не передбачених цим Кодексом, для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень.

Системний аналіз ст. 89 КПК дозволяє дійти висновку, що законодавець ознаки недопустимості доказів поділяє на очевидні та неочевидні. Залежно від цього визначається момент прийняття рішення щодо недопустимості доказів, який окреслений межами судового розгляду. Очевидно недопустимими є ті докази, про недопустимість яких прямо вказується в КПК. Це означає, що очевидно недопустимим є доказ, будь-яке порушення процедури отримання якого, згідно положень КПК України, є безумовною підставою визнання його недопустимим.

Визначення поняття “очевидності” в аспекті недопустимості доказів КПК України не містить і вирішення даного питання відноситься до дискреційних повноважень суду.

Разом з тим, Словник української мови визначає, **ОЧЕВІДНИЙ**, як:

1. Дуже помітний; неприхований. *Можна ж було сісти десь в іншому кутку, приховати бодай не себе, а хоча б усім очевидне зацікавлення тою жінкою* (Ле, Міжгір'я, 1953, 17).
2. Безсумнівний, безперечний. *Ти його потіш од мене, бо се ж очевидна несправедливість* (Коцюб., III, 1956, 421); *Він взявся пояснювати, що вони нічого поганого не зробили і марно турбували себе.. подорожні, бо тут, мовляв, очевидне непорозуміння* (Смолич, I, 1958, 53)².

Існують також умовно недопустимі докази, допустимість чи недопустимість яких визначається судом у кожному конкретному випадку в залежності від встановлених обставин кримінального провадження. Саме тому, процесуальну конструкцію “очевидна недопустимість доказу”, слід розглядати крізь призму положень інституту доказового права у його нерозривному зв'язку з кримінально-процесуальними правовідносинами.

Аналогічна позиція викладена Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ у інформаційному листі № 223-1446/0/4-12 від 05.10.2012 “Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України”, де зазначено, що

² [Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. — К.: Наукова думка, 1970—1980. — Т. 5. — С. 830.](#)

відомості, матеріали та інші фактичні дані, отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним законом порядку чи з його порушенням, є очевидно недопустимими, а це відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате.

Крім того, відповідно до рішення Конституційного Суду України № 12 рп/2011 від 20 жовтня 2011 року, визнаватися допустимими і використовуватися як докази в кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі та ухвалення законного і справедливого рішення у справі.

Відповідно до п. 27-28 Постанови Кабінету Міністрів України “Про затвердження порядку проведення інспектування Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами” № 550 від 20.04.2006 (далі Порядок) за зверненням правоохоронного органу органи державного фінансового контролю в межах своєї компетенції проводять планові та позапланові виїзні ревізії за місцезнаходженням об'єкта контролю.

У разі ненадання правоохоронним органом рішення суду про проведення позапланової виїзної ревізії, але за наявності у зверненні правоохоронного органу фактів, що свідчать про порушення вимог законів, контроль за дотриманням яких віднесено до компетенції органу державного фінансового контролю, можливе включення ревізії об'єкта контролю до плану проведення заходів державного фінансового контролю на наступний плановий період за умови, що така установа не ревізувалася органами державного фінансового контролю у плановому порядку протягом поточного календарного року.

Звернення правоохоронного органу розглядається органом державного фінансового контролю, **якщо воно підписане керівником правоохоронного органу чи його заступником.**

Якщо зазначені дані викладені в рішенні суду про надання дозволу на проведення ревізії, допускається їх відсутність у зверненні правоохоронного органу, до якого додається таке рішення.

Рішення щодо включення ревізії об'єкта контролю за зверненням правоохоронного органу до плану проведення заходів державного фінансового контролю приймається керівником органу державного фінансового контролю.

Згідно з п. 35 Порядку, **результати ревізії оформляються актом**, який складається на паперовому носії державною мовою і повинен мати наскрізну нумерацію сторінок. На першому аркуші акта ревізії, який оформляється на бланку органу державного фінансового контролю, зазначається назва документа (акт), дата і номер, місце складення (назва міста, села чи селища).

Відтак очевидно, що залучення спеціаліста до проведення перевірки слідчим Порядком не передбачено. Довідка складена спеціалістами

Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області від 20.03.2020 не є актом ревізії чи актом перевірки уповноваженого органу державного фінансового контролю.

Відповідно до ч. 2 ст. 93 КПК України сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, регламентованих цим Кодексом.

Тобто, таких способів збирання доказів стороною обвинувачення, як проведення перевірки із зверненням до органу фінансового контролю щодо залучення спеціаліста і призначення позапланової ревізії КПК України не передбачає.

Зазначена правова проблема знайшла своє беззаперечне вирішення в судовій практиці Верховного Суду.

У Постанові Верховного Суду від 17.09.2019 (справа № 243/2194/18) у ситуації залучення спеціаліста Управління Східного офісу Держаудитслужби в Донецькій області на підставі листа слідчого управління ГУНП в Донецькій області та складення довідки від 03.08.2017 про перевірку окремих питань фінансово-господарської діяльності, під час чого встановлено збитки на конкретну суму, також убачалися порушення. Суд першої інстанції дійшов висновку, що прокурор і слідчий не мають повноважень призначати ревізії та перевірки, а КПК не передбачено право або обов'язок спеціаліста встановлювати дотримання або порушення окремих питань фінансово-господарської діяльності шляхом проведення перевірки з питань, які відповідно до ч. 1, п. 1 ч. 5 ст. 69 КПК України можуть бути предметом експертного дослідження. Зазначений доказ, отриманий унаслідок такої не передбаченої КПК України перевірки чи ревізії, згідно з положенням п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК України, є недопустимим.

Так, зазначену довідку суд визнав недопустимим джерелом доказів через отримання її в порядку, не передбаченому КПК України.

У Постанові від 23.09.2021 по справі № 234/8803/18, Верховний Суд у складі Касаційного кримінального суду вирішуючи питання щодо правомірності використання актів перевірок суб'єкта господарювання ПАТ

“Донецькоблгаз” та його структурних підрозділів ГУ Держпраці в Донецькій області, зазначив, що використання виразу “витребування та отримання” у ч. 2 ст. 93 КПК передбачає повноваження використовувати як докази висновки ревізій і актів перевірок (як і будь-які інші документи), що існують незалежно від кримінального розслідування. Процесуальний закон чітко відрізняє документи, створені в межах кримінального провадження, від документів, походження яких не залежить від кримінального провадження, і підпорядковує ці два типи документів різному правовому режиму.

Отже, кримінальний процесуальний закон не передбачає можливості збирання слідчим у кримінальному провадженні доказів шляхом призначення перевірки із залученням спеціалістів ані слідчими суддями, ані прокурорами, ані слідчими. Дії слідчого із збирання доказів шляхом проведення перевірок із залученням спеціалістів є реалізацією повноважень не передбачених КПК України. Результати таких перевірок, призначених у межах розслідування кримінального провадження є недопустимими доказами з підстав, передбачених п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК України і відповідно до ч. 2 ст. 86 КПК України є незаконним використанні їх судом під час ухвалення рішень у межах кримінального провадження.

Залучення слідчим спеціаліста Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області з метою проведення перевірки у кримінальному провадженні, виходить за межі повноважень слідчого та суперечить завданням спеціалістів, які передбачені чинним КПК України.

Положенням ч. 1 ст. 71 КПК України встановлено, що спеціалістом у кримінальному провадженні є особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками і може надавати консультації та висновки під час досудового розслідування і судового розгляду з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок.

Згідно з положенням ч. 2 ст. 71 КПК України спеціаліст може бути залучений для надання безпосередньої технічної допомоги (фотографування, складення схем, планів, креслень, відбір зразків для проведення експертизи тощо) сторонами кримінального провадження під час досудового розслідування і судом під час судового розгляду, а також для надання висновків у випадках, передбачених пунктом 7 частини четвертої цієї статті (для надання висновків при розслідуванні кримінальних проступків).

Зважаючи на вимоги ч. 2 п. 6 ст. 242 КПК України, вирішення питань щодо наявності та розміру завданих потерпілій особі збитків належить до виключної компетенції експерта при проведенні судово-економічної експертизи, що також впливає з положень ст. 69 КПК України.

Отже, залучення слідчим у цьому кримінальному провадженні спеціалістів Держаудитслужби до проведення перевірки з поставленням питання встановлення розміру ймовірних збитків, нанесених внаслідок

необґрунтованого перерахування коштів Управлінням освіти міської ради міста Кропивницького за договором постачання природного газу № 205 від 19.02.2018, укладеного з ТОВ “ГАЗ-ОІЛ ГАРАНТ” є реалізацією слідчим своїх повноважень, не передбачених цим Кодексом, для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень, тобто обставиною, передбаченою п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК України, яка тягне недопустимість отриманих доказів.

Наведене призвело до виконання залученими спеціалістами завдання слідчого із вирішення питань, які належать до компетенції експерта при проведенні судово-економічної експертизи та не відноситься до повноважень спеціалістів у кримінальному провадженні.

Крім того, незаконною є сама перевірка до якої залучені спеціалісти на підставі звернення слідчого СВ Кропивницького ВП ГУНП в Кіровоградській області від 03.02.2020 № 10148/117-20 з урахуванням уточнених питань згідно листа від 06.03.2020 № 1984/117-20, оскільки чинний КПК України не передбачає права слідчого збирати докази шляхом проведення перевірок.

Вищезазначені порушення вимог КПК України допущені слідчим при проведенні досудового розслідування кримінального провадження, а саме при залученні спеціалістів і, як наслідок, складання спеціалістами довідки, у непередбачений законом спосіб, поза межами повноважень є безсумнівними та беззаперечними, відтак очевидним, тому не потребують перевірки фактичних даних, які містить довідка спеціалістів Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області від 20.03.2020, складена в межах кримінального провадження № 42019121010000034 у сукупності з іншими доказами, і дає підстави встановити очевидну недопустимість доказу під час судового розгляду та визнати цей доказ недопустимим.

Аналізуючи викладене, враховуючи висновки Верховного Суду, фактичні дані, які містить довідка Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області 20.03.2020 є очевидно недопустимими доказами, а відтак, керуючись статтями 69, 71, 84, 86, 89 КПК України,

ПРОШУ СУД:

визнати очевидно недопустимими доказами фактичні дані, які містить довідка спеціалістів Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області від 20.03.2020, що складена на підставі звернення слідчого СВ Кропивницького ВП ГУНП в Кіровоградській області Спориша А.Ю. від 03.02.2020 № 10148/117-20 з урахуванням уточнених питань згідно листа від 06.03.2020 № 1984/117-20 в межах кримінального провадження № 42019121010000034 (т.4, а.с. 51-57).

04 листопада 2021 року

Захисник обвинуваченої Старової І.І.

адвокат

Олексій Мягкий