

**МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ВНУТРІШНІХ СПРАВ**

На правах рукопису

ОСЕТРОВА ОЛЕНА СТАНІСЛАВІВНА

УДК 343.977

**ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика;
судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність

**Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата
юридичних наук**

Науковий керівник
Таран Олена Вікторівна,
доктор юридичних наук,
старший науковий співробітник

Київ – 2016

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ.....	3
ВСТУП.....	4
РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ДОСЛІДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ НЕДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....	12
1.1. Історія становлення та розвитку інституту недопустимості доказів. Сучасний стан наукового дослідження проблеми.....	12
1.2. Поняття та зміст інституту недопустимості доказів у кримінальному провадженні.....	33
1.3. Критерії недопустимості доказів у кримінальному провадженні.....	52
Висновки до розділу 1.....	64
РОЗДІЛ 2. ПІДСТАВИ ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....	68
2.1. Істотні порушення прав і свобод людини як підстава визнання доказів недопустимими.....	68
2.2. Порушення під час проведення процесуальних дій як підстава для визнання доказів недопустимими.....	78
2.3. Провокація вчинення злочину як підстава визнання доказів недопустимими.....	109
Висновки до розділу 2.....	126
РОЗДІЛ 3. ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН.....	131
3.1. Підстави, умови та процесуальний порядок визнання доказів недопустимими за кримінальним процесуальним законодавством країн Європи, США та Великобританії.....	131
3.2. Процесуальний порядок визнання доказів недопустимими за законодавством інших країн.....	150
3.3. Визнання недопустимими доказів, отриманих унаслідок істотного порушення прав і свобод людини у правових позиціях ЄСПЛ.....	158
Висновки до розділу 3.....	173
ВИСНОВКИ.....	177
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	181
ДОДАТКИ.....	204

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ППВСУ	Постанова Пленуму Верховного суду України
КПК	Кримінальний процесуальний кодекс, Кримінально-процесуальний кодекс
Конвенція	Конвенція з прав людини і основоположних свобод
ЄСПЛ	Європейський суду з прав людини
СРСР	Союз Радянських Соціалістичних Республік
ООН	Організація Об'єднаних Націй
УРФСР	Українська Радянська Соціалістична Республіка
КК	Кримінальний кодекс
КУ	Конституція України
ЄРДР	Єдиний реєстр досудових розслідувань
РБ	Республіка Білорусь
СВ	слідчий відділ
РВ	районний відділ
КЗпП	Кодекс законів про працю
СБУ	Служба безпеки України

ВСТУП

Актуальність теми. Із прийняттям Кримінального процесуального кодексу (КПК) України розпочався новий етап розвитку національної правової системи. Прогресивні демократичні перетворення знайшли закріплення в головному завданні кримінального судочинства – захисті особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охороні прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження.

Для забезпечення виконання цього завдання запроваджено низку дієвих механізмів, що є результатом багаторічної роботи вчених та враховують міжнародні стандарти в галузі кримінального процесу. Однією з найбільш значущих новел КПК України вважається інститут недопустимості доказів. Його призначення – контроль над ступенем втручання у сферу прав і свобод осіб, які залучаються до кримінального провадження, у межах суворо регламентованих дій уповноважених органів і посадових осіб.

Питанням практичної реалізації інституту недопустимості доказів приділено значну увагу в роз'ясненнях, узагальненнях, інформаційних листах судових інстанцій протягом 2012–2016 рр., зокрема щодо обов'язковості дотримання положень КПК України, які регламентують підстави та порядок визнання доказів недопустимими, процесуальних наслідків відповідних порушень, дотримання вимог щодо створення необхідних умов для реалізації процесуальних прав сторонами, шляхів вирішення виявлених порушень.

Посилення ролі інституту недопустимості доказів у кримінальному процесі та його новизна призвели до виникнення низки теоретичних та практичних проблем правозастосування. За результатами проведених опитувань слідчих, прокурорів і суддів встановлено, що основні складності пов'язані із законодавчою невизначеністю процедури визнання доказів недопустимими на стадії досудового розслідування (55 %), повноважень слідчого та прокурора щодо прийняття процесуального рішення про недопустимість доказів (48 %), критеріїв їх недопустимості (68 %), а також

правил оцінювання доказів, отриманих із процесуальними порушеннями (63 %).

Основу дослідження інституту недопустимості доказів становлять праці вітчизняних і зарубіжних учених у галузі теорії кримінального процесу, доказового права, зокрема Г. П. Власової, В. І. Галагана, Ю. М. Грошевого, В. С. Зеленецького, А. В. Іщенка, Є. Г. Коваленка, Г. К. Кожевнікова, В. О. Коновалової, В. С. Кузьмічова, В. К. Лисиченка, Л. М. Лобойка, В. Г. Лукашевича, Є. Д. Лук'янчикова, А. О. Ляша, В. Т. Маляренка, М. М. Михеєнка, О. Р. Михайленка, В. Т. Нора, Д. П. Письменного, М. А. Погорецького, З. Д. Смітєнко, С. М. Стахівського, О. Ю. Татарова, В. М. Тертишника, Л. Д. Удалової, В. П. Шибіка, М. Є. Шумила, О. Г. Яновської та ін.

Окремі питання щодо визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні розглядали А. Ю. Арченко, О. В. Астапенко, Н. М. Басай, В. В. Вапнярчук, А. П. Запотоцький, В. В. Золотих, А. А. Зубарев, О. В. Капліна, Л. А. Кірмач, О. П. Кучинська, В. О. Лазарева, Т. В. Лукашкіна, П. А. Лупинська, В. І. Маринів, В. М. Савицький, О. В. Таран, А. Ю. Шаркова, А. В. Шевчишен та ін.

Науковий та практичний інтерес становлять також дослідження інституту недопустимості доказів в інших галузях права, у яких процесуальний порядок та наслідки визнання доказів визначено недопустимими з урахуванням відповідної правозастосовної практики. Концептуальні ідеї щодо проблем недопустимості доказів в аспекті виконання завдань цивільного судочинства запропонували М. І. Балюк, В. В. Комаров, Д. Д. Луспеник, М. К. Треушніков, Є. О. Харитонов. У господарському процесуальному праві питання доказування, зокрема й недопустимості доказів, розглядали В. В. Бабенко, Л. М. Ніколенко, Т. В. Степанова.

Незважаючи на внесок зазначених науковців у дослідження цієї проблематики, нині залишається невирішеною низка важливих теоретичних і практичних проблем інституту недопустимості доказів з необхідністю

розроблення рекомендацій і пропозицій правового, організаційного та прикладного характеру. Викладене дає підстави для визначення обраної теми дослідження як актуальної, свідчить про її науково-теоретичну та практичну значимість.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Напрямок дослідження узгоджується з положеннями Стратегії національної безпеки України (Указ Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015), Концепції реалізації державної політики у сфері профілактики правопорушень на період до 2015 р. (розпорядження Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2011 р. № 1209-р), відповідає Пріоритетним напрямкам наукового забезпечення діяльності органів внутрішніх справ України на період 2015–2019 років (наказ МВС України від 16 березня 2015 р. № 275), Основним напрямкам наукових досліджень Національної академії внутрішніх справ на 2014–2017 рр., схвалених вченою радою НАВС (протокол від 29 жовтня 2013 р. № 28). Тему дисертації затверджено вченою радою Національної академії внутрішніх справ 26 листопада 2013 р. (протокол № 31) та включено до Переліку тем дисертаційних досліджень Національної академії правових наук України (реєстр. № 1345, 2013 р.).

Мета і задачі дослідження. *Метою* роботи є розроблення на основі теоретичних положень, пов'язаних із визначенням правового змісту інституту недопустимості доказів, науково обґрунтованих пропозицій і рекомендацій, спрямованих на вдосконалення законодавства та правозастосовної практики щодо визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні.

Для досягнення зазначеної мети було поставлено такі *задачі*:

- висвітлити історіографію становлення та розвитку інституту недопустимості доказів, охарактеризувати сучасний стан наукового дослідження цієї проблеми;
- визначити поняття та зміст інституту недопустимості доказів;
- з'ясувати та конкретизувати критерії недопустимості доказів;

- визначити сутність і зміст порушення прав людини й основоположних свобод як підстави для визнання доказів недопустимими;
- охарактеризувати особливості визнання доказів недопустимими в разі порушень при проведенні процесуальних дій;
- розкрити зміст кримінального процесуального поняття провокації вчинення злочину як підстави визнання доказу недопустимим;
- висвітлити основні положення регламентації та реалізації інституту недопустимості доказів у кримінальному процесуальному законодавстві та правозастосовній практиці зарубіжних країн;
- узагальнити правові позиції Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) щодо визнання доказів недопустимими, визначити та охарактеризувати підстави таких рішень.
- розробити рекомендації щодо удосконалення законодавства та практики його застосування у контексті предмета дослідження.

Об'єкт дослідження – процесуальні відносини, що виникають між учасниками кримінального провадження у зв'язку із застосуванням правових норм, що стосуються визнання доказів недопустимими.

Предмет дослідження – визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні.

Методи дослідження. Вибір методів дослідження зумовлений необхідністю вирішення різних задач, зокрема: *діалектичний метод* застосовано для дослідження цілей і завдань кримінального судочинства з позицій цілісності явища та взаємного зв'язку його окремих елементів (розділи 1–3); *метод системного аналізу* – для аналізу фундаментальних положень сучасної теорії кримінального процесу, законодавчих та нормативних актів, наукових праць вітчизняних і зарубіжних учених (розділи 1, 2; підрозділ 2.1); *історико-правовий метод* – для визначення еволюції становлення та розвитку інституту недопустимості доказів (підрозділ 1.1); *догматичний метод* – для тлумачення юридичних категорій, поглиблення й уточнення понятійного апарату (підрозділи 1.1, 1.2, 2.1, 2.2,

2.3); *формально-юридичний метод* – для порівняння положень Кримінально-процесуального кодексу 1960 р. та КПК України щодо регулювання питань недопустимості доказів, обґрунтування пропозицій та висновків стосовно вдосконалення законодавства (підрозділи 1.1, 1.2); *порівняльно-правовий метод* – для аналізу й порівняння національного та зарубіжного кримінального процесуального законодавства (розділ 3); *соціологічні методи* – для з'ясування експертної думки слідчих, прокурорів та суддів (розділи 1–3); *статистичний метод* – для узагальнення результатів вивчення кримінальних проваджень (підрозділи 1.2, 1.3, 2.1, 2.2, 2.3).

Емпіричну базу дослідження становлять результати вивчення 517 кримінальних проваджень, у яких докази визнавались недопустимими; зведені дані опитування 176 слідчих органів внутрішніх справ (Національної поліції), 83 прокурорів, 26 суддів (Київська, Харківська, Дніпропетровська, Вінницька області); узагальнена статистична звітність про стан злочинності та результати роботи правоохоронних органів за 2012–2015 рр.; аналітичні матеріали та роз'яснення Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. При підготовці роботи використано власний досвід практичної роботи дисертанта в органах досудового розслідування.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що робота є одним із перших в Україні монографічних досліджень інституту недопустимості доказів з урахуванням сучасного стану кримінального процесуального законодавства, правозастосовної практики України, а також правових позицій ЄСПЛ. У дисертації обґрунтовано наукові положення та висновки, що мають теоретичне значення, зокрема:

вперше:

– визначено перелік та обґрунтовано необхідність законодавчого закріплення критеріїв недопустимості доказів, до яких належать: неналежне джерело відомостей та відсутність можливості перевірки походження фактичної інформації; порушення процесуальної форми; неналежний суб'єкт

доказування; неналежна процесуальна дія; отримання доказів за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами; порушення гарантованих Конституцією України прав людини й громадянина, отримання доказів із застосуванням насильства, погроз, знущання над особистістю, із застосуванням інших незаконних дій; здогадки і припущення; докази, отримані на підставі недопустимих; докази, зібрані з метою створення негативного враження про правопорушника; провокація вчинення злочину;

– сформульовано кримінальну процесуальну дефініцію та виокремлено ознаки провокації вчинення злочину як підстави визнання доказів недопустимими; провокацію визначено як умисні односторонні активні дії особи (провокатора), спрямовані на втягнення особи, яку провокують, у вчинення злочину, та яка не має умислу до вчинення злочину з метою викриття останньої. До ознак провокації належать: порушення порядку підстав проведення негласної слідчої (розшукової) дії; відсутність доказів щодо наміру особи вчинити злочин; зовнішній вплив на особу під час прийняття рішення про вчинення певної дії, що спонукає до вчинення злочину; відсутність документів, що підтверджують ступінь участі працівників правоохоронних органів у вчиненні злочину, ймовірність його вчинення без їх втручання та схильність особи до вчинення злочину;

– запропоновано критерії співвідношення істотних і неістотних процесуальних порушень та оцінювання їх впливу на визнання доказів недопустимими: істотні – призводять до визнання доказу недопустимим; неістотні (незначні, формальні) – не впливають на зміст і достовірність доказової інформації, не позначилися на дотриманні прав людини;

удосконалено:

– поняття допустимості та недопустимості доказів у кримінальному процесі, що мають спільний предмет, складові, критерії, виконують одні й ті самі функції, а відмінність між ними полягає в позитивному та негативному значенні. Допустимість має позитивне значення і дотримання її критеріїв означає придатність доказу для використання. Недопустимість означає

недотримання тих самих критеріїв, що призводить до непридатності доказу для використання в доказуванні;

- науково-теоретичні положення про безумовні ознаки недопустимості доказів, до яких належать істотні порушення гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, прав та свобод людини;

- наукове бачення правових засад діяльності суб'єктів кримінального провадження щодо реалізації інституту недопустимості доказів стосовно регламентації їх прав й обов'язків, а також процесуального порядку визнання доказів недопустимими;

- положення щодо розгляду анонімних заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення з обґрунтуванням неможливості використання відповідних фактичних даних у доказуванні;

дістало подальший розвиток:

- наукові положення, що характеризують становлення і розвиток інституту недопустимості доказів з виокремленням періодів трансформування доктринальних підходів щодо розуміння цього інституту;

- обґрунтування положень, що стосуються використання досвіду правотворчості та правозастосовної практики інших країн у національному законодавстві, у частині правової регламентації та процесуального порядку визнання доказів недопустимими;

- процесуальна форма визнання доказів недопустимими з урахуванням відповідних законодавчо закріплених підстав і критеріїв.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що запропоновані теоретичні положення, висновки і пропозиції впроваджено та може бути використано у:

- *законотворчій діяльності* – при внесенні змін і доповнень до КПК України, що стосуються визначення критеріїв недопустимості доказів, регламентації повноважень слідчого, прокурора щодо оцінки доказів, процесуального порядку та наслідків визнання доказів недопустимими

(довідка Інституту законодавства Верховної Ради України від 3 серпня 2015 р.);

– *практичній діяльності органів досудового розслідування* – для безпосереднього використання розроблених рекомендацій у роботі слідчих підрозділів Національної поліції (акт впровадження від 27 серпня 2015 р.);

– *навчальному процесі* – для підготовки лекцій, навчальних програм, тестових завдань, а також під час проведення різних видів занять з дисциплін «Кримінальний процес», «Кримінальне процесуальне доказування», «Теорія судових доказів», «Організація досудового розслідування» (акт впровадження Національної академії внутрішніх справ від 14 вересня 2015 р.).

Особистий внесок здобувача. Дисертація є самостійним авторським дослідженням. Наукові ідеї та розроблення, що належать співавтору в опублікованих тезах (авторська частка не менше 50 %), у дисертації не використовувалися.

Апробація результатів дисертації. Основні положення та висновки дисертації обговорено на міжнародних та всеукраїнських науково-практичних конференціях і семінарах, зокрема: «Проблеми сучасної юридичної науки очима молодих вчених» (м. Харків, 17 квітня 2014 р.); «Актуальні проблеми розслідування злочинів» (м. Київ, 1 липня 2014 р.); «Сучасні проблеми реформування кримінальної юстиції в Україні» (м. Київ, 28 листопада 2014 р.); «Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні» (м. Ужгород, 24-25 квітня 2015 р.); «Використання поліграфа в правоохоронній діяльності: проблеми та перспективи» (м. Київ, 7-8 листопада 2015 р.).

Публікації. Основні положення дисертаційного дослідження оприлюднено в десяти наукових публікаціях, серед яких чотири статті – у виданнях, включених МОН України до переліку наукових фахових видань з юридичних наук, одна – у зарубіжному періодичному виданні, а також п'ять – у збірниках тез наукових доповідей, оприлюднених на конференціях і семінарах.

РОЗДІЛ 1

ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ДОСЛІДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ НЕДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

1.1. Історія становлення та розвитку інституту недопустимості доказів. Сучасний стан наукового дослідження проблеми

Після прийняття КПК України у 2012 році головним завданням кримінального процесу визначено захист особи, суспільства і держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження. Виконання цього завдання безпосередньо пов'язане із забезпеченням вимог щодо якості доказів та доказування.

Тому однією з новел КПК України стало запровадження інституту недопустимості доказів. В КПК України 1960 р. були відсутні правові норми, які регламентують процесуальний порядок та підстави визнання доказів недопустимими, проте, наукова дискусія з цього питання має тривалу історію.

Вивчення спеціальної літератури засвідчило, що у різні історичні періоди значення та правова регламентація інституту недопустимості доказів були неоднаковими. Його розвиток був тісно пов'язаний та визначався соціальними, політичними та економічними умовами. Зміна класового устрою, поступова демократизація кримінального процесу та підвищення ролі прав людини сприяли його розвитку та законодавчому закріпленню.

Можна констатувати, що історія становлення інституту недопустимості доказів бере свій початок ще за часів Київської Русі. Ранньофеодальне суспільство з пережитками родоплемінних стосунків і елементами рабовласницьких відносин перебувало на початковому етапі формування інституту доказування. І хоча, у сучасному розумінні, про недопустимість доказів говорити складно, можна зазначити, що у цей час вже почали

формуватись уявлення про види доказів, вимоги до їх процесуального оформлення та порядку використання в ході судового розгляду. Відтак, це стало передумовами виникнення інституту недопустимості доказів. Початком його законодавчого формування можна вважати Статут «Коротке зображення процесів і судових тяжб» від 30 березня 1716 р., який регламентував карне законодавство в часи абсолютної монархії. У цьому документі було закріплено види доказів, їх процесуальне оформлення та порядок використання в ході судового розгляду [201, с. 415]. В правових нормах наперед визначались сила і значення доказів. Оцінка доказів носила формальний характер. Завдання слідства та суду зводилось до того, щоб зібрані докази «підігнати» під визначений законом порядок. Найвищу цінність мали зізнання, які часто отримувались шляхом катувань. Докази поділяли на повноцінні (досконалі) та неповноцінні (такі, що мали меншу силу) [173, с. 24].

Згідно ч. 2 гл. 1 ст. 6 «Короткого відображення процесів і судових тяжб» докази отримувались: 1) через особисте визнання вини; 2) за допомогою свідків; 3) через письмовий довід; 4) через присягу [201, с. 415]. Відтак, в у згаданому документі передбачено норму про недосконалі (недопустимі) докази, здійснено їх розподіл, окреслено загальні ознаки, встановлено юридичну силу окремих доказів.

Докладніше регламентовано питання недопустимості доказів у Зведенні законів Російської імперії 1832 р. Перелік досконалих доказів розширено: до зізнання обвинуваченого (ст. 1030), додано висновок медичної експертизи та особистий огляд (ст.ст. 1041-1042), свідчення двох свідків та письмові документи. Недосконалим доказом визнавалось свідчення одного свідка, обмова та позасудове зізнання обвинуваченого (ст.ст. 1050, 1037) [106].

У цей період судоустрій в Україні характеризувався становим характером – законодавство не визначало меж влади поміщика над його кріпаками, даючи можливість карати останніх на власний розсуд. Судочинство мало формальний, однобічний характер. В нормативних

документах, які регламентували порядок його здійснення, розширено перелік недосконалих доказів, що можна вважати ознакою початку формальної демократизації кримінального процесу.

У Зведенні Законів Російської імперії 1857 р. силі доказів присвячений окремий розділ (ст.ст. 304-348), в якому закріплено, що «ніхто не повинен бути засуджений до покарання без точних доказів». У законі багато уваги присвячено досконалості доказів. Згідно ст. 305 закону досконалим вважався такий доказ, який «виключає будь-яку можливість підтвердження невинуватості підсудного». Згідно ст. 306 одного досконалого доказу було достатньо для визнання засудження «безсумнівним». Згідно ст. 307, недосконалим вважався доказ, «який не виключав можливості підтвердження невинуватості підсудного» [106]. Недосконалими вважались непрямі докази, перелік яких визначено в законі та обмова одного з підсудних іншими. Непрямі докази вважались більш вагомими, якщо підсудний не міг їх спростувати. Один недосконалий доказ вини підсудного не змінював його процесуального становища. Декілька недосконалих доказів могли утворювати досконалий. Найкращим доказом вважалося визнання підсудним своєї вини (ст. 316). В такому випадку інші докази не досліджувались, і суддя мав право виносити обвинувальний вирок. Досконалим доказом також вважались: письмові документи, визнані дійсними тим, проти кого вони були подані (ст. 324); одержане на законній підставі свідчення компетентних людей (медиків), якщо воно не суперечить обставинам справи (ст. 328); показання двох невідведених підсудним «достовірних» свідків, які повністю збігаються, за умови, що підсудний їх не спростовує (ст. 329). Якщо в показаннях свідків були протиріччя, то до уваги бралися ті свідчення, які за кількістю та ймовірністю обставин, що їх висвітлюють, мають вирішальну перевагу (ст. 332). Якщо ступінь достовірності суперечливих показань збігався, перевага надавалась чоловікові перед жінкою, знатному перед незнатним, освіченому перед неосвіченим, духовному перед світським (ст. 333) [105, с. 10]. У Зведенні Законів Російської імперії визначено межі

компетенції державних органів, права і обов'язки підданих, зазначено правила судочинства в тому числі і правила доказування, що мало відповідний вплив на недопустимість доказів.

Наступним етапом становлення інституту недопустимості доказів стала судова реформа 1864 року, в результаті якої формальна оцінка доказів змінюється вільною. Принцип вільної оцінки полягає в тому, що суддя, приймаючи рішення по справі, керується своїм внутрішнім переконанням, яке сформувалося в результаті розгляду справи по суті. Це дозволило відійти від формального підходу. В. К. Случевський з цього приводу зазначив, що право і разом обов'язок суду – будувати своє внутрішнє переконання на всіх доказах, що можуть сприяти виявленню матеріальної істини [175, с. 382]. Крім того, в ході судової реформи здійснено спробу закріпити в законодавстві правила про допустимість доказів, проте фактично цього не сталося.

Укладачами Статуту кримінального судочинства 1864 року були розроблені 16 правил допустимості доказів. Згідно цих правил, власне визнання підсудним винуватості у вчиненому злочині, а також показання свідка пропонувалося визнавати недопустимими, якщо вони були отриманні шляхом насильства, погрозами, обіцянками, хитрощами і т. ін. Показання свідків пропонувалося визнавати недопустимими, якщо вони ґрунтуються лише на здогадках, припущенні або на чутках. Ще однією підставою визнання доказів недопустимими визнавалась наявність тілесних і розумових недоліків, за яких свідок не міг мати чіткого уявлення про предмет свідчення [207, с. 111].

Відтак, Статут кримінального судочинства змінив підхід до доказування взагалі і визнання доказів недопустимими (у сучасному розумінні) зокрема. Запропоновані правила допустимості доказів на той час були демократичними, за своїм змістом нагадували сучасну модель інституту недопустимості. Проте вони так і не були включені до Судових статутів. Їх

автори розраховували на напрацювання відповідних правил судовою практикою.

У Статуті кримінального судочинства були передбачені особливі випадки, в яких суд мав керуватись тільки фактами та визначеним в законі переліком документів при вирішенні питання про винуватість особи. Так, для доказування вини у злочинах про наклеп, суд допускав лише письмові докази. Сенат роз'яснив, що під поняттям письмових доказів в цьому випадку, слід розуміти листи і офіційні або неофіційні документи, що можуть мати значення доказів у кримінальній справі [207, с. 112].

Законодавець визначив перелік доказів, які можуть бути використані для встановлення віку підсудного та підозрюваного. Так, згідно ст. 413 Статуту кримінального судочинства, якщо вік обвинуваченого може мати вплив на кваліфікацію злочину або на призначення покарання, то він встановлюється за допомогою довідки з метричних книг, а у разі їх відсутності, з ревізійних відомостей або інших документів. За відсутності зазначених довідок, вік обвинуваченого визначається за допомогою освідування судовим лікарем. Метричні виписки не є для суду незаперечним доказом, який має наперед встановлену силу. Так само на практиці з'ясовується і вік потерпілого від злочину. Однак, згідно тлумачення Сенату, освідування не може замінити необхідної довідки з документів.

Згідно ст. 414 Статуту кримінального судочинства, для посвідчення судимості особи, зняття особливих заслуг та відзнак, в якості доказів допускаються довідки, що характеризують особу, отримані у відповідній установі залежно від класової належності. Так, довідки, що характеризують особу збираються: про дворян – від дворяно-депутатських зборів і повітових предводителів дворянства; про спадкових і особистих почесних громадян і купців – від станових управ; про чиновників, якщо у них немає указів про відставку, – від начальства; про осіб, які перебувають на військовій службі – від відповідних командирів [199, с. 149].

В Статуті кримінального судочинства відсутнє загальне поняття доказів, однак окреслено способи їх збирання, зокрема: огляд і освідкування (ст. 315-352); освідкування обвинуваченого, що страждав психічними розладами (ст. 353); обшук та виїмка в будинках (ст. 357-370); допит обвинуваченого (ст. 398-414); виклик і допит свідка (ст. 433-353); збирання та збереження речових доказів (ст. 371-376) [199, с. 134].

Статут кримінального судочинства не містив спеціальної норми, яка б регулювала процедуру подання доказів та суб'єктів, уповноважених здійснювати доказування. Однак процедура збирання та збереження речових доказів детально врегульована (ст.ст. 371-376) [199, с. 135]. Натомість не регламентована процедура збирання та фіксації доказів учасниками процесу. В ст. 142 зазначено, що мировий суддя вносить до протоколу все, що стосується справи. В протоколі зазначаються подані сторонами докази, приведення до присяги свідків і зміст їхніх показань, огляд, освідкування, обшук та оцінка [201, с. 415]. Отже можна зазначити, що права осіб, які є учасниками кримінального процесу поступово розширюються. Процедура збирання та фіксації доказів деталізується і посилюється контроль за її дотриманням.

Як зазначає Б. В. Віленський, з прийняттям Судових статутів, на зміну інквізиційному розшуковому процесу приходять процес змагальний, який ґрунтується на вільній оцінці доказів, розглянутих в ході гласного судового розгляду [201, с. 118].

Після подій 1917 року влада в Україні певний час залишалася у Центральній Раді, яка частково реформувала судову систему царської Росії. Проте, що стосується законодавчого врегулювання організації діяльності зі збирання та фіксації судових доказів, ніяких змін не відбулося. За часів СРСР питанню недопустимості доказів приділялася увага у теорії кримінального процесу, проте законодавчої регламентації не було, критерії недопустимості доказів напрацьовуються судовою практикою.

У 50-80-х роках минулого століття на міжнародній арені питання недопустимості доказів знаходить своє закріплення в конвенціях, деклараціях, пактах, які визначили концепцію прав людини та відобразилися в конституціях більше ніж 120 країн світу [200, с. 163]. Це стало винайальним етапом у становленні інституту допустимості доказів. В міжнародних документах закріплено перелік, зміст і допустимі обмеження прав і свобод людини. Зміст декларацій, конвенцій і пактів став міжнародним стандартом прав людини. Убачається, що саме прийняття згаданих міжнародних документів та їх ратифікація кожною з держав започаткувала та законодавчо закріпила інститут недопустимості доказів на міжнародній арені.

Основоположним документом для становлення інституту недопустимості вважається розроблена європейськими філософами епохи просвітництва Загальна декларація прав людини, прийнята 10 грудня 1948 року у Парижі, на 183 пленарному засіданні Генеральної Асамблеї ООН. Вона стала новою віхою в історії людства і включає право на життя, на свободу від катувань, тортур, свободу слова, та ін. У 1976 році цей документ був ратифікований Україною, що передбачає зобов'язання привести національне законодавство у відповідність до Загальної декларації прав людини. Цю подію можна вважати початком становлення інституту недопустимості доказів в Україні. Положення Загальної декларації прав людини були згодом відтворені в другому розділі Конституції України «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», зокрема і в частині, що стосується недопустимості доказів.

4 листопада 1950 р. Радою Європи прийнято Європейську Конвенцію з прав людини (далі Конвенція). Конвенція постановлена відповідно до Загальної декларації прав людини з метою додержання країнами-підписантами (учасниками Ради Європи) на своїх територіях прав та основоположних свобод людини. 11 липня 1997 р. Конвенцію ратифіковано Україною. В аспекті недопустимості доказів документ гарантує право на свободу та особисту недоторканність. Декларує права затриманої та

заарештованої особи, засаду розумності строків та правові наслідки їх порушення. Гарантує право на відшкодування у разі арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням Конвенції, право на справедливий суд та повагу до приватного і сімейного життя.

В 1958 році прийнято Основи кримінального судочинства СРСР і союзних республік, де визначено порядок кримінального судочинства і в Україні. Загальна декларація прав людини та Конвенція тривалий час не були відображені в кримінальному процесуальному законодавстві до моменту їх ратифікації Україною .

Тим часом на міжнародній арені активно продовжується законотворча регламентація інституту недопустимості доказів. 16 грудня 1966 р. Генеральною Асамблеєю ООН прийнято Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, який набрав чинності 3 січня 1976 р. Пакт підписаний Україною 20 березня 1968 р., ратифікований 19 жовтня 1973 р., вступив в дію 3 березня 1976 р. Він передбачає механізм розгляду повідомлень щодо порушення прав окремих осіб національними судами держави-сторони.

Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання прийнята Генеральною Асамблеєю ООН в 1984 році. В аспекті недопустимості доказів вона гарантує заборону використання як доказу будь-якої заяви, яка була зроблена під час катування. В конвенції визначено поняття «катування» та передбачено процедуру розгляду всіх актів катування.

В кримінально-процесуальному законодавстві України певна демократизація принципів кримінального процесу відбулася з прийняттям в 1960 році КПК УРСР [126]. Кодекс змінив деякі підходи до доказування, проте інститут недопустимості доказів залишився поза увагою законодавця. Протягом тривалого періоду за відсутності законодавчого закріплення інституту недопустимості доказів, критерії недопустимості напрацьовувались судовою практикою. Про це свідчать постанови Пленуму Верховного суду

України (ППВСУ) та офіційні тлумачення положень статей Конституції України Конституційним судом.

Так, у ППВСУ № 11 від 27 грудня 1985 р. «Про додержання судами України законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ», акцентувалася увага на необхідності неухильного додержання законодавства при розгляді кримінальних справ, а також додержання установлених законом процесуальних гарантій всіх учасників судового розгляду. Ця постанова мала рекомендаційний і роз'яснювальний характер.

В ППВСУ № 3 від 25 березня 1988 р. «Про застосування судами України кримінально-процесуального законодавства, що регулює повернення справ на додаткове розслідування» в п. 7 зазначено, що висновки суду щодо винуватості особи не можуть ґрунтуватися на доказах, які одержані з порушенням процесуального порядку їх збирання, а також на матеріалах попереднього слідства, не перевірених у суді [123]. Це положення законодавчо закріпило необхідність дотримання процесуальної форми. В тексті Постанови йдеться про те, що визнання обвинуваченим своєї вини має бути всебічно перевірене і може бути покладене в основу обвинувального вироку лише при підтвердженні його сукупністю інших доказів. При зміні підсудним своїх показань, даних на попередньому слідстві, суд повинен ретельно перевірити його пояснення, достовірність відомостей про явку з повинною, з'ясувати причину його відмови від попередніх показань та дати їм належну оцінку. Особливу увагу слід приділяти перевірці заяви про недозволені методи слідства та інші порушення законності, які могли потягти самообмову чи дачу інших неправдивих показань [123]. Отже, у цьому пункті постанови приводиться в дію механізм захисту прав людини шляхом визнання недопустимим тих доказів, які отримані недозволеними методами – катування, жорстоке поводження, інші.

У ППВСУ № 5 від 29 червня 1998 р. «Про виконання судами України законодавства і ППВСУ з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку» [119] йдеться про недопустимість будь-яких

відхилень від вимог закону. Зокрема, констатується, що неухильне додержання передбаченої законом процесуальної форми є необхідною умовою всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин провадження, встановлення істини і прийняття по ньому законного, обґрунтованого і справедливого рішення. Суд не визнає докази, отримані з порушеннями процесуальної форми, допустимими, не може посилається на них при прийнятті будь яких процесуальних рішень, в тому числі і обвинувачення.

У ППВСУ № 10 від 7 липня 1995 року «Про застосування законодавства, яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому, підсудному право на захист» закріплено правило щодо визнання доказу недопустимим у разі істотного порушення права на захист [120]. Так, згідно п. 3, судові рішення підлягають обов'язковому скасуванню у тих випадках, коли таке порушення позбавило чи обмежило підозрюваного, обвинуваченого, підсудного або його захисника у здійсненні цього права і перешкодило чи могло перешкодити суду всебічно, повно та об'єктивно розглянути справу і винести законне і обґрунтоване судове рішення.

Згідно п. 20 ППВСУ № 9 від 1 листопада 1996 року «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», пропонуючи підсудному дати пояснення щодо пред'явленого обвинувачення та відомих йому обставин справи, суд має одночасно роз'яснити йому, а також його дружині чи близькому родичу зміст ст. 63 Конституції України. Якщо під час проведення дізнання чи попереднього слідства підозрюваному, обвинуваченому, його дружині чи близькому родичу не роз'яснено їх права, показання зазначених осіб повинні визнаватися судом одержаними з порушенням закону, що має наслідком недопустимість їх використання як засобів доказування [122].

У Конституції України положення, які стосуються інституту недопустимості доказів були закріплені раніше, ніж у кримінальному процесуальному законодавстві. Так, ст. 55 передбачено, що кожен має право

будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних дій. Це право передбачає визнання доказів недопустимими у всіх випадках відповідних порушень[16, с. 114]. В ч. 3 ст. 62 Конституції України закріплено положення про те, що обвинувачення не може ґрунтуватись на доказах, одержаних незаконним шляхом. Тобто, докази, отримані з порушенням порядку, встановленого кримінальним процесуальним законодавством, є недопустимими.

Згідно ч. 1 ст. 63 Конституції України, особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких, коло яких визначається законом. Жоден учасник кримінального провадження не може бути примушеним і не зобов'язаний надавати органам, які проводять досудове розслідування, дані, що містять інформацію про вчинення нею чи її близькими родичами діяння, за яке встановлено будь-який із видів юридичної відповідальності, а також інформацію, яка містить таємницю особистого життя. Примушування до надання таких даних є підставою визнання доказу недопустимим.

Окремі критерії недопустимості доказів визначені також у ППВСУ № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 р., де зазначено, що докази повинні визнаватися одержаними незаконним шляхом, коли їх збирання та закріплення здійснено з порушенням гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина; з порушенням встановленого кримінально-процесуальним законодавством порядку; не уповноваженою на це особою чи органом; за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами [122]. Зі змісту постанови вбачається, що не будь-яке порушення закону зумовлює визнання доказу недопустимим. Порушення, безпосередньо пов'язане з встановленою законом формою збирання та фіксації відомостей, а також таке, яке викликає сумніви в істинності змісту отриманих фактичних даних, є підставою визнання доказу недопустимим.

Варто також зазначити про рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 р. [162], у якому йдеться про те, що обвинувачення у вчиненні злочину не може бути обґрунтоване фактичними даними, одержаними в незаконний спосіб. Під незаконним способом розуміється порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина (крім випадків, передбачених Конституцією) та порушення установлених законом порядку, засобів, джерел отримання фактичних даних, а також не уповноваженою на те особою [162]. Зі змісту документу вбачається, що збирання, перевірка та оцінка доказів можлива лише в порядку, передбаченому законом. Визнаватись допустимими і використовуватись як докази у кримінальному провадженні, можуть тільки такі фактичні дані, які одержані відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства. Фактично, безумовна недопустимість доказів при будь-якому порушенні встановленого порядку їх збирання та подальше використання в доказуванні ставиться в залежність від характеру, ступеню порушень, а також критеріїв недопустимості. Це рішення Конституційного Суду визначило проблеми законодавчої регламентації інституту недопустимості доказів.

Утім, незважаючи на напрацювання правозастосовної практики, пропозиції науковців та практиків, в незалежній Україні інститут недопустимості доказів не був законодавчо регламентований протягом тривалого часу, до прийняття КПК України 2012 року.

Наукова дискусія щодо ролі, завдання, функцій інституту недопустимості доказів бере свій початок у працях А. Ф. Коні, І. Я. Фойницького, М. М. Розіна, які обґрунтували необхідність його закріплення в законодавстві. Так, А. Ф. Коні, запропонував оцінювати допустимість в аспекті законності джерела доказів, їх змісту та психологічних властивостей і зазначив, що саме процесуальне право визнає законність вторгнення в приватне життя людини, і намагається дати їм необхідний вираз в тих випадках, де це можливо (ст.ст. 93, 704, 705 Статуту

кримінального судочинства) [72; с. 52–58]. Автор зауважує, що особливо поширеним є вплив моральних міркувань в оцінці доказів за джерелом, змістом і психологічними властивостями для власного усвідомлення. Чи дозволено з моральної точки зору користуватися тим чи іншим доказом взагалі або узятим в його конкретному вигляді, незалежно від формального дозволу закону? Чи слід взагалі користуватися щоденником підсудного, потерпілого як доказом, і якщо слід, то чи існують якісь обмеження?». Автор доходить висновку, що «щоденник дуже небезпечний, в сенсі досягнення правди, доказ. У щоденнику слід користуватися лише фактичними вказівками, відкинувши всю особисту сторону цього питання» [72; с. 52]. А. Ф. Коні піднімає питання моральності та законності використання доказів, отриманих в результаті порушення таємниці кореспонденції та права не свідчити проти себе. Він приходить до висновку, що інститут недопустимості доказів складається з процесуального та морального критеріїв, спрямованих на захист прав особи.

І. Я. Фойницький вважав, що для того, щоб усунути або, принаймні, зменшити небезпеку введення правосуддя в оману, важливо потурбуватись про те, щоб в основі судової діяльності лежали найбільш певні засоби переконання суду. Ненадійні докази можуть ввести суд до удаваної підозри і помилкових висновків. Запобіганням помилкам правосуддям пояснюється вироблення окремих родів і видів доказів, які можуть бути представлені в суді [200, с. 180]. М. М. Розін під допустимістю доказів пропонує розуміти можливість встановлення (підтвердження) будь-яких обставин, що підлягають доказуванню лише за допомогою тих доказів, які вказані в законі і використання яких прямо законом не заборонено (негативна концепція допустимості) [166, с. 394]. Він зазначив, що обставини, які підлягають доказуванню, повинні бути підтверджені лише доказами з процесуальної точки зору допустимими. Допустимість доказів зумовлюється, в першу чергу, їх надійністю і безперечністю з внутрішньої, психологічної точки зору. Рекомендується обережне залучення підозрілих доказів, наприклад, показань

зацікавлених свідків, духовно ослаблених осіб і т. ін. Низка очевидно недостовірних доказів, відхиляється самим законом. Такими є, наприклад, показання душевнохворих. З іншого боку, допустимість доказу може обмежуватися міркуваннями, що перебувають поза процесом і полягають в збереженні державою різних питань, які вважаються більш важливими, ніж допущення до справи того чи іншого доказу. До цієї групи недопустимих доказів належать показання осіб, на яких державою покладено обов'язок професійної таємниці: священників – щодо зізнання у вчиненні злочину, зробленого під час сповіді; повірених та захисників обвинувачених – щодо зізнання, зробленого підзахисним під час провадження по справі, т. ін. [166, с. 179].

Надалі, у теорії кримінального процесу питанню інституту недопустимості доказів почала приділятися помітна увага лише в кінці XIX – початку XX століть. Це мало певний вплив на тогочасну судову практику та збагатило теорію кримінального процесу дослідженнями відповідного напрямку. Наприкінці XX століття М. К. Треушніков писав про відсутність в кримінально-процесуальному праві спеціальної норми, яка регулює допустимість доказів. Ні в одній нормі кримінального процесуального закону поняття допустимості доказів не надається і цей термін не вживається [2; с. 103]. Притаманним для наукової дискусії було те, що вона здебільшого присвячена антиподу недопустимості доказу – допустимості. Науковці працювали над визначенням поняття та розробленням критеріїв допустимості, не приділяючи значної уваги саме недопустимості доказів.

Зважаючи на те, що допустимість і недопустимість мають спільний предмет, ознаки і відрізняються лише позитивним та негативним значенням, науковий та практичний інтерес для дослідження становлять обидва ці поняття.

М. С. Строгович зазначає, що допустимість – це здатність доказу, як джерела відомостей про факт, бути засобом встановлення цього факту та поділяє правила допустимості доказів на ті, які мають позитивний та

негативний характер. При цьому він визначає, що умовою допустимості є відповідність джерела відомостей певним умовам, втілення цих джерел в певній процесуальній формі, передбаченій законом [181, с. 392–393].

С. А. Шейфер вважає, що допустимість доказу – це його якість, пов'язана з належною процесуальною формою. Доказами у справі є фактичні дані, втілені в належній процесуальній формі [206, с. 34]. На думку С. А. Шейфера, все, що в теорії кримінального процесу називається джерелами (видами) доказів або засобами доказування, і є процесуальною формою, в якій може бути втілена і зафіксована доказова інформація, отримана органами розслідування або судом у процесі збирання доказів. Причому сама ця форма визначається особливостями викладеної в ній інформації і способами її отримання [206; с. 35].

О. С. Степанов вважає, що, значення допустимості полягає у тому, що за допомогою неї виключаються із системи кримінально-процесуального судочинства докази, вірогідність яких виявити неможливо. Допустимість відіграє роль бар'єра, що перешкоджає проникненню в систему доказування даних, які фактично не є доказами [179, с. 51]. Він обґрунтував положення про те, що допустимими в кримінальному процесі можуть бути документи адміністративної юрисдикції. Однак, це можливо за умови, якщо вони з самого початку оформлені у відповідності з кодексом про адміністративні правопорушення та кодексом про адміністративне судочинство України. О. С. Степанов визначив критерії недопустимості доказів, процедуру визнання їх недопустимими, а також положення щодо підстав недопустимості доказів у кримінальному процесі [179, с. 7].

С. М. Стахівський запропонував визначення поняття допустимості доказів та підстави визнання доказів недопустимими [178, с. 23]. На його думку, поняття допустимості доказів в кримінально-процесуальній науці справедливо розглядається як одне з вихідних положень теорії судових доказів. Правильне розкриття цього поняття має важливе теоретичне і практичне значення. Воно істотно впливає на весь хід доказування: збирання,

перевірку та оцінку доказів, захист прав та законних інтересів суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, досягнення істини у кожній кримінальній справі [178, с. 71]. С. М. Стахівський аналізує процесуальне джерело з точки зору допустимості та зазначає, що слідчий, прокурор, суддя або суд, здійснюючи таку оцінку, повинні з'ясувати низку питань. Зокрема:

а) наявність процесуального джерела в ч. 2 ст. 65 КПК (1960 року);

б) відсутність порушення кримінально-процесуального закону в процесі формування процесуального джерела;

в) суттєвість впливу порушення закону при одержанні процесуального джерела на достовірність наявних в джерелі відомостей;

г) можливість використання даного джерела та відомостей, що в ньому містяться в процесі доказування, при встановленні певних порушень процесуального закону в ході їх одержання [178, с. 69]. Таким чином, С. М. Стахівський чи не вперше виокремлює критерії допустимості доказів і зазначає також, що оцінюючи допустимість процесуального джерела, необхідно не просто констатувати наявність того чи іншого процесуального порушення, але й з'ясувати, чи можна його виправити, чи вплинуло це порушення на всебічність, повноту і об'єктивність розслідування, чи не перешкоджає воно винесенню законного і обґрунтованого рішення у справі [178, с. 69]. Автор є прихильником тієї точки зору, що допущені порушення можуть бути виправлені, а докази використанні в доказуванні вини обвинуваченого. Автор класифікує порушення та суттєві та несуттєві.

С. М. Сівочек пропонує висновок про те, що процесуальне джерело доказів є допустимим, якщо воно передбачене діючим кримінально-процесуальним законом. Джерело доказів має бути залучене в кримінальний процес внаслідок передбачених законом процесуальних дій, що були проведені належним чином і встановленими суб'єктами. Допустимість носія інформації, який був створений або перебував в обігу поза межами кримінального процесу, передбачає дотримання вимог Конституції України

та відповідного законодавства всіма особами, які створювали цей носій або брали участь в його обігу [172, с. 67].

С. В. Давиденко наголошує на необхідності законодавчої регламентації норми про обов'язковість участі потерпілого та його представника в слідчих діях, які проводяться за їх вимогою, для активного обстоювання своєї позиції в процесі [55, с. 8]. Таке положення покликане забезпечити дотримання принципу змагальності сторін. Воно знайшло подальше закріплення в чинному КПК України. Законодавець зобов'язав слідчого повідомляти зацікавлених учасників про час і місце проведення слідчих (розшукових) дій. Недотримання цих положень варто визнати істотним порушенням кримінально-процесуального закону, що виключає допустимість доказів [55, с. 8].

Д. О. Савицький вважає, що достовірність доказів визначається в судовому засіданні. Змістом оцінки доказів суддею є визначення їх належності, допустимості і достатності для призначення справи до розгляду в судовому засіданні [168, с. 14]. Доказ може бути визнано допустимим, якщо фактичні дані, що складають його зміст, одержані з перелічених у законі джерел і передбаченими законом способами [168, с. 120].

М.А. Верещагіна вважає, що допустимість доказів пов'язана з їх процесуальною формою, тобто з джерелом доказу і способом збереження в ньому інформації незалежно від того, які відомості містяться в доказі. Автор вважає, що допустимість оцінюється як суто формальне поняття, яке проявляється як результат дотримання всіх норм кримінального процесуального закону при провадженні розслідування і судового розгляду [19, с. 25]. Дійсно, зміст доказової інформації не має відношення до інституту недопустимості доказів, оскільки стосується його форми. При цьому не можна зменшувати його значення, вважаючи допустимість «суто формальним поняттям». Цей інститут є повноправною складовою оцінки доказів, є його властивістю. Крім того, він забезпечує захист прав і свобод учасників кримінального процесу. На цьому акцентує увагу В. В. Терьохін.

Він вважає, що допустимість, насамперед, відображає дотримання процесуальної форми судочинства, яка є важливою гарантією дотримання прав та інтересів особи в кримінальному судочинстві [185, с. 60].

Значимість інституту недопустимості доказів також підкреслює П. А. Лупинська, яка відзначає, що значення допустимості полягає в забезпеченні достовірності засобів і створенні надійного фундаменту для визнання обставин справи доведеними чи недоведеними [89, с. 43]. На її думку, допустимість доказів включає: а) отримання інформації про обставини справи з одного з перерахованих в законі джерел; б) отримання доказів з дотриманням процесуальних правил; в) правильний вибір належного джерела інформації, особливо, у випадках, коли закон вказує на необхідність отримання відповідного виду доказів [89, с. 159].

Подібне розуміння інституту недопустимості пропонує В. В. Золотих. Він визначає допустимість доказів як можливість використання у процесі доказування обставин, що набувають значення для правильного вирішення справи. Перевірка доказів з точки зору допустимості і виключення доказів, отриманих з порушенням закону, розглядається як найважливіша гарантія забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі, гарантія законного і справедливого рішення у справі [63, с. 47]. Автор акцентує увагу на головній функції інституту недопустимості доказів – забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі. В. В. Золотих пропонує дотримуватися наступних критеріїв при визначенні допустимості доказів:

- належний суб'єкт надання доказів;
- належне джерело отримання доказу;
- належна процедура отримання доказу;
- «плоди отруйного дерева» (зміст та значення цього поняття розкрито далі);
- недопущення доказів, які містять відомості невідомого походження;
- «несправедливе упередження» [64, с. 112].

Визначені автором критерії поєднують всі риси допустимості доказів.

М. М. Кіпніс вважає, що допустимість доказу – це властивість, яка характеризує його з точки зору законності джерела фактичних даних, а також способів отримання і форми закріплення фактичних даних, що містяться в такому джерелі, у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством [68, с. 56]. Допустимість включає в себе наступні критерії:

- належний суб'єкт, який правомочний проводити процесуальні дії для одержання доказів;
- належне джерело фактичних даних (відомостей, інформації), які складають зміст доказів;
- належна процесуальна дія, яка використовується для одержання доказів;
- належний порядок проведення процесуальної дії (слідчої чи судової), що використовується як засіб збирання доказів [68, с. 27].

Подібною думки дотримується В. П. Бож'єв, який вважає, що допустимість доказів – це властивість, що характеризує доказ з позиції дотримання закону при його формуванні, з позиції джерела, способів їх отримання і закріплення [14, с. 121].

На думку М. С. Строговича допустимість доказу – це його здатність як джерела відомостей про факт, бути засобом встановлення останнього. Він виокремлює дві умови такої допустимості: а) відповідність джерела відомостей умовам, зазначеним у законі; б) надання цим джерелам процесуальної форми, передбаченої законом [181, с. 278].

Таким чином, здійснивши аналіз наведених та інших визначень, можна зробити висновок, що допустимість – це придатність доказу бути використаним у доказуванні з точки зору законності джерела фактичних даних, способів їх отримання і форм закріплення, в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законом, уповноваженою особою чи органом в результаті проведення ним слідчих (розшукових) дій за умови дотримання

останнім кримінального процесуального закону, який визначає форми відповідної слідчої (розшукової) дії.

З набуттям чинності КПК України 2012 року змінилася сутність кримінального судочинства, судова та процедура досудового розслідування. Роботи зарубіжних та українських науковців стосувались лише окремих аспектів недопустимості доказів, ґрунтувались на положеннях кримінального процесуального закону, який втратив чинність, а тому не можуть у достатній мірі розв'язати сучасні проблеми правозастосовної практики. Крім того, відсутність всебічного вивчення проблеми недопустимості доказів, завдань цього інституту та критеріїв недопустимості, зумовлює теоретичні та практичні складності його практичного застосування.

Згідно ст. 2 КПК України, основним завданням кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження [81]. Виконання цих положень можливе лише за умови використання у доказуванні доказів, які мають юридичну силу. Відтак, в законодавстві повинні бути унормовані надійні «фільтри» допустимості і перевірки доказів у форматі змагальності кримінального процесу.

В ст. 86 КПК України передбачено, що доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому КПК України. Недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення [81]. В ст. 87 КПК України надано визначення поняття недопустимості доказів. В ч. 2, 3 цієї статті перелічені істотні порушення прав людини і основоположних свобод, за наявності яких доказ втрачає свою юридичну силу.

Водночас, в КПК України не враховано низку теоретичних напрацювань та результатів правозастосовної практики, що призводить до складності застосування цього інституту. Так, 50% опитаних слідчих та 55 % прокурорів вказали на те, що питання недопустимості доказів викликає практичні складності у зв'язку недосконалою законодавчою регламентацією [109].

Це зумовлює необхідність внесення змін і доповнень до КПК України, зокрема до ст. 86–90 КПК України, які б враховували важливі положення ратифікованих міжнародних договорів, діючих підзаконних актів та теоретичних напрацювань.

Серед іншого, це стосується п. 7 ППВСУ № 3 від 25 березня 1988 р. «Про застосування судами України кримінально-процесуального законодавства, що регулює повернення справ на додаткове розслідування». Згідно цієї постанови, висновки суду щодо винуватості особи не можуть ґрунтуватися на доказах, які одержані з порушенням процесуального порядку їх збирання, а також на матеріалах попереднього слідства не перевічених у суді. Не знайшли свого відображення в КПК України і положення ППВСУ № 9 від 1 листопада 1996 р. «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», згідно яких, недопустимими є докази, отримані не уповноваженою особою чи органом з порушенням встановленого кримінально-процесуальним законодавством порядку або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами [122]. Слід також врахувати рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 р., де йдеться про те, що обвинувачення у вчиненні злочину не може бути обґрунтоване фактичними даними, одержаними з порушенням установлених законом порядку, засобів, джерел отримання фактичних даних, а також не уповноваженою на те особою тощо [162]. У зазначених документах відображено критерії недопустимості доказів, напрацьовані судовою практикою. Їх дієвість вже підтверджена правозастосовною практикою, тому ці критерії мають бути відображені і в КПК України.

1.2. Поняття та зміст інституту недопустимості доказів у кримінальному провадженні

Інститут недопустимості доказів – важливий та дієвий інструмент, що забезпечує дотримання прав і свобод особи у кримінальному процесі, – він унеможлиблює використання у кримінальному процесі доказів, які не мають юридичної сили, відтак вони не можуть бути покладені в основу обвинувачення та використовуватись у доказуванні.

Саме тому інститут недопустимості доказів справедливо визнається науковцями та практиками однією з найбільш значущих та прогресивних новел КПК України, які вплинули на формування сучасного доказового права.

Гарантовані державою права і свободи осіб можуть порушуватись під час досудового розслідування. Водночас, дозволене законодавцем порушення (обмеження) здійснюється у відповідності із регламентованим КПК України порядком. Так, КПК України уповноважує здійснювати дозволені обмеження лише визначені в законі органи і посадових осіб, які зобов'язані дотримуватись процесуальної форми та регламентованого КПК України порядку обмеження. Недотримання посадовими особами вимог КПК України, призводить до втрати доказом юридичної сили. Таким чином інститут недопустимості доказів забезпечує використання в доказуванні лише надійної інформації, отриманої відповідно до вимог законодавства, з дотриманням прав учасників кримінального провадження.

З метою забезпечення виконання завдань кримінального провадження, уповноважені посадові особи зобов'язані зібрати достовірні докази, які б не викликали сумнівів у їх юридичній силі. Це забезпечується дотриманням встановлених законодавцем вимог, а їх порушення під час збирання доказів викликає сумніви в достовірності отриманої інформації і таким чином активізує інститут недопустимості доказів. З його допомогою в справі

залишаються лише надійні докази, на основі яких формується висновок про винуватість особи у вчиненні злочину [58, с. 428; 113].

Вивчення правозастосовної практики засвідчило, що реалізація правових положень щодо визнання доказів недопустимими має вплив на підвищення демократичних стандартів у кримінальному процесі, сприяє виконанню його завдань, зокрема, 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 заснована належна правова процедура.

Протягом терміну дії КПК України 2012 року, а отже і практики реалізації інституту недопустимості доказів, було напрацьовано певний досвід застосування відповідних правових норм, а також виявлено низку недоліків нормативно-правового характеру.

Повторюваність та поширеність певних недоліків та помилок у правозастосовній практиці, пов'язаних із недоліками нормативно-правового регулювання, дозволяє сформулювати обґрунтовані припущення про причини цих явищ, а узагальнення позитивного досвіду та врахування напрацювань сучасного наукового знання – визначити, розробити та запропонувати способи їх усунення [112].

Як було зазначено, до набуття чинності КПК України у 2012 році наукова дискусія переважно відбувалась у площині вирішення проблем перевірки допустимості доказів, визначення наслідків визнання доказів недопустимими, визначення критеріїв недопустимості доказів та ін. Варто зауважити, що деякі із зазначених питань не втратили актуальності, і наразі становлять науковий та практичний інтерес.

Аналіз сучасної правозастосовної практики з точки зору виявлення проблем реалізації інституту недопустимості доказів свідчить про проблеми, пов'язані з відсутністю процесуального порядку визнання доказів недопустимими на стадії досудового розслідування; не закріпленням

процесуальних правил оформлення рішень про визнання доказів недопустимими; у КПК України не регламентовано право приймати рішення про недопустимість доказів деякими суб'єктами (слідчий, прокурор); в ч. 2 ст. 87 КПК України не визначено повний перелік істотних порушень прав людини і основоположних свобод, передбачених міжнародними договорами, зокрема Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод; перелік критеріїв за якими докази визнаються недопустимими сформульовано загально.

У вирішенні цих та інших проблем, на нашу думку, потрібно керуватись існуючим науковим доробком досліджуваної тематики – як методологічною основою дослідження, досвідом правозастосовної практики, напрацьованим до набуття чинності КПК України, результатами дослідження сучасного стану правозастосовної практики та нормативно-правового регулювання інституту недопустимості доказів. Це дозволить забезпечити комплексний підхід до вирішення задач дослідження.

В теорії кримінального процесу існує багато визначень поняття недопустимості доказів, вони мають різний ступінь конкретизації, а деякі дефініції визначаються суто завданнями конкретних досліджень. Проте усі вони становлять теоретичний і практичний інтерес, з точки зору уточнення та доповнення понятійного апарату, визначення критеріїв недопустимості доказів, побудови класифікацій та ін.

Е. А. Брагін визначає недопустимі докази як фактичні дані, отримані для використання в доказуванні з порушенням норм кримінально-процесуального законодавства, які впливають на права і свободи громадян, принципи кримінального судочинства, встановлений порядок здійснення правосуддя, надані або невстановленим суб'єктом, або з неналежного джерела або з порушенням правил проведення процесуальної дії чи фіксації ходу і результатів слідчої дії, і виключені з матеріалів кримінальної справи у встановленому порядку [16, с. 57]. А. В. Горбачов вважає, що недопустимими є докази, при одержанні яких були допущені порушення вимог

законодавства, яке регламентує способи, порядок, процесуальні строки і повноваження органів і посадових осіб, уповноважених здійснювати діяльність зі збирання, закріплення і перевірки фактичних даних і джерел, якщо такі порушення викликають сумніви в їх достовірності та належності [48, с. 71]. І. Л. Петрухін зазначає, що недопустимими є докази, використання яких заборонене у доказуванні у зв'язку з їх незаконністю, або вони є неналежними до справи, або їх доказова цінність незначна, і існує небезпека формування несправедливого внутрішнього переконання у суддів [48, с. 25].

Інші науковці визначають поняття недопустимості доказів через призму одного з критеріїв, притаманних цьому інституту, не розкриваючи його зміст. Так, А.І. Трусов зазначає, що будь-яке суттєве порушення процесуальної форми повинно тягнути за собою визнання доказу процесуально недоброякісним, тобто недопустимим для використання в обґрунтуванні винуватості обвинуваченого [188, с. 15]. Л. А. Ванєєва вважає, що засіб доказування може стати недопустимим в результаті грубого порушення норм процесуального закону, який регулює процесуальний порядок отримання та закріплення доказів органами розслідування [17, с. 104]. Є. О. Брагін зауважує, що недопустимість доказів виникає внаслідок порушення вимог кримінально-процесуального законодавства, які тягнуть за собою сумніви у його достовірності [16, с. 26]. А. В. Агутін недопустимість доказів пов'язує із неналежним джерелом їх отримання і зазначає, що докази можуть бути недопустимими лише в тих випадках, коли є заборона використання в кримінальному процесі джерела їх походження [1, с. 52]. В. Б. Алексєєв розглядає недопустимість доказів ширше, він вважає, що доказ є недопустимим якщо походження відомостей не відомо, що тягне за собою неможливість їх перевірки, не можливо встановити чи могла особа, від якої походять відомості їх сприймати, чи дотримані загальні правила доказування і правила збирання та фіксації відомостей окремого виду, чи дотримані правила, які регламентують відповідну стадію процесу і встановлюють повноваження особи, яка здійснює провадження [3, с. 110].

В. В. Рожнова звертає увагу на важливу проблему оцінки допустимості та недопустимості доказів, наданих стороною захисту. Так, автор зазначає, що правила про допустимість і недопустимість розглядають стосовно доказів, отриманих стороною обвинувачення, тобто офіційними (владними, державними) суб'єктами кримінального провадження. Непрямим підтвердженням цього є і позиція Конституційного Суду України, який у своєму рішенні від 20 жовтня 2011 р. у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України зазначив про те, що визнаватися допустимими і використовуватися як докази у кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Обвинувачення у вчиненні злочину не може бути обґрунтоване фактичними даними, одержаними незаконним способом, а саме: з порушенням конституційних прав і свобод людини і громадянина; з порушенням установлених законом порядку, засобів, джерел отримання фактичних даних; не уповноваженою на те особою тощо.

Водночас, зважаючи на призначення та значення допустимості й недопустимості доказів, зокрема, і у виконанні завдань кримінального провадження, ці правила поширюються і на докази, отримані і подані стороною захисту, що також не заперечується.

Утім, не усі правила встановлення допустимості і недопустимості доказів, сформульовані у нормах КПК України, можуть бути беззастережно використані під час оцінювання наданих стороною захисту матеріалів. Так, згідно з ч. 1 ст. 86 КПК України доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому КПК України. Однак з усіх передбачених ч. 3 ст. 93 КПК України способів збирання доказів для сторони захисту, потерпілого, порядок проведення лише незначної їх частини регулюється нормами КПК України (зокрема, отримання висновків експертів), усі інші або врегульовані нормами інших законів (Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Закон України «Про доступ до

публічної інформації» та ін.) або їх нормативне врегулювання взагалі відсутнє.

Виникає запитання: на підставі відповідності яким нормам суд має вирішувати питання щодо допустимості даних, отриманих і поданих стороною захисту [165, с. 304].

Отже, існують різні підходи до визначення поняття недопустимості доказів. У вивченні їх змісту потрібно керуватись тим, що вони розроблені у різний час, відображають стан наукового знання та наукового інтересу до зазначеної проблематики у певний період, стан нормативно-правової регламентації, завдання певних наукових досліджень та ін.

На нашу думку, поняття недопустимості доказу потрібно розглядати через загальне поняття «доказ», яке міститься в ст. 84 КПК України. Так, доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому 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 [81]. Зі змісту правової норми убачається, що не будь-які фактичні дані можуть бути доказами, а лише ті, які одержані у визначеному порядку та підлягають доказуванню, суб'єкти якого визначені законом. Порядок отримання фактичних даних регламентується різними нормами КПК України, у яких визначено процесуальні вимоги додержання яких є обов'язковим, а їх порушення тягне втрату доказом юридичної сили.

Залежно від того, чи будуть додержані вимоги КПК України уповноваженою особою (слідчим, прокурором) під час збирання та фіксації доказів, процесуальні рішення у кримінальному провадженні будуть об'єктивними, а його завдання виконані. Таким чином, якість досудового розслідування та судового розгляду має прямий, безпосередній зв'язок з інститутом недопустимості, а останній не обмежується статтями, які його регламентують. Він стосується кожної статті КПК України і у сукупності

складає собою комплекс правил та критеріїв, дотримання яких забезпечить допустимість доказів.

Отже, недопустимість доказу можна визначити як одну з його властивостей, яка є складовою оцінки доказу з точки зору нормативної регламентації, об'єкта-носія інформації та форми закріплення слідчим, прокурором, судом під час досудового розслідування та судового розгляду з метою недопущення використання доказів, які не мають юридичної сили. Доказ визнається недопустимим, якщо він отриманий з порушенням встановлених законом вимог КПК України, Конституції та законів України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також з порушенням встановленого порядку здійснення правосуддя, якщо він наданий не уповноваженим суб'єктом, або отриманий з неналежного джерела або з порушенням процесуальної форми та підлягає виключенню з матеріалів кримінального провадження.

У теорії кримінального процесу порушувалось важливе питання щодо необхідності законодавчого закріплення основних положень недопустимості доказів, що, на думку науковців, сприятиме однаковому застосуванню положень цього інституту та забезпечить законність кримінального провадження.

Так, Н. М. Кіпніс, В. Я. Дорохов та ін. вважають необхідним закріплення в законодавстві встановленого переліку безумовних підстав скасування судового рішення – створення презумпції не усунення сумнівів достовірності фактичних даних, що мало б позитивний вплив на правозастосовну практику, позбавляючи тим самим необхідності обґрунтування суттєвості порушення [68, с. 86; 184, с. 240; 171, с. 67]. Закріплення таких підстав могло б стати основою для оцінки доказів, забезпечило б однаковість прийняття рішень, спростило процедуру в цілому. Презумпція не усунення сумнівів достовірності фактичних даних передбачає собою перелік правил, порушення яких є обов'язковою підставою для скасування судового рішення.

Інститут недопустимості доказів очевидно є однією зі складових презумпції, тому з цієї точки зору, постає питання щодо визначення критеріїв недопустимості доказів та їх законодавчого визначення.

Згідно ч. 2 ст. 91 КПК України доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження. Виходячи з визначення поняття доказування, убачається, що доказування – це процес, який складається з етапів: збирання, перевірки та оцінки доказів, що тривають протягом усього кримінального провадження. На кожній стадії кримінального процесу доказування проходить всі етапи, що в свою чергу, передбачає необхідність наділення суб'єкта доказування відповідними повноваженнями, які забезпечать його здійснення.

Збирання доказів здійснюється 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 КПК України (ст. 93 КПК України). Отже збирання доказів, як складову доказування, здійснюють слідчий та прокурор, вони також реалізують і наступні складові доказування. Однак, у КПК України не регламентовано порядок здійснення процесуальних повноважень щодо перевірки та оцінки доказів згаданими суб'єктами.

Суть перевірки та оцінки доказів полягає в тому, що слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення (ст. 94 КПК України).

Під час оцінки доказу у слідчого формується внутрішнє переконання щодо винуватості чи невинуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення, тому тут важливо оперувати лише якісними, з юридичної точки зору, доказами з метою уникнення формування хибного, помилкового внутрішнього переконання. Слідчий аналізує кожен доказ окремо та у сукупності, встановлює ступінь і форму зав'язку доказу з обставинами кримінального правопорушення, зв'язок з іншими доказами, зіставляє їх. На основі зроблених висновків формується внутрішнє переконання щодо обставин вчиненого кримінального правопорушення, винуватості у ньому певної особи, причетності до його вчинення. Суб'єкт доказування, аналізує докази та робить висновок про належність, достовірність і допустимість, встановлює які обставини слід з'ясувати, визначає чи достатньо підстав для повідомлення про підозру. Такі висновки формулюються на основі всіх зібраних доказів, шляхом їх співставлення. В. Т. Нор з цього приводу зазначає, що оцінка доказів це мислиннева діяльність слідчого, прокурора, суддів, яка полягає в тому, що вони, керуючись законом, розглядають кожний доказ окремо, і всю їх сукупність, визначаючи належність, допустимість, достовірність, достатність та на їх основі роблять висновки у справі [105, с. 92]. Оцінка доказів полягає у вирішенні питання про джерело фактичних даних, дотримання процесуальної форми та інше. Недопустимість доказів означає заборону закону використовувати дане джерело фактичних даних в кримінальному провадженні, наявність порушень процесуального закону під час одержання і закріплення доказової інформації, а також вплив таких порушень на достовірність і повноту відповідної інформації [105, с. 94].

І. Л. Петрухін зазначає, що оцінка доказів – це мислиннева діяльність слідчого, прокурора і судді, яка полягає в тому, що вони, керуючись законом, розглядають згідно зі своїм внутрішнім переконанням кожен доказ окремо і всю їх сукупність, визначаючи належність, допустимість, достовірність і достатність для висновків по справі [184, с. 154]. Іншими словами, оцінка

доказів здійснюється безперервно, за допомогою логічної діяльності слідчого, прокурора, судді з метою прийняття процесуального рішення. Оцінка доказів закінчується тоді, коли слідчий, прокурор, суддя прийшли до однозначного висновку про винуватість чи невинуватість особи у вчиненому злочині, а такий висновок ґрунтується на підставі належних, достатніх і допустимих доказів. Оцінка здійснюється як під час їх збирання, так і перед прийняттям процесуального рішення [105, с. 93]. На основі результатів оцінки доказів приймаються процесуальні рішення у кримінальному провадженні. Перевірка і оцінка доказів дає змогу виявити прогалини, порушення процесуальної форми, вимог законодавства та вчасно виправити їх, зібрати додаткові докази, провести додаткові слідчі (розшукові) дії. Дійшовши до висновку, що всі обставини справи з'ясовані, слідчий, прокурор, суд здійснюють кінцеву в даній стадії процесу оцінку доказів, формулюючи ті рішення, які повинні бути прийняті [3, с. 117].

Р.С. Белкін визначає оцінку доказів як логічний процес встановлення допустимості та належності доказів, наявності та характеру зв'язків між ними, визначення значення та шляхів використання доказів для виявлення істини [12, с. 66].

Окрему увагу варто приділити питанню виявлення та оцінки доказів з позицій недопустимості на досудовій стадії кримінального провадження, адже вчасна та правильна оцінка доказу, дасть змогу, у разі потреби, провести додаткові слідчі (розшукові) дії, уникнути визнання недопустимими похідних доказів, отриманих на основі доказів, які не мають юридичної сили, і зрештою, не допустити використання недопустимих доказів у суді.

Наведене підтверджується результатами анкетування працівників слідчих підрозділів. Так, 71 % респондентів вважають, що перевірка та оцінка доказів повинна здійснюватись на досудовій стадії кримінального провадження, 20 % висловили думку, що оцінка доказів повинна проводитись після закінчення досудового розслідування. Анкетування працівників прокуратури засвідчило, що 73 % респондентів вважають, що

перевірка та оцінка доказів повинна здійснюватись на досудовій стадії, 21 % зазначили, що оцінка доказів здійснюється після закінчення досудового розслідування.

Ю. А. Ляхов зазначає, що процесуальні рішення, які приймає слідчий, нерідко суттєво обмежують права особи. Ось чому такі рішення мають прийматись на основі допустимих, якісних доказів – щоб уникнути обмеження прав і свобод громадян [92, с. 29]. Отже, необхідність перевірки і оцінки доказів на предмет недопустимості існує не лише на стадії судового розгляду, а і на стадії досудового розслідування, тому, положення про оцінку доказів доцільно було б закріпити у КПК України, зокрема викласти ч. 4 ст. 87 в такій редакції: докази, передбачені цією статтею, повинні визнаватися недопустимим під час досудового розслідування та під час будь-якого судового розгляду, крім розгляду, якщо вирішується питання про відповідальність за вчинення зазначеного істотного порушення прав та свобод людини, внаслідок якого такі відомості були отримані.

Наступним проблемним питанням є визначення суб'єктів, уповноважених здійснювати перевірку та оцінку доказів на предмет недопустимості. В ч. 4 ст. 87 КПК України передбачено, що докази повинні визнаватися недопустимими судом. Відтак, КПК України завдання прийняття процесуального рішення щодо недопустимості доказів під час їх оцінки на слідчого та прокурора не покладає. Водночас теоретична на практична необхідність такого закріплення міститься і в положеннях самого КПК України і правозастосовна практика доводить таку потребу.

Як було зазначено, процес доказування складається зі збирання та оцінки доказів. Відповідно до ст. 92 КПК України, на слідчого і прокурора покладено обов'язок доказування. Отже, здійснюючи доказування, слідчий та прокурор також оцінюють докази зокрема і щодо недопустимості. В ч. 2 ст. 92 КПК України йдеться про те, що обов'язок доказування належності та допустимості доказів ...покладається на сторону, що їх подає [81]. Проблема полягає у тому, що сторона захисту може виступати лише ініціатором

проведення процесуальних дій, а тому, фактично обов'язок доказування покладений на сторону обвинувачення. Відтак, сторона обвинувачення несе відповідальність за допустимість доказів у провадженні.

Ст. 94 КПК України передбачено, що слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення. При цьому в КПК України зазначено, що підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом (ч. 3 ст. 17 КПК України). Це правило очевидно стосується інституту недопустимості доказів. Отже зі змісту КПК України убачається, що оцінка недопустимості доказів здійснюється слідчим, прокурором в процесі доказування, проте в ч. 4 ст. 87 КПК України мова йде лише про суд.

За результатами опитування, 65% слідчих та 67% прокурорів зазначили про доцільність законодавчої регламентації обов'язку відповідних суб'єктів про прийняття процесуального рішення щодо недопустимості доказів. Тому пропонуємо доповнити ст. 87 КПК України п. 5, який викласти в такій редакції: Рішення щодо визнання доказів, передбачених цією статтею, недопустимими, приймається слідчим, прокурором, судом.

Що стосується процесуального оформлення рішення слідчого, прокурора щодо недопустимості доказів, то це питання також потребує вирішення. Зважаючи на те, що, переважно, процесуальні рішення слідчий та прокурор оформлюють у вигляді постанови, логічним убачається винесення постанови про визнання доказу недопустимим. У такій постанові мають бути обґрунтовані допущені порушення, підстави, якими слідчий керувався при оцінці доказів та зазначені критерії, яким вони не відповідають. Це дозволить не допустити подальшого використання недопустимого доказу в розслідуванні (при прийнятті процесуальних рішень, призначенні експертиз,

проведенні інших слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, не посилається на доказ, визнаний недопустимим при прийнятті процесуальних рішень). На нашу думку це сприятиме прийняттю законних і неупереджених процесуальних рішень під час досудового розслідування.

Вивчення емпіричних даних свідчить про низку проблем у правозастосовній практиці. Так, слідчий та прокурор фактично здійснюють оцінку доказів, а фіксація їх процесуального рішення не передбачена КПК України. 42 % опитаних слідчих та 37 % прокурорів зазначили, що вони не беруть до уваги доказ, який вважають недопустимим при прийнятті процесуального рішення. При цьому 71 % слідчих та 79 % прокурорів вважають, що відсутність законодавчої регламентації винесення постанови про визнання доказу недопустимим ускладнює їх роботу. Слідчий і прокурор при прийнятті будь-якого рішення повинні контролювати щоб ці рішення були прийняті на підставі допустимих доказів, задля уникнення використання тих, які не мають юридичної сили, відтак слідчий, прокурор повинен щоразу повертатись до оцінки доказу на предмет допустимості. Відсутність обов'язку прийняття процесуального рішення щодо визнання доказу недопустимими зрештою може призвести до того, що під час судового розгляду виявиться, що основні докази по справі здобуті на підставі недопустимих і не мають юридичної сили, що зводить всю роботу слідчого нанівець, а всі докази, на яких ґрунтується обвинувачення визнаються недопустимими. 62% слідчих та 29 % прокурорів вважають, що здійснення перевірки та оцінки недопустимості доказів з точки зору положень ст. 87 КПК України не передбачено законом, тому вони не перевіряють доказ, оскільки це належить до повноважень суду. З'ясовано також, що 38 % слідчих та 71 % прокурорів виносять постанову про визнання доказів недопустимими, керуючись ч. 1 ст. 7, ч.ч. 2, 6 ст. 9 КПК України. Незважаючи на це, якщо розглядати проблему в цілому, можна констатувати, що відсутність чіткої законодавчої регламентації щодо оформлення

процесуального рішення призводить до неоднакового розуміння закону та його застосування.

В ч. 6 ст. 9 КПК України зазначено, що у випадках, коли положення Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ст. 7 КПК України. Враховуючи викладене, пропонуємо доповнити ч.ч. 2, 3 ст. 89 КПК України та викласти в наступній редакції:

2. У випадку встановлення очевидної недопустимості доказу під час досудового розслідування слідчий, прокурор, а під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, про що виносить мотивовану постанову, а суд ухвалу, що тягне за собою неможливість його використання в доказуванні, а також дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате.

3. Сторони кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право під час досудового розслідування та судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими, а також наводити заперечення проти визнання доказів недопустимими.

Законність винесення постанови про визнання доказу недопустимим повинна перевірятись прокурором, а сторони кримінального провадження повинні бути наділені правом оскарження такої постанови, що убезпечить від можливих зловживань з боку осіб, уповноважених приймати таке рішення. В п. 7 ч. 2 ст. 36 КПК України передбачено право прокурора скасувати незаконну постанову. Це право має поширюватись і на постанову про визнання доказу недопустимим. Суд під час судового провадження може скасувати рішення про недопустимість доказу та визнати його допустимим за наявності відповідних підстав.

Отже, оцінка доказів в цілому і недопустимості зокрема, не є остаточною ні для кого з суб'єктів доказування, а постанова є відображенням внутрішнього переконання слідчого, свідченням того, що процесуальне

рішення прийнято лише на доказах, які мають юридичну силу, містять в собі всі властивості доказу та можуть бути використані в доказуванні.

Дійсно, якщо слідчий та прокурор у кримінальному провадженні наділені повноваженнями визнавати особу підозрюваною, то вони повинні забезпечити прийняття такого рішення на підставі допустимих доказів, що передбачає необхідність своєчасного виключення недопустимих. Оцінка недопустимості доказів та визнання їх недопустимими на стадії досудового розслідування попередня, остаточне рішення приймається під час судового розгляду суддею і воно є остаточним.

Аргументом на користь законодавчого закріплення за слідчим, прокурором обов'язку оцінки недопустимості доказів є також те, що показання, речі і документи повинні бути дослідженні безпосередньо особою, яка здійснює доказування. Безпосередність є засадою кримінального процесу і поширюються на всі стадії кримінального провадження.

Проте зі змісту ст. 23 КПК України убачається, що законодавець поширив дію згаданої засади лише на судові стадії, не згадавши про безпосередність дослідження доказів органом досудового розслідування. Враховуючи положення загальної теорії кримінального процесу, засади та положення про безпосередність дослідження доказів, існує необхідність відповідного законодавчого регулювання щодо безпосередності дослідження доказів органом, який здійснює досудове розслідування. Адже посадова особа, зокрема слідчий, прокурор та суд зобов'язані діяти лише таким чином та у такий спосіб як це прямо передбачено конституційно-правовими нормами і лише в межах закріпленої за ними компетенції. Вчинення ж державним органом чи його посадовою особою дій у межах компетенції, але непередбаченим способом, у непередбаченій законом формі або з виходом за межі компетенції є підставою для визнання таких дій та правових актів, прийнятих у процесі їх здійснення, неправомірними та незаконними [18, с. 60].

Підтримують таку позицію 73 % слідчих та 75 % прокурорів, які були опитані щодо доцільності законодавчої регламентації безпосередності дослідження доказів слідчим та прокурором на стадії досудового розслідування. Враховуючи викладене, пропонуємо внести зміни до КПК України та ч. 1 ст. 23 КПК України викласти в такій редакції:

Слідчий, прокурор, слідчий суддя та суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно.

У свою чергу, необхідність закріплення безпосередності оцінки доказів слідчим, прокурором можна визнати ще одним підтвердженням важливості та актуальності оцінки недопустимості доказів слідчим на стадії досудового розслідування, що зрештою також сприятиме удосконаленню законодавчого закріплення інституту недопустимості доказів.

Не можна також оминати увагою поширену у правозастосовній практиці проблему, що пов'язана із призначенням та проведенням експертизи та подальшою оцінкою висновку експерта. Саме у таких випадках найбільш наочно прослідковуються наслідки недоліків законодавчої регламентації, про які йшлося вище.

Відповідно до ст. 101 КПК України, висновок експерта не може ґрунтуватися на доказах, які визнані судом недопустимими. Отже, у статті є пряма вказівка про те, що докази, визнаються недопустимими судом. Водночас, експертиза зазвичай призначається на стадії досудового розслідування. Згідно ч. 1 ст. 89 КПК України суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. Так, виникає питання, яким чином експертиза може бути призначена на підставі допустимих доказів, якщо рішення при їх недопустимість приймається під час ухвалення судового рішення. Очевидно, що експертиза повинна проводитись на підставі лише допустимих доказів, тому у формулюванні цієї статті доцільно було б уникнути вказівки лише на суд. У разі призначення експертизи слідчим на стадії досудового

розслідування, висновок експерта також повинен ґрунтуватися на допустимих доказах. Хто в такому випадку повинен оцінити їх недопустимість? Судовий експерт не оцінює докази, він користується лише наданими слідчим результатами слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, документами, відомостями, висновками ревізій. Отже, саме слідчий відповідає за те, щоб судовому експерту було надано допустимі докази, в іншому випадку, висновок експерта також буде недопустимим доказом. Це означає, що слідчий, при призначенні експертизи повинен провести перевірку та оцінку доказів на предмет недопустимості та надавати експерту лише якісні докази, які мають юридичну силу.

Так, у судовій практиці багато випадків визнання недопустимим доказом висновку експерта, у зв'язку з тим, що під час судового розгляду були визнані недопустимим ті докази, які були предметом дослідження судового експерта. Натомість вчасне визнання доказу недопустимим на стадії досудового розслідування могло б забезпечити притягнення підозрюваного до відповідальності, оскільки була б можливість за допомогою проведення додаткових слідчих (розшукових) та негласних (слідчих) розшукових дій отримати докази, які мають юридичну силу, не допустити використання недопустимих доказів у доказуванні.

Наступний приклад ілюструє визнання недопустимим похідних доказів, отриманих на підставі тих, які не мають юридичної сили.

Приклад. Білоцерківським міськрайонним судом Київської області розглянуто кримінальне провадження № 12013100330000017 відносно особи, обвинуваченої у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 307 ч. 2, 309 ч. 2 КК України.

Сторона обвинувачення надала в якості доказу висновок експерта № 26/х від 08.02.2013 року, № 53/х від 06.03.2013 року. Суд визнав недопустимими результати оперативних закупок наркотичних засобів у обвинуваченої особи у зв'язку з відсутністю у кримінальному провадженні рішення (постанови) прокурора про здійснення контролю за вчиненням

злочину. За відсутності вказаного рішення (постанови) проведення оперативних закупок наркотичних засобів у особи є незаконним, а здобуті за результатами вказаних негласних слідчих (розшукових) дій докази, надані суду прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченої особи у вчиненні інкримінованого їй злочину, також визнані судом недопустимими, оскільки здобуті на підставі доказів, які не мають юридичної сили.

Під час оперативної закупки, за відсутності у кримінальному провадженні рішення (постанови) прокурора про здійснення контролю за вчиненням злочину, у обвинуваченої особи було вилучено скляні пляшечки з речовиною коричневого кольору. В подальшому вказані пляшечки з речовиною направлено для проведення судово-хімічної експертизи, в ході якої встановлено, що в пляшці міститься особливо небезпечний наркотичний засіб, обіг якого заборонено – опій (ацетильований). Однак, оскільки скляні пляшечки вилучено незаконно, вказаний висновок судово-хімічної експертизи, об'єктом якого вони були, суд визнав також недопустимим доказом [22]. Оперативна закупка проведена незаконно. Підставою проведення обшуку стали результати оперативної закупки, що призвело до його незаконності, а під час судово-хімічної експертизи досліджувались речові докази, вилучені під час обшуку, результати якого визнано недопустимими. Несвоєчасна оцінка недопустимості доказів призвела до того, що слідчий та прокурор повідомили особу про підозру, керуючись недопустимими доказами, що порушило права підозрюваного.

Отже, вчасне усунення процесуальних недоліків та помилок дало б можливість слідчому вжити заходів та провести додаткові слідчі (розшукові) дії, спрямовані на отримання доказів.

Ще одним прикладом визнання висновку експерта недопустимим доказом у зв'язку з проведенням експертизи на основі недопустимих доказів є рішення Новоград-Волинського міськрайонного суду Житомирської області. Суд розглянув кримінальне провадження по обвинуваченню особи у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч.1ь ст.366 КК

України. Сторона обвинувачення надала для проведення судово-почеркознавчої експертизи вільні, умовно-вільні та експериментальні зразки почерку (цифрових записів, підпису) осіб, які підлягають ідентифікації. Вказані зразки були відібрані з порушенням процесуальної форми. В протоколах отримання зразків для експертизи відсутні час проведення процесуальної дії, не зазначено кількість зразків почерку та підпису вказаних осіб, порядок упакування та опечатування, що є грубим порушенням вимог ст. 104 КПК України. В порушення вимог ст. 223 КПК України, слідчим, перед проведенням слідчої дії, не роз'яснено особам, які беруть у ній участь, їх права та обов'язки, а також не повідомлено про відповідальність, встановлену законом. Приєднані до матеріалів провадження зразки, не містять ідентифікуючих ознак, не ідентифікована особа, яка отримувала зразки. Крім того, зразки не відповідають об'єкту, який досліджується за часом виконання, за видом матеріалів письма та за формою документа. Таким чином, суд визнав недопустимими протоколи отримання зразків почерку та висновок судово-почеркознавчих експертиз, об'єктом дослідження яких були ці зразки [39].

Тут підставою визнання висновку експерта недопустимим стало порушення процедури відібрання зразків для дослідження. У цьому випадку так само, своєчасна перевірка та оцінка доказів на предмет допустимості могла б забезпечити виправлення допущених порушень. Слідчий мав би можливість повторно відібрати зразки для дослідження з дотриманням всіх вимог. Це б забезпечило допустимість висновку судово-почеркознавчої експертизи та він міг би бути використаний в доказуванні вини обвинуваченого. Натомість несвоєчасна оцінка доказів звела нанівець роботу експерта, витрати, пов'язані з проведенням судово-почеркознавчих експертиз залишились не відшкодованими, що завдало матеріальну шкоду державі.

1.3. Критерії недопустимості доказів у кримінальному провадженні

У ст. 86 КПК України законодавець надає визначення допустимого доказу як такого, що отриманий у порядку встановленому цим Кодексом, а також наголошує, що недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатись суд при ухваленні судового рішення. Як убачається, у правовій нормі не визначено за якими критеріями доказ потрібно визнавати допустимим або недопустимим.

Значну увагу визначенню критеріїв допустимості та їх антиподу – недопустимості доказів приділено у наукових працях та спеціальній літературі. У попередньому підрозділі було розглянуто та проаналізовано різні визначення поняття недопустимості доказів, а оскільки з їх змісту можна зробити попередні висновки про критерії недопустимості, логічно продовжити дослідження зазначених критеріїв з метою їх визначення, уточнення та класифікації.

Традиційно у науковій літературі вимоги щодо допустимості доказів визначаються наступним чином: 1) належний суб'єкт отримання доказів; 2) законність процесуального джерела доказів; 3) дотримання процесуального порядку отримання доказів; 4) дотримання правил фіксації ходу і результатів слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій. Порухення цих вимог призводить до визнання доказів недопустимими.

Утім, науковцями пропонуються і інші підходи до визначення критеріїв недопустимості доказів. Так, М. С. Строгович виокремлює два таких критерії: невідповідність джерела відомостей умовам закону та порушення процесуальної форми [181, с.159]. П. А. Лупинська розширила перелік критеріїв недопустимості доказів та віднесла до них: неналежний суб'єкт; порушення правил проведення процесуальних дій; неналежне джерело та недотримання вимог закону щодо порядку фіксації результатів слідчих дій [90, с. 2]. Н. М. Кіпніс, окрім перерахованих вище критеріїв, відносить до них неналежну процесуальну дію [68, с. 27]. Е. О. Брагін виокремлює також і

інші критерії: порушення прав обвинуваченого на захист, отримання доказів із застосуванням насильства, погроз, знущання над особою, а відповідно із застосуванням інших незаконних дій [16, с. 37]. А.Л. Гридчин також, серед інших, виділяє критерій порушення прав і законних інтересів учасників кримінального процесу [50, с. 12]. Цей критерій відображає основне призначення інституту недопустимості – дотримання законності. В. А. Іщенко також поділяє таку думку. Серед інших критеріїв, які виокремлені автором, увагу привертає порушення етичності тактичних прийомів, які використовуються для одержання доказів [66, с. 90]. В.В. Золотих, крім, так званих, класичних критеріїв (неналежний суб'єкт, джерело, процесуальна форма), виокремлює «плоди отруйного дерева», тобто доказ, отриманий на підставі недопустимого доказу [63, с. 33]. Згаданий критерій бере свій початок в англосаксонській правовій системі. Його суть полягає в тому, що якщо первинний доказ здобутий незаконно та визнаний недопустимим, то всі докази, здобуті на його основі також є недопустимими (раніше нами вже були наведені приклади практичного застосування такого критерію).

Р. С. Белкин, Р. С. Вінберг, В. Я. Дорохов виокремлюють наступні критерії недопустимості доказів:

- відсутність можливості перевірки походження фактичної інформації;
- неналежний суб'єкт доказування;
- порушення загальних правил доказування;
- недодержання правил збирання даних певного виду, які забезпечують від повноти і спотворень;
- недодержання правил, які гарантують повноту і точність фіксації зібраної інформації;
- здогадки і припущення [13, с. 39].

С. А. Шейфер відносить до критеріїв недопустимості доказів наступні:

- інформація, походження якої неможливо встановити, не має доказового значення;
- докази, отримані способами, не передбаченими законом;

- неправильний вибір пізнавальних прийомів (їх невідповідність характеру інформації, яку відображено) хоча і застосованих в рамках відомих закону способів отримання фактичних даних;

- не достатньо ефективний пізнавальний прийом, тобто який забезпечив відображення незначної кількості інформації і вона практично не може бути використана;

- докази, отримані «з чужих слів»;

- плоди отруйного дерева [204, с. 43].

Н. М. Кіпніс [68, с. 27] , П. А. Лупинська [90, с. 2], А. В. Смірнов [176, с. 185] визначають наступні критерії недопустимості доказів:

- неналежний суб'єкт, уповноважений проводити процесуальні дії, спрямовані на отримання доказів;

- неналежне джерело фактичних даних (відомостей, інформації), які є змістом доказів;

- неналежна процесуальна дія, яка використовується для одержання доказів;

- неналежний порядок проведення процесуальної дії, яка використовується як засіб отримання доказів.

На думку В. В. Терьохіна доказ вважається недопустимим, якщо:

- відомості, отримані з непередбаченого законом джерела;

- відомості отримані з порушенням встановленої законом процесуальної форми;

- відомості отримані неналежним суб'єктом доказування [185, с. 52].

Із урахуванням наведених положень, можна зробити узагальнення, що до критеріїв недопустимості доказів зазвичай відносять: 1) неналежне джерело відомостей та відсутність можливості перевірки походження фактичної інформації; 2) порушення процесуальної форми; 3) неналежний суб'єкт доказування; 4) неналежна процесуальна дія; 5) отримання доказів за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами; 6) порушення гарантованих Конституцією України прав людини й громадянина, отримання

доказів із застосуванням насильства, погроз, знущання над особистістю, із застосуванням інших незаконних дій; 7) здогадки і припущення; 8) докази, отримані на підставі недопустимих; 9) докази, зібрані з метою створення негативного враження про особу. Убачається, що ці критерії найповніше розкривають поняття недопустимості та дозволяють об'єктивно оцінити доказ.

Так само, як і щодо визначення критеріїв недопустимості доказів, у теорії кримінального процесу, триває дискусія про доцільність закріплення переліку таких критеріїв у процесуальному законі та, відповідно, його змісту.

У цьому сенсі справедливо зауважує М. А. Верещагіна, яка вважає, що закріплення в законі деталізованого переліку, у будь-якому випадку, буде не повним, а відповідно і не доцільним. [19, с. 70]. Дійсно, у правозастосовній практиці постійно виникають (створюються) нові прецеденти визнання доказів недопустимими, тому намагання створити розширений перелік критеріїв недопустимості доказів, а тим більше, закріпити його у правовій нормі, убачаються безперспективним, по-перше через те, що постане питання постійного оновлення такого переліку (за рахунок виникнення нових прецедентів), а по-друге, через його значний обсяг.

Водночас, підлягає критиці і підхід законодавця, який взагалі не передбачає визначення критеріїв недопустимості доказів. Тому, вирішення цієї проблеми, на нашу думку, можливе за допомогою законодавчого закріплення базових критеріїв недопустимості доказів, про які йшлося вище.

Крім формування однакового розуміння та застосування кримінального процесуального закону у частині визнання доказів недопустимими, законодавча регламентація таких критеріїв надасть можливість використовувати їх не тільки стороні обвинувачення при оцінці недопустимості доказів, а й стороні захисту з метою виявлення порушень, допущених при збиранні доказів стороною обвинувачення і обґрунтування клопотань про виключення недопустимих доказів. Це сприятиме розвитку змагальності сторін, яка є пріоритетом у сучасному кримінальному процесі.

Встановлено, що 71 % слідчих та 87 % прокурорів вважають доцільною законодавчу регламентацію критеріїв недопустимості доказів. Тому пропонуємо доповнити КПК України ст. 87-1 Критерії недопустимості доказів, та викласти її в такій редакції:

Доказ слід визнавати недопустимим, якщо не дотримано таких критеріїв:

1) неналежне джерело відомостей та відсутність можливості перевірки походження фактичної інформації; 2) порушення процесуальної форми; 3) неналежний суб'єкт доказування; 4) неналежна процесуальна дія; 5) отримання доказів за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами; 6) порушення гарантованих Конституцією України прав людини й громадянина, отримання доказів із застосуванням насильства, погроз, знущання над особистістю, із застосуванням інших незаконних дій; 7) здогадки і припущення; 8) докази, отримані на підставі недопустимих; 9) докази, зібрані з метою створення негативного враження про особу злочинця.

Важливою проблемою у правозастосовній практиці є питання щодо можливості використання доказів, зібраних (одержаних) з порушеннями та їх юридичну силу. За результатами вивчення емпіричних даних, 95 % слідчих та 81 % прокурорів допускають порушення вимог закону щодо порядку проведення процесуальних дій; 78 % слідчих та 85 % прокурорів допускають порушення вимог закону щодо порядку фіксації її ходу та результатів, водночас фіксують докази, які прямо вказують на причетність тієї чи іншої особи до вчиненого злочину. Відтак виникає питання чи може бути використаним для доказування винуватості обвинуваченого доказ, отриманий з порушенням, та як визначити, оцінити на скільки допущене порушення істотне (суттєве) та чи мало воно вплив на доказове значення та/або порядок одержання доказу. Варто зауважити, що дотепер науковці не одностайні щодо можливості використання доказів, отриманих з порушеннями. Одні – категорично заперечують можливість використання

таких доказів, незалежно від того, яке порушення було допущене, інші пов'язують можливість використання такого доказу із характером та істотністю порушення.

У КПК України передбачено випадки визнання доказів недопустимими, однак, як визначити наскільки істотним має бути таке порушення, щоб визнати доказ недопустимим, не зазначено. КПК України містить визначення істотного порушення, однак воно загальне і не дозволяє зробити висновок про серйозність наслідків порушення вимог законодавства. Так, відповідно до ст. 412 КПК України, істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону є такі порушення, які перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення [81]. Зі змісту правової норми не зрозуміло, які саме порушення перешкоджають ухваленню законного рішення судом.

Е. А. Брагін вважає, що не будь яке порушення закону передбачає можливість визнання доказу недопустимим. Лише порушення, що безпосередньо пов'язане з процесом збирання і закріплення фактичних даних, яке безпосередньо впливає на об'єктивність інформації, дозволяє вважати, що отримання доказу було проведено з недотриманням правових вимог [16, с. 57]. Г. М. Миньковский, І. Б. Михайловська, А. А. Ейсман [184, с. 245], Н. М. Кіпніс [57, с. 168], Ю. В. Кореневський [75, с. 34], П. А. Лупинська також вважають, що докази, отримані з порушеннями, можуть використовуватись в доказуванні та поділяють їх на суттєві та несуттєві. Вони пропонують розрізняти їх за можливістю виправлення наслідків. Несуттєвими пропонується вважати ті порушення, які можуть бути виправлені та усунені. Якщо ж порушення не піддається фактичній компенсації, а наслідки – нейтралізації, воно вважається суттєвим» [90, с. 3]. На думку Ю. К. Орлова, можливість використання доказу, отриманого з порушенням процесуальної форми залежить від характеру порушення і, як наслідок, можливості фактичного усунення наслідків подібного порушення [107, с. 108]. Автор акцентує увагу на необхідності диференціації порушень і

дотримується позиції, що характер порушень та можливість його виправлення впливають на істотність порушення. Про необхідність диференціації порушень та можливість використання інформації, зафіксованої з порушенням процесуальних правил зазначають також А. А. Леві, О. Л. Мотовіловкер, М. М. Михеєнко. [100, с. 84].

Е. О. Брагін поділяє порушення, допущені при збиранні доказів на три самостійні групи та диференціює їх залежно від істотності допущеного порушення: порушення, які не викликають сумнівів в істинності інформації, яка міститься в доказах, тому не тягнуть за собою виключення з процесу доказування; порушення, які можуть потягнути виключення доказів з процесу доказування у разі не усунення сумнівів за допомогою додаткових слідчих дій; порушення, які тягнуть за собою безумовне виключення доказів з процесу доказування у зв'язку з неможливістю усунення сумнівів в істинності отриманої інформації [16, с. 37].

В. В. Терьохін пропонує ділити порушення на дві групи: порушення, які потягнули за собою втрату юридичної сили доказу та ті, які не впливають на неї. Допущені порушення породжують необхідність їх «компенсації», відновлення порушених прав і законних інтересів, покарання осіб, винних в таких порушеннях [185, с. 69]. На думку К. П. Грішиної, порушеннями, які призводять до визнання доказів недопустимими є використання доказів, які не мають юридичної сили для отримання інших доказів. В такому разі отримані докази безумовно визнаються недопустимими, незалежно від характеру порушень. Самі порушення автор розподіляє на суттєві, тобто ті, які ставлять під сумнів достовірність доказів, та несуттєві, які ніяк на неї не впливають [51; 52, с. 36].

В. І. Зажицький зазначає, що докази, отримані із суттєвими порушеннями не можуть використовуватись якщо це впливає на достовірність доказів. Суттєвими порушеннями він вважає: отримання фактичних даних особами, які не мають права проводити слідчі дії; отримання фактичних даних, що містяться в джерелах, не передбачених

законодавством; відсутність відомостей про джерела отримання фактичних даних; отримання фактичних даних з порушенням права обвинуваченого або підозрюваного на захист; проведення слідчих дій з порушенням конституційних прав і свобод громадян [61, с. 24].

С. В. Некрасов порушення, які є підставою для визнання доказів недопустимими визначає наступним чином:

- недоліки, упущення, які не кваліфікуються як порушення закону (наприклад описки, граматичні помилки, які не змінюють зміст процесуального документу). У разі наявності таких помилок, наслідок у вигляді втрати юридичної сили доказу не може наступити;

- недоліки, упущення, які можуть кваліфікуватися як порушення процесуального закону (відсутність обов'язкових даних про особу, яка бере участь в слідчій чи іншій процесуальній дії; відсутність підпису в певному місці протоколу слідчої дії, де він має бути, ін.). У разі їх наявності докази мають визнаватися такими, що не мають юридичної сили, якщо встановлені обставини, що свідчать про неправомірність їх отримання;

- порушення, безпосередньо пов'язані з самим отриманням доказів (не роз'яснення прав, реалізація яких не має відношення безпосередньо до збирання, закріплення доказів; недотримання порядку виклику для проведення слідчих дій будь якого суб'єкта процесу). У таких випадках наслідки у вигляді втрати юридичної сили доказів не можуть наступити;

- порушення процесуального закону, які в принципі можуть мати зв'язок із самим отриманням доказів, однак реально не вплинули в конкретній ситуації на збирання, закріплення доказів (не роз'яснення суб'єкту права, яке пов'язане з отриманням доказів, при небажанні скористатись ним). Таке порушення не тягне за собою втрату юридичної сили доказу;

- порушення закону, які завжди мають прямий зв'язок з отриманням доказів (отримання доказів не уповноваженою особою, шляхом порушення прав і свобод). У цьому разі настає втрата їх юридичної сили;

- порушення процесуального закону, яке стосується отримання доказів

за певних обставин (наприклад, ненадання можливості законному представнику неповнолітнього потерпілого чи неповнолітнього свідка брати участь в допиті при волевиявленні цієї особи). Такі порушення тягнуть за собою втрату юридичної сили доказу [102, с. 85].

Така класифікація дозволяє досить точно визначити чи є порушення істотним і чи можна його використовувати в доказуванні. Автор найбільш повно описує класифікацію порушень та можливість їх використання в доказуванні. Позитивним є виокремлення технічних порушень в окрему категорію, та визначення можливості використання доказів з порушеннями і шляхи усунення таких порушень. Він пов'язав допущені порушення з їх видами і виокремив наслідки, які підлягають усуненню. Іншими словами недопустимість доказу, отриманого в результаті дій органів досудового розслідування і суду, в ході яких допускалися порушення процесуальних правил (відступу від них), залежить від характеру порушення (прогалини), яке не повинно створювати непереборних сумнівів в достовірності отриманих даних, фактичного заповнення прогалин і «нейтралізації наслідків порушення з тим, щоб усунути сумніви» [58, с. 238].

Як було зазначено, деякі вчені дотримуються іншої точки зору та не визнають можливості використання доказів, отриманих з порушеннями. Так, В. М. Савицький та А. Лобанов вважають, що будь яке порушення процесуальної форми тягне за собою визнання доказу недопустимим незалежно від характеру процесуальних порушень [167, с. 70; 88, с. 42]. А. В. Астапенко зазначає, що доказ, визнаний недопустимим, повинен бути виключений із сукупності доказів, незалежно від своєї гносеологічної, пізнавальної цінності, хоча фізично може залишатися у справі [6, с. 144].

Утім, позиція більшості науковців зводиться до розподілу порушень на істотні та неістотні. Підтримують такий підхід і практики, які вважають що докази можна використовувати в доказуванні після усунення порушень. Так, 61 % слідчих та 53 % прокурорів підтвердили таку можливість,

категоричними виявились 28 % слідчих та 38 % прокурорів, які зазначили, що докази, отримані з істотними порушеннями використовувати не можна.

У судовій практиці також можна відстежити диференційований підхід щодо істотності порушень. Так, згідно вироку Алуштинського міського суду АРК від 3 березня 2014 року, в судовому засіданні розглянуто кримінальне провадження № 12013130070001424 за обвинуваченням особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК України. Стороною обвинувачення був наданий висновок експерта про вартість викраденого майна. Однак експерт, який проводив експертизу, не зареєстрований в єдиному реєстрі судових експертів. Захисник обвинуваченого просив визнати вказаний висновок недопустимим доказом. Суд не задовольнив клопотання сторони захисту, оскільки обвинуваченим сума спричиненої крадіжкою шкоди, яка встановлена в результаті проведення експертизи, не оскаржується [21].

В цьому випадку суд, притримуючись категоричної позиції, мав би визнати доказ недопустимим, оскільки експертиза проведена неналежним суб'єктом. Однак суд допущене процесуальне порушення, не вважає істотним, та посилається на нього при прийнятті процесуального рішення. Свою відмову в задоволенні клопотання про визнання доказу недопустимим суд обґрунтував тим, що обвинуваченим не оскаржується спричинена матеріальна шкода, вказана сума враховується при кваліфікації злочину, крім того встановлена неналежним суб'єктом сума вказується у вирокі суду.

Іншим прикладом використання доказів, отриманих з порушенням є рішення Чернігівський районний суд Чернігівської області. В судовому засіданні розглянуто кримінальне провадження, № 12013260270000971 за обвинуваченням особи у скоєнні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 309 КК України. Сторона обвинувачення надала в якості доказу протокол огляду місця події, об'єктом є автомобіль ВАЗ 2103 д.н.з. Огляд автомобіля проводився на підставі добровільної згоди власника, що узгоджується з положеннями ч.4 ст. 237 КПК України за участі двох понятих, які підтвердили в судовому засіданні обставини, викладені в

протоколі огляду. Під час огляду виявлено та вилучено на задньому пасажирському сидінні пластиковий мішок з особливо небезпечним наркотичним засобом – канабіс, на задньому пасажирському сидінні автомобіля пластикова пляшка «Остреч», заповнена прозорою рідиною з характерним запахом розчинника. Протокол підписано учасниками, а саме спеціалістом, о/у, власником автомобіля, понятими, слідчим [44]. Сторона захисту надала копію протоколу з посиланням на відсутність підпису спеціаліста. Однак суд прийняв позицію, що відсутність підпису спеціаліста не підтверджує того, що складений протокол є недопустимим доказом у даному кримінальному провадженні та визнав протокол допустимим. Фактично, відсутність підпису одного з учасників слідчої (розшукової) та негласної слідчої (розшукової) дії є порушенням процесуальної форми. Однак суд, вважаючи таке порушення неістотним, визнав доказ допустимим та посилався на нього при прийнятті процесуального рішення.

Кіровський районний суд м. Кіровограда розглянув кримінальне провадження по обвинуваченню особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК України. В судовому засіданні захисник заявив клопотання про визнання доказів недопустимими у зв'язку з істотним порушенням прав обвинуваченого в ході досудового розслідування, що тягне за собою визнання неналежними та недопустимими доказів, зібраних органами досудового розслідування на підтвердження події злочину та винуватості обвинуваченої особи у вчиненому злочині Суд не прийняв до уваги доводи сторони захисту, оскільки в ході судового розгляду право обвинуваченої особи на захист було відновлено судом, докази подані стороною обвинувачення та досліджені в ході судового розгляду стороною захисту не оскаржені [32]. Суд відхилив доводи сторони захисту щодо порушення права на захист на стадії досудового розслідування, вважаючи, що порушення права на захист на стадії досудового розслідування може бути відновлено в ході судового розгляду і таке порушення не є істотним. Суд аргументував

своє рішення тим, що докази, подані стороною обвинувачення та досліджені в ході судового розгляду, стороною захисту не оскаржені.

З наведених прикладів убачається, що суди допускають використання доказів, які не містять істотних порушень. Водночас, відсутність законодавчої регламентації істотності порушень та випадків, за яких використання доказів можливе або не можливе із одночасним існуванням судових прецедентів, може призвести до виникнення проблем у правозастосовній практиці. Відсутність чіткого визначення критеріїв недопустимості доказів та правова невизначеність істотності допущених порушень дозволяє тлумачити окремі факти та обставини на свою користь як службовим особам так і стороні захисту. Узагальнене моделювання ситуацій законодавцем, дозволяє сторонам наповнити їх конкретним змістом, призводить до колізій, неоднозначної оцінки недопустимості доказів. Кожен із учасників оцінює їх в залежності від своїх оціночних понять, що недопустимо в кримінальному процесі. Перед слідчим, прокурором, суддею, захисником, підозрюваним та іншими учасниками кримінального процесу постає питання якими критеріями керуватись при оцінці доказів та на скільки істотним має бути порушення закону, щоб доказ було визнано недопустимим [16, с. 36].

Отже, законодавче визначення істотності порушення допущеного при збиранні та фіксації доказів, за наявності якого доказ вважається недопустимим, убачається своєчасним та доцільним. Законодавча диференціація порушень можлива у наступному вигляді: істотні – які тягнуть визнання доказу недопустимим, неістотні (незначні, формальні) – які не впливають на зміст доказової інформації про причетність особи до учинення кримінального правопорушення.

Пропонуємо доповнити КПК України статтею 87-2 «Істотні порушення, допущенні під час збору та фіксації доказів» у такій редакції:

1. Істотними порушеннями, які тягнуть за собою визнання доказу недопустимим є такі, які входять до переліку критеріїв недопустимих доказів та викликають сумніви під час їх оцінки.

2. Неістотними є порушення, які не відносяться до жодного з критеріїв недопустимості доказів та не викликають сумнівів під час оцінки доказу, не можуть об'єктивно вплинути на зміст доказового матеріалу та його достовірність; технічні та механічні помилки.

Висновки до розділу 1

1. В різні історичні періоди значення інституту недопустимості доказів було неоднаковим, встановлено безпосередню залежність розвитку цього інституту від соціальних, політичних та економічних умов, що визначали рівень демократизації кримінального процесу.

2. Передумови становлення інституту недопустимості доказів пов'язані зі згадуваннями в історичних джерелах Київської Русі в XI–XII ст. У законодавчих актах (Коротке зображення процесів та судових тяжб 1716 р., Зведення законів Російської імперії 1832 р., Статут кримінального судочинства 1864 р.) ознаки та умови недопустимості доказів конкретизуються та набувають законодавчого закріплення. Відбувається поступовий перехід від формальної оцінки доказів до вільної за внутрішнім переконанням суду, спостерігається тенденція до змагальності у кримінальному процесі, що впливає на формування правозастосовної практики у визнанні доказів недопустимими.

3. Після подій 1917 р. національне законодавство в частині інституту недопустимості доказів залишається без суттєвих змін. За часів СРСР питанню недопустимості доказів приділяється увага в теорії кримінального процесу, проте законодавчої регламентації у КПК не відбувається. Критерії недопустимості доказів напрацьовуються судовою практикою.

4. На міжнародній арені у 50–80-х рр. ХХ ст. відбувається формулювання та закріплення інституту недопустимості доказів у міжнародних конвенціях, деклараціях, пактах шляхом визначення концепції прав людини, переліку, змісту та випадків припустимого обмеження прав і свобод людини. Визначено вплив цих актів на формування положень про недопустимість доказів у сучасному кримінальному процесуальному законодавстві.

6. У незалежній Україні на формування інституту недопустимості доказів вплинула Конституція України, в якій закріплено відповідні положення (ст. 55, 62, 63). Їх відтворення та закріплення у кримінальному процесуальному законодавстві відбулося з прийняттям КПК України.

Сучасна наукова дискусія щодо визнання доказів недопустимими здійснюється у площині визначення понять «допустимість» та «недопустимість» доказів, критеріїв недопустимості, ступеня їх конкретизації, доцільності законодавчої регламентації та змісту відповідної правової норми (норм).

7. Обґрунтовано тезу про те, що допустимість та недопустимість доказів мають спільний предмет, складові елементи, критерії, виконують одні й ті самі функції, а відмінність між ними полягає в позитивному та негативному значенні.

8. За результатами вивчення й узагальнення емпіричних даних, до основних проблем правозастосовної практики в частині реалізації інституту недопустимості доказів належать: відсутність законодавчого закріплення процедури визнання доказів недопустимими на стадії досудового розслідування (76 %); невизначеність процесуальних правил оформлення рішень про визнання доказів недопустимими на досудових стадіях та судових стадіях кримінального судочинства за суб'єктами, уповноваженими проводити слідчі (розшукові), негласні слідчі (розшукові) дії, приймати процесуальні рішення (69 %); відсутність конкретизованого переліку істотних порушень прав людини й основоположних свобод, передбачених

міжнародними договорами (54 %); відсутність законодавчої регламентації критеріїв недопустимості доказів (82 %).

9. Соціологічні дослідження засвідчили, що слідчі та прокурори вважають доцільним: перевірку та оцінку доказів з точки зору недопустимості на початкових етапах судочинства (71 %); законодавче закріплення обов'язку слідчого, прокурора здійснювати перевірку та оцінку доказів на предмет недопустимості (65 %); винесення постанови за результатом оцінки доказів (41 %); закріплення обов'язку безпосереднього дослідження доказів слідчим і прокурором (73 %).

10. Деталізовано класифікацію недопустимих доказів за різними підставами, зокрема: за суб'єктом подання (надані стороною обвинувачення; надані стороною захисту; надані потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження; отримані за сприяння суду); за стадіями подання (отримані під час досудового розслідування; отримані під час судового розгляду); за наслідками визнання доказів недопустимими (які призводять до закриття кримінального провадження; що спричиняють зміну обсягу повідомлення про підозру або зміну кваліфікації діяння; які впливають на кваліфікацію діяння в обвинувальному акті; що сприяють винесенню виправдовувального вироку; які призводять до зміни або відміни вироку в касаційному порядку); за процесуальними джерелами доказів (недопустимі показання; недопустимі речові докази; недопустимі документи; недопустимі висновки експертів).

11. Наголошено, що відсутність законодавчого визначення критеріїв недопустимості доказів та істотності порушень процесуального порядку доказування спричиняє правову невизначеність і дозволяє сторонам кримінального провадження тлумачити окремі факти та обставини з елементами суб'єктивізму.

12. За результатами узагальнення правозастосовної практики, соціологічних досліджень, наукових концепцій, правових позицій ЄСПЛ у частині визнання доказів недопустимими визначено критерії недопустимості

доказів. Встановлено, що 71 % слідчих, 87 % прокурорів, 68 % суддів вважають за доцільне законодавче унормування критеріїв недопустимості доказів. Запропоновано доповнити КПК України ст. 87-1 «Критерії недопустимості доказів» та сформульовано її редакцію.

13. Обґрунтовано доцільність диференціації порушень процесуальних правил з метою визначення впливу таких порушень на визнання доказів недопустимими. Законодавча диференціація порушень можлива в такому вигляді: істотні – які призводять до визнання доказу недопустимим, неістотні (незначні, формальні) – які не впливають на зміст та достовірність доказової інформації, не позначилися на дотриманні прав людини. Запропоновано доповнити КПК України ст. 87-2 «Істотні порушення, допущені під час збирання та фіксації доказів».

РОЗДІЛ 2

ПІДСТАВИ ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

2.1. Істотні порушення прав і свобод людини як підстава визнання доказів недопустимими

В ст. 87 КПК України зазначено, 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. В цій же статті законодавець визначає перелік істотних порушень, зокрема це:

- здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов;
- отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження;
- порушення права особи на захист;
- 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;
- порушення права на перехресний допит.

Розглянемо їх детальніше. Першим істотним порушенням, яке є підставою визнання доказу недопустимими є здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов.

В КПК України передбачено перелік процесуальних дій, які провадяться з дозволу слідчого судді: судовий виклик (ст. 134 КПК України); привід під

час досудового розслідування (ст. 140 КПК України); арешт майна (ст. 170 КПК України); проникнення до житла чи до іншого володіння особи (ст. 233 КПК України); обшук (ст. 234 КПК України); огляд житла чи іншого володіння особи (ч. 2 ст. 237 КПК України); примусове отримання біологічних зразків для експертизи (ч. 3 ст. 245 КПК України); аудіо-відеоконтроль особи (ст. 260 КПК України); накладення арешту на кореспонденцію (ст. 261 КПК України); огляд і виїмка кореспонденції (ст. 262 КПК України); зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263 КПК України); зняття інформації з електронних інформаційних систем без відома її власника, володільця або утримувача (ч. 1 ст. 264 КПК України); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ч. 2 ст. 268 КПК); аудіо -, відеоконтроль місця при розслідуванні тяжкого або особливо тяжкого злочину (ч. 2 ст. 270 КПК); негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ч. 2 ст. 274 КПК); залучення слідчим суддею експерта за клопотанням сторони захисту (ч. 3 ст. 243 КПК).

Як свідчить узагальнення результатів судової практики у 3 % проваджень слідчі допускають процесуальні порушення при отриманні дозволу суду. Дотримання суттєвих умов отримання дозволу суду на проведення процесуальних дій передбачає виконання вимог закону щодо змісту і форми клопотань та порядку їх розгляду. У наступних прикладах відображено які саме порушення допускаються, а також їх причини та наслідки.

Приклад. Костопільський районний суд Рівненської області, розглянувши в судовому засіданні кримінальне провадження №12012190150000076 визнав недопустимим доказом протокол про результати негласної слідчої (розшукової) дії – зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж абонентського номера та оптичний диск DVD-R №04 з аудіозаписом. Підставою такого рішення стало те, що в матеріалах досудового розслідування відсутня постанова слідчого судді про

надання дозволу на проведення негласної слідчої дії – зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, абонентського номера [36].

Ще одним прикладом є рішення Хмельницького міськрайонного суду. Так, в ході судового розгляду визнано недопустимим протокол про результати здійснення оперативно-технічних заходів від 16.12.2013 року, протокол огляду від 12.02.2014 року компакт диск формату DVD-R інформації, що на ньому зафіксована, а також сам речовий доказ – компакт диск формату DVD-R з аудіо записом телефонних розмов. Підставою такого рішення стало те, що сторона захисту заперечила законність проведення оперативно-технічних заходів відносно обвинуваченого, а сторона обвинувачення доказів законності проведення останніх не надала [42]. Отже, підставою визнання доказів недопустимими стало здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу. Інші наявні у справі докази були визнані недопустимими у зв'язку тим, що вони є похідними від доказу, який втратив юридичну силу.

Бориспільським міськрайонним судом Київської області розглянуто кримінальне провадження № 12013000000000349. В ході судового розгляду визнано недопустимими результати зняття інформації з телекомунікаційних мереж засобів мобільного зв'язку. Підставою такого рішення стало те, що доказів на розсекречення та про легітимність інформації суду надано не було. В матеріалах кримінального провадження відсутня ухвала слідчого судді, якою надано дозвіл на зняття інформації з телекомунікаційних мереж засобів зв'язку. Сторона обвинувачення не довела законність проведення зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та законність отримання відповідних даних, оскільки не подала ухвалу слідчого судді, якою надається дозвіл на проведення цієї негласної слідчої (розшукової) дії [24].

Таким чином, обов'язок доказування законності умов здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду покладено на сторону обвинувачення. При цьому необхідно забезпечити дотримання вимог

не лише щодо порядку отримання дозволу слідчого судді, а й щодо змісту і форми клопотань. У разі проведення негласних слідчих (розшукових) дій, також має бути дотримана процедура розсекречування отриманих матеріалів.

Наступним істотним порушенням, яке виокремлює законодавець, є отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження. Крім внутрішнього законодавства, недопустимість такого порушення передбачена ст. 3 Конвенції. Принцип поваги до людської гідності тісно пов'язаний з іншими гарантіями, що мають бути забезпечені під час досудового розслідування [107, с. 77]. Зокрема порушення права не свідчити проти себе, порушення права на захист.

Поняття «катування» закріплено в Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання [71], де у ст. 1 катування визначене як навмисне завдання сильного болю або страждання з метою отримання відомостей, покарання або залякування [71]. Визначення цього поняття міститься також в ст. 127 КК України [78].

В практиці ЄСПЛ існує низка рішень щодо порушення ст. 3 Конвенції. Зокрема це «Лабіта проти Італії», «Ірландія проти Великобританії», «Матьяр проти Туреччини», «Сельмуні проти Франції», «Валашінас проти Литви», «Ассенов та інші проти Болгарії».

У справі «Лабіт проти Італії» ЄСПЛ зазначає, що ст. 3 Конвенції захищає одну із фундаментальних цінностей демократичного суспільства. Забороняється будь-яке катування або нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження, незалежно від обставин справи чи поведінки потерпілого [131].

Україна посідає одне з лідируючих місць серед держав-учасниць Конвенції за кількістю поданих скарг на порушення ст. 3 Конвенції. Станом на 31 грудня 2014 р. встановлено 12 порушень щодо заборони тортур, 117 – нелюдського або такого що принижує гідність поводження і 54 – щодо

неефективного розслідування обґрунтованих скарг щодо жорстокого поводження [217].

Відповідно до прецедентної практики ЄСПЛ, погане поводження має досягати певного мінімального рівня жорстокості, щоб підпадати під дію ст. 3 Конвенції. Оцінка мінімального рівня жорстокості є відносною. Вона залежить від тривалості поводження, його фізичного і психологічного впливу, а в деяких випадках від статі, віку і стану здоров'я потерпілого [143].

Аналіз рішень у справах ЄСПЛ дозволяє зробити висновок, що суд, при оцінці наявності чи відсутності жорстокого поводження, керується належними доказами – висновками експертів, довідками, які свідчать про наявність тілесних ушкоджень та іншим. Доведеність факту катування може слідувати із сукупності ознак чи неспростовних фактів, узгоджених між собою.

У справі «Селмуні проти Франції» було доведено, що пан Селмуні зазнавав систематичних і постійних знущань протягом періоду, коли його допитували. Знущання полягали в нападу з тілесними ушкодженнями, які призвели до повної непрацездатності протягом понад восьми днів; нападу із застосуванням зброї (а саме – бейсбольної бити); сексуальних домагань; нападу, який призвів до інвалідності (а саме – до втрати одного ока); та зґвалтування, в якому брали участь двоє чи більше осіб. Усі ці злочини вчинені між 25 і 29 листопада 1991 року офіцерами поліції, які були при виконанні своїх службових обов'язків [160].

В ст. 3 Конвенції містяться негативні та позитивні зобов'язання, яких має дотримуватися держава. Негативне зобов'язання полягає у утриманні від будь-яких дій стосовно катувань або поводження, забороненого ст. 3 Конвенції. Позитивне зобов'язання полягає в обов'язку вжиття заходів для того, щоб гарантувати особам їхні права та захищати їх від забороненого поводження [140].

Ст. 3 Конвенції розмежовує такі види поводження:

– катування (поводження найвищого рівня жорстокості);

- нелюдське;
- таке, що принижує гідність.

Формами забороненого поводження є:

- фізичне насильство («палестинське підвішування» – справа «Аксої проти Туреччини»);
- побиття (справа «Томазі проти Франції»);
- тягання за волосся (справа «Селмуні проти Франції»);
- обливання гарячою і холодною водою (справа «Аккоч проти Туреччини»);
- погрози (справа «Лабіта проти Італії»).

Нелюдське поводження під час досудового розслідування впливає на оцінку недопустимості доказів. При цьому критерієм доведення катувань є сукупність ознак та презумпцій, достатньо вагомих, чітких і узгоджених між собою, які свідчать про наявність катувань чи нелюдського поводження [153].

Для правозастосовної практики важливою також є правова позиція ЄСПЛ щодо протидії катуванню. Вона полягає в тому, що коли особу взято під варту в поліції здоровою, але на час звільнення з-під варти ця особа має ушкодження, держава зобов'язана пояснити причини ушкоджень, а в разі неспроможності зробити це, виникає питання про порушення за ст. 3 Конвенції [140]. Таким чином на державу покладено відповідальність за ушкодження, отримані за час перебування під вартою.

Наявність катувань призводить до втрати будь яких свідчень, яку б доказову силу вони не мали. Прикладом цього є справа «Гефген проти Німеччини». З матеріалів справи вбачається, що обвинувачений Гефген в результаті катувань дав показання щодо викрадення та вбивства 11-річного хлопчика, вказав на місцезнаходження трупа. Зазначені показання визнано недопустимими, оскільки вони отримані в результаті жорстокого поводження [156]. ЄСПЛ засудив використання даних, отриманих в результаті жорстокого поводження, оскільки вони були отримані в результаті катувань.

За результатами узагальнення практики ЄСПЛ встановлено, що катування та жорстоке поводження зазвичай мають місце за відсутності захисника та часто поєднуються із порушенням права на захист. Органи досудового розслідування, зокрема в Україні, вдаються до різних методів, що допускають порушення прав, гарантованих міжнародними договорами, Конституцією України, КПК України, з метою отримання обвинувальних показань.

У справі «Лазаренко проти України» Судом встановлено, що заявника було затримано та допитано як підозрюваного у вчиненні умисного вбивства без обтяжуючих обставин, яке каралося позбавленням волі на визначений строк. З огляду на обставини цієї справи, зокрема, на виявлення трупа потерпілого та його викраденого автомобіля до затримання заявника, ЄСПЛ вважає, що на момент затримання слідчий мав усі підстави підозрювати заявника у вчиненні умисного вбивства з корисливих мотивів, покарання, за яке передбачалося у вигляді або позбавлення волі на визначений строк, або довічного позбавлення волі та, відповідно, вимагало обов'язкової участі захисника. Відповідно, ЄСПЛ не виключає, що, як стверджував заявник, первісно висунуті щодо нього обвинувачення були спеціально пом'якшені на тій стадії провадження для того, щоб обійти юридичну гарантію права на захист. ЄСПЛ також враховує специфіку вказаної підстави для обов'язкової участі захисника, посилення на яку навряд чи могло очікуватись від заявника, оскільки будь-яке обтяження обвинувачень щодо нього було б явно несумісним з його інтересами. Ця обставина демонструє уразливість становища заявника та його реальну потребу в юридичній допомозі, в якій фактично було відмовлено з огляду на спосіб, у який слідчий використав свої дискреційні повноваження стосовно кваліфікації розслідуваного злочину. Лазаренко визнав себе винним у вчиненні вбивства Л. під час допиту та відтворення обстановки і обставин події, які були проведені через кілька днів після його затримання та за відсутності захисника. Хоча він пізніше відмовився від свого зізнання, суди посилялись на нього, як на підставу для

своїх висновків щодо його вини. Крім того, обмеження права заявника на захист було проігноровано національними судами попри те, що заявник про нього зазначав у касаційній скарзі до Верховного Суду України, та те, що відповідно до національного законодавства, воно становило істотне порушення вимагало скасування вироку. Цей недолік не міг бути виправлений ані юридичною допомогою, наданою заявнику пізніше, ані змагальним характером подальшого провадження [154]. Ця справа ілюструє зловживання зі сторони правоохоронних органів та підкреслює необхідність забезпечення роботи інституту недопустимості доказів та чіткого визначення критеріїв недопустимості доказів.

У справі «Селмуні проти Франції» ЄСПЛ визнав вірогідним те, що працівники поліції навмисно погано з ним поводитись, щоб отримати від нього викриваючі показання [160]. Погане поводження з особою має на меті залякати, принизити гідність підозрюваного, обвинуваченого, підкорити волю і зізнатись у вчиненні злочину [148].

За загальним правилом, вирішення питання про допустимість доказів є прерогативою національних судів, а роль ЄСПЛ обмежується оцінкою загальної справедливості провадження. Докази, отримані за допомогою заходу, який визнано таким, що суперечить статті 3 Конвенції, потребують окремого підходу – тобто мають бути визнанні недопустимими. Отже, згідно з практикою Суду, допустимість як доказів свідчень, отриманих за допомогою катування, з метою встановлення відповідних фактів у кримінальному провадженні, призводить до його несправедливості в цілому, незалежно від доказової сили таких свідчень і від того, чи мало їх використання вирішальне значення для засудження підсудного судом [140].

Поширеним критерієм недопустимості доказів є 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. Відповідне право закріплене у підпункті «d» пункту 3 ст. 6 Конвенції.

Відповідно до вимог ст. 63 Конституції України, особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. Згідно з п. 2 ч. 3 ст. 42, ч. 8 ст. 224 КПК України, підозрюваному та обвинуваченому, свідку, слідчий, прокурор зобов'язані чітко і своєчасно повідомити про їх права, передбачені цим кодексом та надати роз'яснення. Якщо під час проведення досудового розслідування судового розгляду особі не роз'яснені їхні права, показання зазначених осіб повинні визнаватися недопустимим доказом.

Ще одним істотним порушенням прав та свобод людини є порушення права на перехресний допит. Це право випливає із змісту п. 3 ст. 6 Конвенції, ст. 129 Конституції України та ч.ч. 6–8 ст. 352 і ст. 353 КПК України. Перехресний допит – це допит особи, показання якої представляються як докази протилежною стороною для критичного дослідження і перевірки даних, отриманих в ході прямого допиту, а також для отримання нових даних від особи, допитаної при прямому допиті [82, с. 258]. Він проводиться в судовому засіданні. Однак на стадії досудового розслідування зазначену слідчу (розшукову) дію також проводять. Порушення встановлених вимог щодо перехресного допиту є підставою для визнання судом доказів недопустимими.

Сприятливими умовами проведення перехресного допиту в судовому засіданні є: 1) пасивність суду і його невтручання у перехресний допит за умови дотримання сторонами встановленого порядку його проведення; 2) надання свободи сторонам формувати доказову базу і проводити на свій розсуд перехресний допит особи, яка засвідчує факти в суді на користь процесуального противника [77, с. 218]. Ці ж умови повинні бути дотримані, якщо перехресний допит проводиться під час досудового розслідування.

Перехресний допит проводиться за ініціативою сторони обвинувачення або за клопотанням сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Безпідставна відмова в

задоволенні клопотання сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, є підставою визнання доказу недопустимим. При цьому перехресний допит передбачає проведення прямого допиту всіх учасників, який має передувати йому.

Обмеження осіб, які ініціювали проведення перехресного допиту у праві ставити питання, висловлювати свої пропозиції, зауваження та заперечення щодо порядку проведення відповідної слідчої (розшукової) дії, є підставою для визнання доказу недопустимими [77, с. 218].

Методика проведення перехресного допиту передбачає, що свідка починає допитувати та сторона, за ініціативою якої він був викликаний. Порухення цього правила є підставою визнання доказу недопустимим [77, с. 219].

Позиція ЄСПЛ полягає в тому, що обвинувачений повинен мати можливість допитати свідків обвинувачення під час судового провадження. Наприклад, у справі Луценко проти України, було допущено порушення права на перехресний допит. Луценка було засуджено переважно на показаннях особи, яку він не мав можливості допитати у суді. Оскільки свідок, якого Луценко не міг допитати в суді, дав викривальні показання за відсутності процесуальних гарантій не давати проти себе показань, і саме вони переважно і були використані для встановлення фактів, які мали значення для кваліфікації дій заявника, право на захист було обмежено настільки, що це поставило під сумнів справедливість провадження в цілому [142]. Показання, отримані в порядку ст. 225 КПК України, також мають бути визнані недопустимими, якщо під час допиту у слідчого судді сторона захисту не мала змоги провести перехресний допит.

Наведений вище перелік істотних порушень, визначених законодавцем, не є повним. Вивчення судової практики показує, що докази визнаються недопустимими і з інших підстав, не зазначених в КПК України.

2.2. Порушення під час проведення процесуальних дій як підстава для визнання доказів недопустимими

Виявлення та дослідження порушень під час проведення процесуальних дій передбачає необхідність правильного розуміння понять «процесуальні дії» та «слідчі дії» (слідчі (розшукові), негласні слідчі (розшукові) дії). Це зумовлено тим, що КПК України не містить визначення «процесуальні дії», що ускладнює його однозначне розуміння.

Слідчі та процесуальні дії мають спільні риси: мету та завдання, суб'єкт, уповноважений їх проводити. Слід звернути увагу на те, що поняття «слідчі дії» визначено в КПК України, а «процесуальні дії», як вже було зазначено – ні. При цьому законодавець оперує останнім поняттям. Так, в ч. 1 ст. 223 КПК України роз'яснено, що слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих у конкретному кримінальному провадженні. Вони носять пізнавальний та процесуальний характер, їх форма чітко визначена та регламентована. Коло суб'єктів, уповноважених їх проводити обмежене слідчим та прокурором. Отже, убачається, що процесуальні дії спрямовані на одержання та перевірку доказів, іншої інформації (інформація, що характеризує особу злочинця, процесуальні документи, які не містять доказового значення – заяви, клопотання, доручення, тощо). При цьому їх проведення не містить чіткої регламентації, не пов'язане із процесуальним примусом та відбувається на всіх стадіях кримінального процесу. Прикладом процесуальних дій є прийняття заяви про кримінальне правопорушення, оголошення повідомлення про підозру, складання обвинувального акта, обрання запобіжного заходу, визнання особи цивільним позивачем, витребування матеріалів, що характеризують особу (характеристика, довідка про наявність у підозрюваного психічних розладів, відомості про судимість) тощо. Коло суб'єктів, уповноважених проводити процесуальні дії не обмежене. Їх можуть здійснювати сторона захисту, сторона обвинувачення, потерпілий,

цивільний позивач, цивільний відповідач та інші зацікавлені учасники процесу.

Як зазначається в літературі, розслідування вимагає від уповноваженої особи проведення процесуальних дій, які відрізняються від слідчих і спрямовані на: 1) регулювання перебігу розслідування та його закінчення; 2) забезпечення дотримання та реалізації прав і законних інтересів учасників процесу; 3) оформлення прийнятих слідчим процесуальних рішень тощо. Таким чином, процесуальні дії, на відміну від слідчих, не є засобом реалізації завдань доказування, а лише створюють необхідні умови розслідування кримінальної справи [198, с. 3–4].

Деякі науковці вважають ці поняття рівнозначними. Так, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. П. Шибіко вважають, що процес збирання доказів не зводиться лише до проведення слідчих і судових дій. Прихильники такої позиції серед способів збирання доказів та їх процесуальних джерел на один рівень зі слідчими виносять проведення процесуальних дій [80, с. 119]. Слушно зазначає Ю. М. Чорноус, що процесуальні дії співвідносяться зі слідчими діями, як ціле і частина. Процесуальні дії охоплюють усі передбачені кримінально-процесуальним законодавством заходи, проте відрізняються від слідчих метою, колом уповноважених суб'єктів, порядком проведення, результатами тощо [202, с. 49].

Отже, убачається, що у вивченні інституту недопустимості доказів доцільно використовувати поняття «процесуальні дії», що дозволить усебічно дослідити різні його аспекти.

КПК України встановлює допустиму процедуру процесуальних дій, відхилення від неї тягне визнання доказів недопустимими за умови, якщо вони істотно порушують права учасників кримінального провадження.

Вивчення матеріалів правозастосовної практики дозволило виокремити типові порушення під час проведення процесуальних дій, зокрема: порушення процесуальної форми (86 %); одержання доказів на підставі недопустимих (32 %); неналежний суб'єкт доказування (34 %); неналежне

джерело доказів (41 %); неналежний спосіб одержання доказів (52 %); поєднання декількох порушень (57 %). За даними опитування 95 % слідчих допускали порушення під час проведення та оформлення результатів процесуальних дій.

Отже, однією з найпоширеніших підстав визнання доказу недопустимими є порушення процесуальної форми. Це поняття залишилось поза увагою законодавця, проте у теорії кримінального процесу йому приділено увагу.

Так, на думку Я. О. Мотовиловкера, процесуальна форма – це форма, яку мають ті чи інші процесуальні дії, а також строки для їх проведення [100, с. 84]. З визначення вбачається, що процесуальна форма охоплює не лише законодавчу регламентацію проведення процесуальної дії, а і дотримання процесуальних строків. Тобто, доказ визнається недопустимим не лише за наявності порушень вимог КПК України, а і в тому випадку, якщо слідчий, прокурор не дотримався процесуальних строків, встановлених КПК України. На нашу думку, такий двоєдиний підхід є позитивним та в повному обсязі здатен виконати завдання кримінального провадження. Слушною є думка про те, що процесуальна форма – це суворо регламентований порядок, встановлений сукупністю правових норм, які регулюють діяльність суду, прокуратури і органів досудового розслідування, а також їх відносини між собою, з громадянами та організаціями під час порушення, розслідування і вирішення кримінальних справ [53, с. 75]. З визначення вбачається, що процесуальна форма регламентує порядок всього провадження від внесення до ЄРДР і до набрання чинності судового рішення.

С. М. Мельник вважає, що процесуальна форма – це визначена кримінальним процесуальним правом і регламентована законом система процесуальних інститутів і правил, послідовність стадій кримінального процесу та сукупність процесуальних вимог, що висуваються до учасників судочинства, яка встановлює: засади найбільш доцільної процедури здійснення їх повноважень; способи та строки здійснення процесуальних дій,

пов'язаних зі збиранням, дослідженням та оцінкою доказів; порядок прийняття та оформлення рішень; створює правовий режим діяльності суду, органів розслідування, прокурорського нагляду та умови для провадження кримінальної справи, забезпечує реалізацію прав усіх учасників процесу і гарантує досягнення бажаного матеріально-правового результату [94, с. 7].

На думку М. М. Михеєнка, процесуальною формою називається передбачений кримінально-процесуальним законом порядок усієї кримінально-процесуальної діяльності органів досудового розслідування, прокуратури і суду, а також громадян та юридичних осіб, залучених до сфери цієї діяльності, та порядок вчинення й оформлення окремих процесуальних дій, прийняття, оформлення та звернення до виконання процесуальних рішень [96, с. 30]. Схожим є визначення процесуальної форми, запропоноване М. Л. Якубом, який розуміє її як умови і послідовність провадження окремих процесуальних дій та прийняття рішень, а також умови провадження за справою у цілому, тобто всі форми судочинства в їх сукупності, в їх системі як єдине ціле [209, с. 24].

З наведених визначень убачається, що процесуальна форма стосується не лише слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, а і процесуальних дій взагалі. Процесуальна форма охоплює не лише стадію досудового розслідування, а зберігає свою актуальність на всіх інших стадіях кримінального провадження.

Проаналізувавши визначення поняття процесуальної форми, можна зробити висновок, що це передбачений кримінальним процесуальним законом порядок діяльності сторони обвинувачення, сторони захисту, потерпілого і його представника, а також інших учасників кримінального провадження, спрямований на виконання завдань кримінального провадження, який забезпечує допустимість доказів на всіх стадіях кримінального провадження. Наслідком порушення процесуальної форми є визнання доказу недопустимим.

Процесуальна форма виконує два пов'язаних завдання: по-перше, забезпечує достовірність доказів; по-друге, захищає права і законні інтереси громадян у кримінальному процесі [195, с. 108]. Отже у сенсі предмета дослідження, процесуальна форма здійснює захист прав і законних інтересів як критерій недопустимості доказів. Вона є певним індикатором дотримання уніфікованих правил та відображає законність дій уповноважених осіб під час збирання та фіксації доказів. В разі порушення процесуальної форми, доказ втрачає юридичну силу. При цьому в ст. 87 КПК України процесуальна форма як критерій недопустимості доказів не передбачений.

Як вже зазначалось, в практичній діяльності досить часто допускаються порушення процесуальної форми. Це пов'язано з тим, що всі слідчі (розшукові) дії проводяться за чітко встановленим порядком, а будь яке відхилення вважається порушенням. Так, 95 % слідчих та 81 % прокурорів допускали порушення процесуальної форми під час збирання та фіксації доказів. Вивчення судової практики свідчить, що в 16% кримінальних проваджень, розглянутих судами першої інстанції, підставою для визнання доказів недопустимими є порушення процесуальної форми.

Приклад. Веселинівський районний суд Миколаївської області розглянув кримінальне провадження № 12012160210000143 за обвинуваченням особи у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 3 ст. 185; ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 185 КК України. Зі змісту вироку вбачається, що суд вважає неналежними та недопустимими доказами протоколи слідчих експериментів, оскільки ці документи не відповідають вимогам ст.ст. 104, 240 КПК України та не підписані підозрюваним [27]. Відсутність підпису в протоколі є порушенням процесуальної форми, передбаченої ч. 5 ст. 104 КПК України. Слідчий позбавив учасника кримінального провадження права ознайомлюватися з протоколом, заявляти заяви та зауваження. Недотримання цих прав створює умови для фальсифікації результатів слідчих дій, спрямування слідства у «потрібному» напрямку. Не підписання протоколу, а насамперед, обвинуваченим, є істотним порушенням процесуальної форми,

викликає сумніви в юридичній силі доказів, а тому є підставою для визнання їх недопустимими. У разі встановлення такого порушення суд має визнати докази недопустимими.

Ще одним прикладом визнання доказу недопустимим у зв'язку з порушенням процесуальної форми є вирок Вознесенського міськрайонного суду Миколаївської області по кримінальному провадженню № 12013160280000737 по обвинуваченню особи за ч. 3 ст. 152, ч. 2 ст. 153, ч. 1 ст. 185 КК України. Сторона обвинувачення надала в якості доказу протокол огляду місця події, під час якого було виявлено та вилучено одяг, обвинуваченої особи. Вилучений одяг поміщено до пакету № 1. Пакет прошито та опечатано в присутності двох понятих. В ході судового розгляду з'ясовано, що фактично понятий, який був запрошений до початку виконання вказаної слідчої дії, не брав у ній участі. Він перебував у себе вдома. До домоволодіння обвинуваченого не підходив, не брав участі у вилученні речей, які мають значення для кримінального провадження. Вони не були надані для огляду. Свідок, яка була запрошена як понята, пояснила, що протокол огляду прочитала та підписала за вказівкою слідчого. Вилучених речей не бачила. Іншого понятого при підписанні протоколу не було. Підпис окрім неї на даному документі у її присутності ніхто не ставив [28]. Суд визнав протокол огляду місця події недопустимим доказом. Відповідно до ст. 237 КПК України, понятий обов'язково бере участь під час виявлення та фіксації відомостей щодо обставин вчинення кримінального правопорушення, вилучення речей, які мають значення для кримінального провадження. У разі вилучення відповідних речей, він повинен брати участь в їх негайному огляді і опечатуванні із завіренням їх підписами. В даному випадку слідчий порушив процесуальну форму проведення огляду місця події, що призвело до визнання доказу недопустимим. Фактично, слідчий зімітував присутність понятих, забезпечивши наявність підписів в протоколі. Вилучені під час огляду місця події речові докази втратили свою юридичну силу, що мало негативні наслідки для доказування винуватості особи у

вчиненні злочину. Решта доказів, здобутих на підставі недопустимих, також втратили свою юридичну силу. Так, згідно згаданого вироку Вознесенського міськрайонного суду Миколаївської області, суд визнав недопустимим доказом висновок експерта № 95–ц. Це зумовлено тим, що об'єктом експертного дослідження були недопустимі докази. Вивчення кримінальних проваджень, в яких докази визнавались недопустимими, дозволяє зробити висновок про те, що типовими порушеннями процесуальної форми, які призводять до визнання доказу недопустимим є відсутність підписів учасників слідчих дій, проведення без участі понятих або із порушенням ст. 237 КПК України; не роз'яснення учасникам процесуальних дій їх прав.

Наступною підставою для визнання доказів недопустимими є отримання доказів на підставі тих, які не мають юридичної сили. Цей критерій бере свій початок у кримінальному процесі США. Згідно нього, будь-яке порушення поліцейськими конституційних прав громадян, навіть якщо воно має не безпосередній, а лише опосередкований зв'язок із самим процесом виявлення, вилучення та фіксації доказів, тягне втрату останнім юридичної сили. Наприклад, недопустимими є докази, отримані у ході обшуку, якщо місце обшуку знайдено по карті, отриманій незаконним шляхом [107, с. 101]. В кримінальному процесі США цей критерій має назву *fruit of poison sonous tree doctrine*, що в перекладі означає «плоди отруйного дерева». У вітчизняній літературі цей термін також вживається для позначення доказів, отриманих на підставі недопустимих.

Серед науковців триває дискусія щодо того чи є «плоди отруйного дерева» критерієм недопустимості доказів. Так, К. І. Сутягін не відносить доктрину «плодів отруйного дерева» до критеріїв недопустимості доказів. На його думку, це лише теоретична конструкція, яка застосовується на практиці в якості наслідку визнання одного із доказів недопустимим. При цьому, недопустимість «похідних» доказів є наслідком визнання основного доказу недопустимим [182, с. 43]. Отже, автор розцінює доктрину як причинно-наслідковий зв'язок визнання доказів недопустимими. Утім, практика його

застосування свідчить про самостійність цього критерію. Судді не роблять винятків, та визнають доказ недопустимим, якщо він отриманий на підставі такого, який не має юридичної сили у будь якому випадку. Так, 94 % слідчих та 96 % прокурорів допускали порушення під час досудового розслідування, які в подальшому призводили до визнання похідних доказів недопустимими на стадії судового розгляду. Крім того, 5 % слідчих та 2 % прокурорів вказали, що вони не з'ясовували хід судового розгляду провадження. Випадки застосування доктрини плодів отруйного дерева їм не відомі. Вивчення судової практики показало, що в ході судового розгляду у 10 % справ докази було визнано недопустимими у зв'язку з тим, що вони отримані на підставі тих, які не мають юридичної сили.

Приклад. Путивльський районний суд Сумської області розглянувши кримінальне провадження № 12013200080000375 за обвинуваченням групи осіб, визнав докази недопустимими. Так, сторона обвинувачення надала в якості доказу протокол обшуку та висновки судово-балістичної експертизи. Протокол обшуку підписаний із зауваженням мешканців домоволодіння про те, що під час обшуку нічого не знайдено. Після закінчення слідчої (розшукової) дії на території обшукуваної ділянки виявлено предмет, схожий на пістолет. При цьому слідча (розшукова) дія не відновлювалась, що підтверджено іншими доказами по справі. Однак, згідно протоколу, обшук проводився безперервно та закінчився після виявлення і вилучення пістолету, що суперечить як показанням свідків, так і відеозапису цієї слідчої (розшукової) дії. З відеозапису вбачається, що після проведення пошукових дій, в тому числі і з застосуванням металошукача, у житлово-господарських будівлях, автомобілях та земельній ділянці, виявлено нічого не було. Слідчий оголосив про припинення слідчої (розшукової) дії і зупинення відеозйомки для складання протоколу. Під час судового розгляду встановлено, що в матеріалах, які були підставою для проведення обшуку, жодних фактичних даних про використання вогнепальної зброї під час кримінального провадження не було. Через 14 хвилин відеозйомку відновлено і зафіксовано

пістолет з магазином та двома патронами в ньому, який знаходився у ямці, викопаній на садовій ділянці між басейном і парканом [40]. Суд визнав протокол обшуку та вилучені речові докази – пістолет «Браунінг» та два патрони до нього, недопустимими. Слідчий порушив процесуальну форму проведення слідчої (розшукової) дії, не забезпечив безперервну фіксацію, а відновлення слідчої дії ніде не зафіксував. Однак в ході обшуку виявлено речовий доказ, який підлягав подальшому експертному дослідженню. Слідчий не забезпечив законність фіксації вилучення пістолета і патронів. Судово-балістичну експертизу призначено на підставі незаконно вилучених доказів. Суд, даючи оцінку висновкам судово-балістичних експертиз визнав їх недопустимими. Хоча експертизи проведенні з дотриманням вимог КПК України, однак об'єктом дослідження були речові докази, визнані недопустимими.

Рішення Путивльського районного суду Сумської області є прикладом порушення доктрини плодів отруйного дерева та процесуальної форми при збиранні та фіксації доказів. Використання в практичній діяльності доктрини плодів отруйного дерева підкреслює необхідність оцінки недопустимості доказів на стадії досудового розслідування та виокремлення цієї підстави як критерію.

Наступний критерій – неналежний суб'єкт доказування. В українській мові термін «суб'єкт» тлумачиться як особа, група осіб, організація і т. ін., яким належить активна роль у певному процесі, акті; особа або організація як носій певних прав і обов'язків [174, с. 614]. В теорії кримінального процесу єдності поглядів щодо поняття «суб'єкт доказування» немає. Законодавець також залишив цей термін без уваги.

В. М. Тertiшник під суб'єктами доказування розуміє тих учасників кримінального процесу, на яких покладається обов'язок встановлення об'єктивної істини [186, с. 123]. А. Б. Муравін дотримується точки зору, що суб'єктами доказування є органи та особи, які здійснюють доказування та несуть відповідальність за нього, мають право на активну і тривалу участь у

процесі доказування для захисту своїх інтересів або інтересів, які вони представляють [101, с. 131]. Г. Ф. Горський та В. Т. Нор під суб'єктами доказування розуміють органи і осіб, які або зобов'язані здійснювати доказування (збирають, перевіряють, оцінюють докази) і є відповідальними за нього, або мають право на активну участь у процесі доказування, реалізуючи свої охоронювані законом інтереси [105, с. 52; 49, с. 224].

В КПК України міститься перелік осіб, уповноважених здійснювати збирання і фіксацію доказів. До них належать суд, прокурор, слідчі органу досудового розслідування, підозрюваний, обвинувачений, законний представник, захисник, потерпілий і його представник, цивільний позивач, цивільний відповідач, представник цивільного позивача, цивільного відповідача, законний представник цивільного позивача, цивільного відповідача, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. При цьому проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії уповноважена лише сторона обвинувачення та суд. Іншим учасникам надано лише право ініціювати проведення процесуальних дій.

Кожен суб'єкт здійснює збирання і закріплення доказів виключно в межах повноважень, передбачених КПК України. Вихід за межі передбачених повноважень є підставою для визнання доказу недопустимим. Згідно КПК України, слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії на стадії досудового розслідування можуть бути проведені лише слідчим та прокурором. В практичній діяльності досить часто трапляються випадки, коли слідчу дію проводить не уповноважена особа. Це призводить до втрати доказом юридичної сили. Так, узагальнення судової практики показало, що у 5% кримінальних проваджень доказ визнано недопустимим у зв'язку тим, що слідчі (розшукові) та негласні (слідчі) розшукові дії проводились неналежним суб'єктом.

Як справедливо зазначають Р. С. Белкін, В. Я. Дорохов, у випадку, коли закон із переліку способів збирання і перевірки доказів виокремлює ті, на виконання яких уповноважені не всі органи, які здійснюють провадження,

необхідною умовою допустимості доказів певного виду є наявність у органу, повноважень на їх провадження [13, с. 117]. Важливість наявності повноважень пояснюється специфікою доказування та можливістю втручання у сферу приватного життя осіб. Держава наділяє лише певні органи правом порушувати права людини, гарантовані Конституцією, виключно в межах, передбачених КПК України.

Основним суб'єктом, який здійснює доказування на стадії досудового розслідування є слідчий. Утім, існують випадки, за яких слідчий може бути визнаний неналежним суб'єктом. Проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій слідчим, який не має відповідних повноважень, може стати підставою для визнання всіх, здобутих ним доказів, недопустимими.

Аналіз КПК України дозволяє виокремити правові підстави для збирання та фіксації доказів слідчими. Це:

- доручення керівника органу досудового розслідування на провадження слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій слідчому та створення слідчої групи;
- доручення суду, доручення інших слідчих та прокурора на проведення окремої слідчої (розшукової) та негласної слідчої (розшукової) дії;
- виконання запиту (доручення) компетентного органу іноземної держави про міжнародну правову допомогу.

Тобто, якщо проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій здійснено слідчим без зазначених правових підстав, всі докази, здобуті під час досудового розслідування, будуть визнані недопустимими. Докази можуть бути визнані недопустимими за наявності також і інших підстав. Так, слідчий визнається неналежним суб'єктом, якщо проводив слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії:

- під час перебування на лікарняному;
- під час перебування у відпустці;
- за наявності підстав для відводу слідчого;

– у разі відсторонення від посади.

Так, згідно ст. 38 КПК України слідчий починає досудове розслідування одноособово або слідчою групою. Одноособово досудове розслідування слідчий починає за дорученням керівника слідчого підрозділу. Порядок надання такого доручення та його форма не передбачені КПК України. Однак, як показує правозастосовна практика, воно складається в письмовій довільній формі. В ньому зазначається номер кримінального провадження, прізвище, ім'я, по батькові слідчого, якому доручається проведення процесуальних дій та прийняття рішень, зазначається дата, інформація про керівника. Проведення процесуальних дій без доручення керівника підрозділу не допускається. Як показує узагальнення судової практики, у 2 % кримінальних проваджень підставою для визнання доказу недопустимим є відсутність доручення керівника підрозділу. Певні практичні проблеми реалізації ст. 38 КПК України полягають у тому, що слідчі не виносять постанову про прийняття справи до провадження.

Приклад. Костопільський районний суд Рівненської області розглянувши кримінальне провадження встановив, що досудове розслідування проведено неналежним суб'єктом. Так, згідно матеріалів кримінального провадження начальник СВ Костопільського РВ УМВС України в Рівненській області доручив проведення досудового розслідування слідчому А. Згідно матеріалів кримінального провадження слідчий А. у вищевказаному кримінальному провадженні жодної слідчої дії не провів. Досудове розслідування проводилось та було закінчене слідчим Б. В матеріалах кримінального провадження відсутні будь-які документи, які б свідчили, що слідчому Б. доручалося проведення розслідування даного злочину, чи дані про призначення групи слідчих. Згідно реєстру матеріалів досудового розслідування, слідчий А. вніс відомості до ЄРДР та почав розслідування кримінального провадження. Потім, відповідно до реєстру матеріалів досудового розслідування, процесуальні рішення приймалися слідчим Б. Обвинувальний акт також підписано слідчим Б. [36]. Всі докази,

отримані слідчим Б. в ході досудового розслідування визнано недопустимими. Винуватість особи у вчиненні злочину не підтверджена.

У процесуальній діяльності проблемним є питання створення слідчої групи. В матеріалах справи неможливо прослідкувати момент її утворення, а КПК України не передбачає винесення відповідної постанови. З одного боку, це є відходом від бюрократії, спрощує процедуру досудового розслідування, полегшує роботу керівника органу досудового розслідування та слідчих. Однак, необхідність винесення постанови про створення слідчої групи зумовлена низкою причин. По-перше, всі рішення уповноважених суб'єктів повинні мати процесуальне відображення в матеріалах кримінального провадження. Згідно ч. 1 ст. 110 КПК України, процесуальними рішеннями є всі рішення органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді, суду. В ч. 3 цієї ж статті зазначено, що рішення слідчого, прокурора приймається у формі постанови. Постанова виноситься у випадках, передбачених КПК України, а також коли слідчий, прокурор визнає це за необхідне. По-друге, момент прийняття справи до провадження та створення слідчої групи повинні бути відображені в процесуальному документі. Вони є ключовими під час досудового розслідування та дозволяють визначити повноваження суб'єкта, який проводив процесуальні дії, а тому потрібно закріпити обов'язковість винесення такої постанови. Зазначене підтверджується і результатами опитування. 42 % слідчих та 54 % прокурорів вважають необхідним виносити постанову про прийняття до провадження та створення слідчої групи. 38 % слідчих та 31 % прокурорів вважають, що вказане питання вирішується на розсуд суб'єкта, уповноваженого здійснювати доказування. Однак 84 % слідчих і 89 % прокурорів вважають необхідним законодавче закріплення в КПК України обов'язку винесення таких постанов. На даний час у КПК України передбачена лише необхідність винесення вмотивованої постанови при відстороненні слідчого від проведення досудового розслідування (ч. 2 ст. 39 КПК України). Це зумовлено правом слідчого оскаржувати таке рішення керівника органу

досудового розслідування. Закріплення обов'язку винесення постанови про прийняття до провадження та створення слідчої групи забезпечить можливість процесуальної фіксації початку здійснення повноважень по справі слідчим та групою слідчих. Це дозволить уникнути питання щодо належного суб'єкта під час судового розгляду.

Тому, пропонуємо внести зміни в ч. 2 ст. 38 КПК України та викласти її в такій редакції: Досудове розслідування здійснюють слідчі органу досудового розслідування одноособово або слідчою групою на підставі письмового доручення начальника органу досудового розслідування. Про прийняття до провадження чи створення слідчої групи виноситься вмотивована постанова.

Підставою участі слідчого в доказуванні є доручення суду, доручення інших слідчих та прокурора на проведення окремої слідчої (розшукової) та негласної слідчої (розшукової) дії. Згідно ст. 164 КПК України, в ухвалі слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження зазначаються анкетні дані суб'єкта, якому судом надано дозвіл на їх проведення (як правило, слідчому). Останній доручає виконання заходів забезпечення кримінального провадження оперативним підрозділам чи іншим слідчим, не зазначеним в ухвалі суду в порядку ст.ст. 40, 41 КПК України. У судовій практиці, такі дії слідчого визнаються незаконними, а результати заходів забезпечення кримінального провадження визнаються недопустимим доказом. Це зумовлено тим, що відповідно до ст. 165 ч. 1 КПК України, володілець речей або документів, зобов'язаний надати тимчасовий доступ до речей і документів особі, зазначеній в ухвалі про застосування заходу забезпечення кримінального провадження. Якщо особа не зазначена в ухвалі – вона є неналежним суб'єктом, що є підставою визнання доказів недопустимим.

За результатами соціологічних досліджень встановлено, що 17 % слідчих та 13 % прокурорів не зазначають в клопотанні про застосування заходів забезпечення кримінального провадження безпосереднього їх

виконавця. 19 % слідчих та 17 % прокурорів, отримавши ухвалу суду, згідно якої їм надано дозвіл на проведення заходів забезпечення кримінального провадження – виконують її самостійно. 81 % слідчих та 83 % прокурорів доручають виконання ухвали суду про застосування заходів забезпечення кримінального провадження оперативним підрозділам на підставі ст.ст. 40, 41 КПК України. І лише 6 % вказують в клопотанні кінцевого виконавця заходу забезпечення кримінального провадження.

Приклад. Васильківський міськрайонний суд Київської області розглянувши кримінальне провадження № 12013100140002125 за обвинуваченням групи осіб за ч. 2 ст. 364, ч. 1 ст. 366, ч. 4 ст. 191, ч. 1 ст. 366 КК України визнав недопустимими доказом доручення № 172 та протокол про тимчасовий доступ до речей і документів. Згідно ухвали слідчого судді, дозвіл на застосування заходів забезпечення кримінального провадження надано О. І. Назарчуку. Останній доручив проведення тимчасового доступу до речей і документів о/у УДСБЕЗ ГУ МВС України в Київській області М. М. Гапичу. М. М. Гапич склав протокол тимчасового доступу і вилучив документи. В судовому засіданні під час дослідження письмових матеріалів кримінального провадження захисник заявив клопотання про визнання недопустимим доказом документів, вилучених М. М. Гапичем та обґрунтував, що відповідно до ухвали слідчого судді тимчасовий доступ та вилучення документів надано слідчому О. І. Назарчуку. Слідчий не мав права доручати виконання ухвали слідчого судді оперативним підрозділам, оскільки цим він порушив вимоги ст. ст. 164, 165 КПК України, норми яких є імперативними. Суд, клопотання захисника задовольнив та визнав недопустимими доказами документи, вилучені протоколом про тимчасовий доступ та припинив їх дослідження [26].

Ще одним прикладом визнання доказів недопустимими у зв'язку з виконанням заходу забезпечення кримінального провадження неналежним суб'єктом є рішення Красноокнянського районного суду Одеської області. Так, розглянувши кримінальне провадження № 12014160350000549 по

обвинуваченню особи за ст. 307 ч. 2 КК України, суд визнав недопустимим доказом протокол тимчасового доступу до речей та документів та протокол огляду цифрового носія як такі, що отримані з порушенням порядку, встановленого КПК України. Під час досудового розслідування слідчий суддя Красноокнянського районного суду задовольнив клопотання слідчого про тимчасовий доступ до речей та документів, уповноваживши останнього провести захід. Протокол тимчасового доступу до речей та документів складено не слідчим, а начальником СКР [37]. Суд визнав протокол тимчасового доступу до речей і документів недопустимим у зв'язку з тим, що захід забезпечення кримінального провадження проведено неналежним суб'єктом.

Законодавче врегулювання зазначеної проблеми можливе шляхом доповнення ст. 132 КПК України «Загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження» пунктом 7 наступного змісту: ухвала слідчого судді про застосування заходу забезпечення кримінального провадження виконується особою, вказаною в ній. Передоручення проведення заходів забезпечення кримінального провадження тягне за собою визнання їх недопустимими.

Вивчення матеріалів кримінальних проваджень показало, що у практичній діяльності зустрічаються випадки, коли працівники оперативних підрозділів, які були свідками вчинення злочину, проводять процесуальні дії за дорученням слідчого у цьому ж провадженні. Результати слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій в такому разі мають бути визнані недопустимими. Це зумовлено тим, що працівник оперативного підрозділу, який був свідком вчинення злочину, може бути зацікавленим в результатах розслідування та навмисно спотворювати отриману фактичну інформацію. Тому, з метою дотримання рівності прав учасників кримінального провадження, а також забезпечення повного, всебічного та об'єктивного розслідування, докази, отримані оперуповноваженим чи іншим суб'єктом, який був свідком вчиненого злочину, визнаються недопустимими.

Приклад. Кам'янець-Подільський міськрайонний суд, розглянувши у відкритому судовому засіданні кримінальне провадження щодо обвинуваченої особи за ч.2 ст.307 КК України визнав недопустимими показання легендованого свідка. Останній був допитаний оперуповноваженим, який проводив закупку і був її свідком. Суд постановив, що допит, у спосіб, коли фактично один свідок (оперуповноважений) допитує іншого свідка (закупника), які були за одних і тих самих обставин документування закупівлі, не може бути допустимим доказом [30]. Суд визнав доказ недопустимим у зв'язку з тим, що легендовані особи допитані не слідчим, а оперативним працівником. Останній зацікавлений в штучному створенні показників. Крім того, він може умисно фальсифікувати матеріали справи відносно обвинуваченої особи в частині збуту останнім наркотичних засобів. Отже, суди послідовні у практиці визнання доказів недопустимими за критерієм, про який йдеться.

Так само, недопустимими є докази, отримані слідчим, якщо він перебуває у відпустці, під час тимчасової непрацездатності у зв'язку з хворобою та під час відсторонення від посади. Це пов'язано з тим, що особа в цей час не несе відповідальність за свої дії, не може бути притягнута до кримінальної чи дисциплінарної відповідальності за процесуальні порушення. Згідно листа № 656/18/99–13 від 15 листопада 2013 року Мінсоцполітики «...виданий медичним закладом листок непрацездатності чи інший документ, який засвідчує тимчасову непрацездатність працівника, є підставою для звільнення останнього від виконання своїх посадових обов'язків» [98]. Виникає питання чи будуть вважатись допустимими докази, отримані слідчим, який перебуває у відпустці та був залучений для виконання посадових обов'язків. Законодавчо це питання залишається неврегульованим. Складність полягає в тому, що повноваження слідчого починаються з часу призначення на посаду і не припиняються до моменту звільнення з посади. Відпустка чи хвороба також не є підставою для припинення його повноважень. З іншого боку слідчий є посадовою особою,

яка перебуває у трудових відносинах, що регулюються нормами трудового законодавства України. Згідно КЗпП, відпустка є формою відпочинку, яка гарантується Конституцією України. За час перебування у відпустці слідчий не може бути притягнутий до кримінальної, адміністративної, цивільно-правової, матеріальної та дисциплінарної відповідальності за неналежне виконання своїх обов'язків. Залучення слідчого до виконання своїх посадових обов'язків є порушенням його права на відпочинок, гарантованого державою. Повноваження слідчого в цей період фактично повинні бути припинені. Всі слідчі дії, які проведені за час перебування останнім у відпустці, є недопустимими доказами. Вирішенням цієї проблеми можливе шляхом відкликання слідчого з відпустки, у разі необхідності проведення невідкладних слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, що передбачається ст. 79 КЗпП. Про відкликання з відпустки створюється відповідний наказ і всі процесуальні дії в такому разі будуть проводитись на законних підставах.

В ст. 77 КПК України передбачені випадки, за яких слідчий підлягає відводу:

- якщо він є заявником, потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем, членом сім'ї або близьким родичем сторони, заявника, потерпілого, цивільного позивача або цивільного відповідача;

- якщо він брав участь у цьому ж провадженні як слідчий суддя, суддя, захисник або представник, свідок, експерт, спеціаліст, перекладач;

- якщо він особисто, його близькі родичі чи члени його сім'ї зацікавлені в результатах кримінального провадження або існують інші обставини, які викликають обґрунтовані сумніви в його неупередженості. Виключається участь слідчого і в тому випадку, якщо він має зацікавленість в результатах провадження [81].

Перераховані вище критерії недопустимості доказів поширюються і на участь прокурора та слідчого судді в кримінальному провадженні, тому розглядати їх окремо немає необхідності.

Прикладом визнання прокурора неналежним суб'єктом доказування є наступне судове рішення. У вироку, винесеному Ладижинським міським судом Вінницької області від 22 травня 2015 р. у справі № 135/1500/14-к визнано недопустимими докази:

1) протокол оперативної закупівлі. Суд зазначив, що відповідно до ч. 1 ст. 37 КПК України прокурор, який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, визначається керівником відповідного органу прокуратури після початку досудового розслідування. У разі необхідності керівник органу прокуратури може визначити групу прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, а також старшого прокурора такої групи, який керуватиме діями інших прокурорів. В ч. 2 ст. 37 КПК України зазначено, що прокурор здійснює повноваження прокурора у кримінальному провадженні з його початку до завершення. Здійснення повноважень прокурора у цьому самому кримінальному провадженні іншим прокурором можливе лише у випадках передбачених ч.4 та ч. 5 ст. 36, ч. 3 ст. 313, ч. 2 ст. 341 КПК України та ч. 3 ст. 37 КПК України. Так, згідно з правилами ч. 1 ст. 7, ст. ст. 36, 37 та ч. 4 ст.246 КПК України рішення про здійснення контролю за вчиненням злочину може прийняти прокурор, який набув такого статусу в рамках відповідного кримінального провадження за рішенням керівника органу прокуратури. З постанови прокурора міста Ладижин Вінницької області про призначення групи прокурорів видно, що процесуальними керівниками по кримінальному провадженню призначенні прокурори Джулай В.Г. та Козюра Є.О. з 08.07.2014 року. А з протоколу про результати контролю за вчиненням злочину від 09.07.2014 року видно, що прокурор Джулай В.Г. виніс постанову про проведення оперативної закупки ще 06.07.2014 року, тобто за дві доби до його призначення прокурором у даному провадженні. Звідси випливає, що негласна слідча (розшукова) дія (контроль за вчиненням злочину у вигляді оперативної закупки) була проведена в межах кримінального провадження щодо тяжкого злочину № 12014020070000128,

внесеного до Єдиного реєстру досудових розслідувань 04.07.2014, на підставі постанови прокурора, який не мав повноважень на здійснення процесуального керівництва за досудовим розслідуванням в межах цього кримінального провадження;

2) протокол про результати контролю за вчиненням злочину від 09.07.2014, оскільки ця слідча дія була виконана у супереч вимогам ч. 1 ст. 7, ст. 36, 37 та ч. 4 ст. 246 КПК України;

3) протокол огляду грошових купюр від 08.07.2014 та протокол огляду покупця від 08.07.2014, оформлені в процесі підготовки до негласної слідчої (розшукової) дії (контроль за вчиненням злочину у вигляді оперативної закупки), оскільки вони вчинялись на підставі постанови прокурора, який не мав повноважень на здійснення процесуального керівництва за досудовим розслідуванням в межах цього кримінального провадження;

4) висновок експерта № 787 від 09.07.2014, відповідно до якого суха подрібнена речовина рослинного походження зеленого кольору, вилучена в особи зі зміненими анкетними даними під час здійснення нею оперативної закупки 08.07.2014 року, є особливо небезпечним наркотичним засобом, обіг якого заборонено канабісом, масою 29,25 г у перерахунку на висушену речовину, суд визнає недопустимим з наступних підстав. стороною обвинувачення не надано суду жодного доказу на підтвердження факту купівлі наркотичної речовини. Крім того, з квитанції № 49 про отримання на зберігання речових доказів, вилучених стороною обвинувачення під час здійснення кримінально провадження, убачається, що речовий доказ наркотичні засоби, в кримінальному провадженні № 12014020070000128, вилучено стороною обвинувачення 07.07.2014, тобто за день до проведення оперативної закупки 08.07.2014.

Враховуючи вищевикладене, можна зазначити, що належний суб'єкт — це фізична особа, яка є співробітником державного органу, на який покладено обов'язок здійснювати досудове розслідування (перелік передбачено в ст. 38 КПК України) або судовий розгляд на законних

підставах, не підлягає відводу, та з урахуванням розумних строків, передбачених КПК України, здійснює свої повноваження щодо збирання фактичних даних та доказування.

Критерієм визнання доказів недопустимим є неналежне джерело доказів. М. М. Михеєнко вважає, що оцінка джерела доказів з точки зору його допустимості – це вирішення питання про те: 1) чи дозволяє закон використовувати даний вид джерела фактичних даних у кримінальному провадженні; 2) чи не було допущено порушень процесуального закону при отриманні і закріпленні інформації; 3) чи відобразились процесуальні порушення, якщо вони були допущені, на достовірності і повноті відповідної інформації; 4) чи використані всі необхідні джерела для встановлення фактичних даних [96, с. 52].

З метою регламентації дій всіх учасників кримінального процесу, обмеження втручання в сферу приватного життя, дотримання законодавства, у КПК України визначено форму закріплення та збереження фактичних даних.

Кримінальна процесуальна діяльність передбачає певні обмеження конституційних прав. В КПК України чітко визначено за допомогою яких засобів слідчий може встановити наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню, ними є показання, речові докази, документи, висновки експертів. Всі інші джерела доказів є недопустимими, оскільки не передбачені нормами КПК України.

Докази та їх джерела, отримані з порушенням норм кримінального процесуального законодавства, які регулюють процес доказування, а також отримані з порушенням конституційних та інших прав громадян, є недопустимими для використання в кримінальному процесі. Докази, отримані в результаті порушення норм, які визначають умови і порядок збору і закріплення доказів і їх джерел викликають сумніви у їх достовірності [16, с. 77].

Можливість перевірки першоджерела відомостей є однією з умов допустимості [189]. Як зазначає В. І. Зажицький, джерела обізнаності являють собою об'єктивну основу, на якій виникають і формуються фактичні дані, які є змістом кримінально-процесуальних доказів. Джерело обізнаності виявляється при виникненні і формуванні всіх видів доказів [60, с. 6]. Таким чином, джерело доказів – це особа чи предмет, які безпосередньо були присутні при вчиненні злочину, його приховуванні, а також ті предмети, які містять на собі сліди злочину. А. В. Смірнов вважає, що особа, яка безпосередньо сприймала подію та обставини, які досліджуються і є першоджерелом відомостей. Він зазначає, що особи, від яких виходить доказова інформація – це підозрюваний, потерпілий, свідок, експерт, спеціаліст, цивільний позивач, відповідач і їх представники, державні органи, фізичні та юридичні особи, які є джерелом інформації, особи, які брали участь у складанні протоколу слідчої дії (слідчий, прокурор, поняті та ін. особи, які надали речові докази) є джерелами доказів, які безпосередньо сприймали подію злочину, досліджували докази чи документи, які містять доказову інформацію [176, с. 187].

Важливим є належність доказів, до джерел, передбачених КПК України. Згідно ч. 2 ст. 82 КПК України процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів. Таким чином, неналежне джерело доказів – це використання в доказуванні не передбачених КПК України видів джерел фактичних даних, або використання з порушеннями процесуальної форми, встановленими законодавцем.

Відповідно до ч. 1 ст. 95 КПК України, показання – це відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинуваченим, свідком, потерпілим, експертом щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження [81]. В ч. 4 цієї ж статті зазначено, що суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому ст. 225 КПК

України. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них. Виходячи з цього, всі показання, які не сприймалися судом безпосередньо, мають бути визнані недопустимим доказом. Недопустимими також визнаються показання, які особа не сприймала особисто, а обставини їй стали відомі з чужих слів.

Згідно ст. 98 КПК України, речовими доказами є матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об'єктом протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті протиправним шляхом [81].

Згідно зі ст. 99 КПК України, документом як джерелом доказів є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження [81].

Висновок експерта, який згідно ст. 101 КПК України є джерелом доказів, являє докладний опис проведених експертом досліджень та зроблені за їх результатами висновки, обґрунтовані відповіді на запитання, поставлені особою, яка залучила експерта, або слідчим суддею чи судом, що доручив проведення експертизи [81].

Для оцінки недопустимості джерела доказу важливо встановити безпосередність дослідження відомостей, які сприймав експерт при дослідженні.

Варто також зауважити, що практика ЄСПЛ та національних судів свідчить, що анонімні заяви та повідомлення не можуть братися до уваги під час кримінального провадження. Так, в рішенні ЄСПЛ Ван Мехелен та інші проти Нідерландів вказано, що засудження не має ґрунтуватися ні виключно, ні переважно на анонімних заявах (п. 76) [149]. У такому випадку першоджерело доказу залишається невідомим. Складається ситуація, за якої

неможливо встановити першоджерело та його законність, а отже і використовуватись в доказуванні такий доказ не може.

В КПК України питання щодо недопустимості анонімних заяв, повідомлень та листів не врегульоване. У наказі МВС України № 1377 від 6 листопада 2015 р. «Про затвердження Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах поліції заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події» зазначено, що анонімні листи, які містять відомості про вчинені кримінальні правопорушення, реєструються лише в підрозділах документального забезпечення і передаються за резолюцією керівника органу поліції або особи, яка виконує його обов'язки, до структурних підрозділів для використання при розкритті злочинів (п. 13) [124]. Отже, анонімні листи можуть мати лише інформаційний характер, і у доказуванні вони не використовуються. Як зазначає В. Т. Нор, фактичні дані (інформація про факти), які надходять з передбачених законом джерел, допускаються до кримінального процесу лише за умови, що вони отримані у встановленому для кожного з видів джерел процесуальному порядку. Тобто, вони допускаються до процесу лише у встановленій законом процесуальній формі, якою виступає процесуальне положення джерел доказів, правила проведення окремих слідчих дій, їх процесуальне оформлення і т.д. [105, с. 42].

Наступним критерієм недопустимості, який доцільно виокремити є вимога мати права і обов'язки та здатність реалізовувати їх. Цей критерій пов'язаний з дієздатністю осіб, що безпосередньо сприймали обставини вчиненого злочину і є першоджерелом (зазвичай, це потерпілий та свідки). Значення цього критерію полягає в тому, що якщо особа, яка безпосередньо сприймала обставину, яка підлягає доказуванню, є недієздатною або не могла правильно сприймати події в силу свого психічного чи фізичного стану – доказ визнається недопустимим. Зокрема, це питання актуалізується у випадку, якщо у слідчого виникають сумніви щодо здатності сприймати обставини, а також щодо наявності психологічних чи психічних вад у свідка

чи потерпілого. Такі вади можуть бути встановленні експертом в ході проведення судово-психіатричної експертизи. Складність полягає в тому, що проведення такої експертизи є втручанням в сферу приватного життя людини. Встановлення дієздатності свідка чи потерпілого можливе лише за його згодою, що на практиці не завжди можливо. Виникає логічне запитання яким чином слідчий повинен оцінювати показання свідка чи потерпілого, який має певні вади.

В КПК України прямо не передбачено заборону допиту свідка, який має вади. Процедура визначення здатності правильно оцінювати фактичні обставини вчинюваного діяння, усвідомлювати його суспільно небезпечний характер свідком чи потерпілим не врегульована. Наявність сумнівів у дієздатності свідка чи потерпілого законодавчо не передбачає виключення таких доказів як недопустимих. При цьому фактичні дані, отримані від таких свідків можуть містити неправдиві або недостовірні відомості, що пов'язано із специфікою осіб, які мають певні вади. Залишається незрозумілим чи має слідчий враховувати їх при оцінці всієї сукупності доказів. У ч. 2 ст. 65 КПК України не міститься заборони на допит таких осіб.

Враховуючи вищевикладене, пропонуємо ч. 3 ст. 87 КПК України доповнити пунктом 1.1. у наступній редакції: доказ визнається недопустимим, якщо встановлено, що свідок не може правильно сприймати фактичні обставини внаслідок фізичних чи психічних вад.

Наступним критерієм, напрацьованим судовою практикою, є неналежний спосіб отримання доказів. Його суть полягає в проведенні такої процесуальної дії, яка не передбачена кримінальним процесуальним законом в якості засобу отримання доказової інформації, отримання доказів не за допомогою слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій (акт добровільної видачі, заява про долучення до матеріалів провадження, заява про добровільну видачу, тощо).

Приклад. Герцаївський районний суд Чернівецької області в ході судового розгляду кримінального провадження визнав недопустимим

доказом акт добровільної видачі цифрового диктофону із записом розмови, яка відбулася між свідком та обвинуваченою особою під час зустрічі в с. Молодія Глибоцького району Чернівецької області, протокол огляду вказаного диктофону та стенограму (роздруківку) розмови, оскільки такі докази, на переконання суду, отримані не у відповідності з вимогами норм КПК України [45]. Акт добровільної видачі не є джерелом доказу. Незважаючи на те, що диктофон і містить доказову інформацію, є першоджерелом, однак слідчий долучив його до справи, не належним способом. В результаті таких дій доказ втратив свою юридичну силу і суд визнав протокол огляду диктофону та стенограму (роздруківки) розмови недопустимими.

Як зазначає С. А. Шейфер, слідчі дії є основним способом отримання доказової інформації, оскільки це комплекс регламентованих законом і здійснюваних слідчим, прокурором, суддею пошукових, пізнавальних і посвідчувальних операцій, які відповідають особливостям слідів певного виду і пристосованих для ефективного виявлення і закріплення доказової інформації, яка в них міститься [205, с. 43]. Дотримання вимог до проведення слідчої дії забезпечує допустимість доказу, виконання завдань кримінального провадження, дотримання прав і свобод учасників кримінального процесу. В. І. Толмосов зазначає, що кожна слідча дія являє поєднання тих чи інших пізнавальних прийомів, які дозволяють з найбільшою точністю і повнотою відобразити в матеріалах справи інформацію про подію, яка представлена у вигляді комплексу матеріальних і ідеальних слідів [187, с. 149].

Фіксація результатів слідчих дій відбувається шляхом занесення відомостей до протоколу. При оцінці недопустимості доказу значна увага приділяється дослідженню правильності складання протоколу. Допустимість доказів залежить від точності дотримання вимог до складання протоколу (ст. 103 КПК України). Доказова інформація трансформується у доказ, якщо вона закріплена у встановленій законом формі. Протоколювання дає можливість перетворити інформацію, виражену в фізичних ознаках в

знакову. Фіксація доказів здійснюється уповноваженими суб'єктами доказування з дотриманням відповідних правил проведення слідчих дій і оформлення їх результатів в процесуальних документах. Опис є основним способом протоколювання. Суб'єкт, який здійснює протоколювання, безпосередньо бере участь у слідчій (розшуковій) дії та негласній слідчій (розшуковій) дії [187, с. 150].

В теорії кримінального процесу сприйняття інформації поділяють на безпосереднє та опосередковане. Різниця полягає в моменті сприйняття доказової інформації. Безпосереднє сприйняття передбачає собою отримання доказової інформації під час дослідження місця події, вимірювань, тощо (протокол тимчасового доступу до речей і документів, протокол обшуку, протокол огляду місця події). Опосередковане полягає у фіксації відомостей, відображених в пам'яті після безпосереднього спостереження [187, с. 42]. Таке тлумачення опосередкованого сприйняття, на нашу думку потребує уточнення, адже суть опосередкованого сприйняття полягає в тому, що слідчий сприймає інформацію не безпосередньо, а через свідка, потерпілого чи іншого учасника, який безпосередньо сприймав обставини вчиненого злочину. Опосередковане сприйняття може здійснюватись лише за допомогою слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, передбачених КПК України. Варто зазначити, що найбільш якісним є протоколювання, здійснене під час безпосереднього спостереження доказової інформації – це забезпечує максимальну точність передачі інформації та запобігає її спотворенню. В КПК України передбачена вимога складання протоколу під час проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій або безпосередньо після їх закінчення (ст. 106 КПК України). Складання протоколу по сплину тривалого періоду часу, зазвичай, тягне за собою виникнення помилок, втрату важливих деталей. З метою збереження точності передачі інформації та забезпечення юридичної сили доказу, протокол доцільно складати під час слідчої (розшукової) та негласної

слідчої (розшукової) дії, або безпосередньо після її закінчення. Протокол складається з вступної, описової та заключної частини.

У вступній частині обов'язково зазначається місце, час проведення, назва процесуальної дії, а також відомості про особу, яка проводить процесуальну дію (прізвище, ім'я, по батькові, посада). Обов'язковим також є зазначення відомостей та даних про інших осіб, які присутні під час проведення процесуальної дії. Не менш важливою для забезпечення допустимості протоколу є зазначення інформації про застосування технічних засобів фіксації, їх характеристика, умови та порядок використання, носії, на яких зафіксовані результати. В протоколі повинна міститись інформація про ознайомлення учасників слідчої (розшукової) дії про застосування технічних засобів. Вивчення кримінальних проваджень, в яких докази визнавались недопустимими показало, що у 11 % підставою втрати юридичної сили доказу стало не роз'яснення прав учасникам слідчої (розшукової) дії.

Описова частина протоколу повинна містити послідовно викладені відомості. В протоколі зазначаються виявлені та/або надані речі і документи. Важливим правилом, яке забезпечує допустимість доказу при складанні протоколу, є послідовна фіксація слідчих (розшукових) дій. Відображення в протоколі слідчих дій не лише отриманого результату, тобто визначеної інформації, але і самого процесу її отримання є виявом посвідчувальної сторони доказування, оскільки це дає можливість впевнитись в допустимості отриманого доказу [205, с. 114]. Важливим правилом протоколювання є збереження словесної форми спілкування, що дозволяє зберегти суттєву смислову інформацію, яка міститься в показаннях.

В заключній частині протоколу містяться відомості про вилучені речі і документи, спосіб їх ідентифікації, спосіб ознайомлення зі змістом протоколу, зауваження і доповнення від учасників процесуальної дії. Вилучені речі повинні бути упаковані та опечатані таким чином, щоб унеможливити доступ до них та виключити будь яку можливість внесення змін. При вилучені речей слідчий повинен описати їх індивідуальні ознаки,

які дадуть можливість ідентифікації в разі необхідності. Слідчий повинен забезпечити опечатати вилучену річ у спосіб, що унеможливило її зняття, зміну або пошкодження. При цьому, вилучена річ має бути опечатана печаткою, на якій всі учасники слідчої дії мають поставити підпис. Наявність печатки на вилученій речі є гарантією того, що річ була вилучена під час відповідної процесуальної дії. Кожна з частин протоколу повинна містити обов'язкові реквізити, які забезпечують його допустимість. Недотримання вказаних вимог стає підставою для визнання доказу недопустимим.

Приклад. Токмацьким районним судом Запорізької області розглянуто кримінальне провадження за обвинуваченням особи за ч. 1 ст. 212 КК України. Під час судового розгляду сторона обвинувачення надала в якості доказу протокол тимчасового доступу до речей і документів. Суд визнав його недопустимим, оскільки вилучені компакт-диски з документами в електронному вигляді ТОВ «Нова пошта» та ПАТ КБ «Приватбанк» не були належним чином упаковані і опечатані. Компакт-диск з реєстром товарно-транспортних накладних ТОВ «Нова пошта» не має індивідуальних ознак, що не дає можливості ідентифікувати його. Під час огляду компакт-диску в судовому засіданні встановлено, що він зберігався в не опечатаному паперовому конверті без підписів учасників слідчої дії. Виявлено пошкодження диску, що не дозволяє прочитати його. Також в судовому засіданні був оглянутий наданий прокурором компакт-диск «TDK DVD-R» з даними банківської виписки по рахунку та фотоматеріалами. Він знаходиться не в опечатаному паперовому конверті, підписи учасників слідчої дії відсутні. В судовому засіданні встановлено, що папки з файлами, а також файл, який містить виписку по особовому рахунку змінні після вилучення диска при тимчасовому доступі до речей і документів ПАТ КБ «Приватбанк» [41].

Аналіз судового рішення дозволяє зробити висновок, що зазначені суперечності виникли через неналежний спосіб отримання доказу. Старший оперуповноважений порушив вимоги ч.5 ст. 237 КПК України – не упакував

і не опечатав вилучені носії з електронними документами, не скріпив підписами учасників процесуальної дії, не забезпечив відсутність доступу до електронних документів після процесуального вилучення. В порушення п.3 ч.3 ст. 104 КПК України не зазначив в протоколі спосіб ідентифікації вилученого електронного документу. Протокол тимчасового доступу до речей і документів та вилучені речі були основними доказами по справі. В результаті неналежного способу отримання доказів вони втратили свою юридичну силу. Крім того, під час досудового розслідування було внесено зміни в електронний документ після його процесуального вилучення, що безумовно є підставою для втрати юридичної сили. Наведений приклад демонструє важливість підписання не тільки протоколу процесуальних дій, а й додатків до нього.

Всі учасники наділені правом робити заяви і зауваження, які в обов'язковому порядку підлягають занесенню в протокол. Саме заяви і зауваження є правом сторін вказати на допущенні слідчим під час слідчої дії процесуальні порушення. З метою уникнення ситуації, за якої частина протоколу може бути замінена, протокол підписуються учасниками на кожній сторінці. Результати узагальнення кримінальних проваджень свідчать, що у 11 % кримінальних проваджень протоколів визнані недопустимими у зв'язку з порушенням правил складання протоколів.

Важливим, з точки зору допустимості доказів, є правильний вибір способу отримання доказів. За своїм змістом він має відповідати ситуації, а його підміна тягне за собою виникнення сумнівів у достовірності інформації та законності отриманих даних. Наукою і практикою розроблено тактику проведення слідчих дій та їх послідовність таким чином, щоб отримана інформація була достовірною, відображеною в повному обсязі та відповідала дійсності. Порушення порядку чи послідовності проведення процесуальних дій призводить до втрати доказової інформації. Логіка процесуальних дій побудована таким чином, щоб досягнути закріпленої законодавцем мети – найбільш повно зафіксувати інформацію, яка має доказове значення,

забезпечити дотримання прав і свобод громадян, які беруть участь в процесуальній дії та переконатися у достовірності раніше отриманих доказів. Порухення послідовності проведених процесуальних дій не дозволить слідчому підтвердити чи спростувати вже наявний доказ, а також отримати достовірні відомості. Слідча (розшукова) та негласна слідча (розшукова) дія містить в собі конструкцію пізнавальних прийомів, за допомогою яких виключаються сумнівні докази і підтверджуються надійні. Неправильне та непослідовне проведення процесуальних дій тягне за собою визнання доказів недопустимими. Наприклад проведення перехресного допиту свідків не забезпечить усунення сумнівів в показаннях, якщо слідчий попередньо не допитає кожного з учасників процесуальної дії, а протокол перехресного допиту буде визнано недопустимим доказом. Вивчення судових рішень показало, що слідчі допускають проведення перехресного допиту замість впізнання, або спочатку проводять перехресний допит, а потім впізнання. Така послідовність дій призводить до ситуації, за якої особа, яка впізнає, не тільки бачила, а й спілкувалась з особою, яку підозрюють у вчиненні злочину. Такі порушення усунути неможливо, тому здобуті докази будуть визнані недопустимими.

Приклад. Крюківський районний суд м. Кременчука Полтавської області розглянув кримінальне провадження № 32012180000000001. В ході судового розгляду суд визнав протокол пред'явлення фотознімків для впізнання недопустимим доказом. Підставою такого рішення стало те, що свідком під час розгляду даного кримінального провадження вказано на порушення процедури проведення впізнання. Крім того, в протоколі, в порушення ст. 174 КПК України (в редакції 1960 року), представлені до впізнання особи, які очквидно відрізняються за віком. При цьому не зазначено за якими саме ознаками було впізнано обвинуваченого. Зазначене слідчим твердження «по специфічним рисам обличчя» є узагальненим поняттям та не відповідає вимогам закону [38].

Правильний вибір слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій забезпечує результативність досудового розслідування. Слідчий обирає ту чи іншу процесуальну дію залежно від слідів, які відобразились в результаті вчинення кримінального правопорушення. При цьому, перевага надається тій, яка зможе найбільш повно відобразити слідову картину та передати доказову інформацію [205, с. 117].

2.3. Провокація вчинення злочину як підстава визнання доказів недопустимими

Окремої уваги потребує дослідження кримінального процесуального поняття провокації вчинення злочину як підстави для визнання доказів недопустимими. Вивчення матеріалів кримінальних проваджень, в яких докази визнавались недопустимими, показало, що у 6 % підставою визнання доказу недопустимими була провокація вчинення злочину.

У теорії кримінального процесу цьому поняттю не приділено належної уваги, тому ми спробуємо дати визначення провокації в кримінальному процесуальному аспекті та охарактеризувати ознаки, які розцінюються судом як провокація злочину.

Необхідність дослідження цієї проблеми зумовлена тим, що ЄПСПЛ визнає провокацію порушенням права на справедливе здійснення правосуддя, гарантоване Конвенцією і визнає докази, отримані в результаті провокації недопустимими.

Рішення ЄСПЛ мають преюдиціальне значення, не потребують перевірки і доведення. Україна визнала обов'язковою юрисдикцію ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод. Відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику суду як джерело права [117].

Конвенція закріпила перелік, зміст і припустимі обмеження прав і свобод людини, які перетворилися на загальновизнані звичаєві норми міжнародного права. Це зумовлює необхідність приведення національного законодавства у відповідність до міжнародних стандартів. Водночас, КПК України регламентує не всі стандарти прав людини. Так, згідно до п. 1 ст. 6 Конвенції, кожен має право на справедливий ... розгляд його справи...". В контексті цієї статті, ЄСПЛ виключає відповідальність особи за злочин, вчинений в результаті провокації з боку правоохоронних органів. Така позиція сформульована на підставі рішень, прийнятих щодо цього питання (Тейксейра де Кастро проти Португалії, Раманаускас проти Литви, Банніков проти Російської Федерації, Веселов та інші проти Російської Федерації).

Вивчення судової практики показало, що провокація вчинення злочину є підставою для визнання доказів недопустимими. Зазвичай, провокація допускається під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій у злочинах у сфері наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, у сфері службової діяльності, а також у злочинах проти громадського порядку та моральності.

Правовою основою демократичного суспільства є гарантування державою передбаченого ст. 6 Конвенції права на справедливий суд. Провокація злочину призводить до порушення такого права. В кримінальному процесуальному законодавстві визначення цього терміну відсутнє.

В теорії кримінального права єдиного підходу до розуміння провокації також не напрацьовано. Так, О. В. Говорухіна визначає її як умисні односторонні дії особи (провокатора), спрямовані на втягнення особи, яку провокують, у вчинення злочину з метою викриття останньої у скоєному [47, с. 4]. О. Ф. Бантишев, С. А. Кузьмін вважають, що провокація злочину – це активні дії суб'єктів з умисного спонукання особи (осіб), які не мають злочинного умислу до скоєння злочину з метою подальшого викриття особи, котра скоїла даний злочин [8, с. 106]. О. І. Альошина під провокацією

злочину розуміє завідоме створення особою обстановки, що викликає вчинення іншою особою злочину, або співучасть у такому злочині з метою її викриття, шантажу або заподіяння іншої матеріальної чи нематеріальної шкоди такій особі [4, с. 4]. У всіх визначеннях спільною є мета – викриття злочину та свідоме створення обстановки його вчинення, а також вчинення провокації службовими особами.

У ч.1 ст. 370 КК України розглядається поняття провокації підкупу. Законодавець визначає його як свідоме створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. На нашу думку, застосування вказаного визначення в кримінальному процесі є не зовсім доречним, оскільки тут йдеться про отримання неправомірної вигоди, що не обов'язково передбачає провокація, як критерій недопустимості доказів.

В теорії кримінального процесу не визначені також і критерії провокації. Це негативно впливає на здійсненні правосуддя, сприяє неоднаковому застосуванню національного та міжнародного законодавства, порушує право на справедливий суд. При проведенні негласних слідчих (розшукових) дії, оперативні працівники не використовують досвід ЄСПЛ та допускають помилки в організації заходів, що призводить до визнання доказів недопустимими. Зазначене зумовлює втрату юридичної сили доказів та створює умови для ухилення від відповідальності особам, які вчиняють злочин.

ЄСПЛ в своїх рішеннях напрацював поняття та критерії провокації вчинення злочину. Дослідження цього питання має важливе значення для національного законодавства та правозастосовної практики, оскільки дозволить організувати проведення негласних слідчих (розшукових) дій без

порушення прав та свобод людини та забезпечить використання їх результатів в доказуванні.

Так, у справі Раманаускас проти Литви ЄПСПЛ зазначає, що провокація являє собою форму підбурювання до вчинення злочину, яка полягає в тому, щоб спонукати особу вчинити злочин, що, в свою чергу, тягне за собою настання кримінальної відповідальності для особи, яка його вчинила [158].

Недопустимість доказів, отриманих внаслідок провокації правоохоронними органами обумовлена тим, що вони отримані з істотним порушенням права людини на справедливий судовий розгляд. Згідно рішення ЄСПЛ у справі Раманаускас проти Литви, підбурювання з боку поліції має місце, коли працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням. Вони впливають на суб'єкт, схилиючи його до вчинення злочину, з метою отримання доказів та притягнення до кримінальної відповідальності особи. Без дій працівників правоохоронних органів злочин не був би вчинений [158].

Отже, провокацію злочину можна визначити як умисні односторонні активні дії особи (провокатора), спрямовані на втягнення особи, яку провокують, у вчинення злочину та яка не має злочинного умислу до скоєння злочину з метою викриття останньої.

Між провокацією та допустимою поведінкою правоохоронних органів тонка межа. Для розмежування цих двох понять Європейський Суд розрізняє змістовий та процесуальний критерій у вирішенні питання про наявність провокації. Суть змістового критерію полягає в наявності або відсутності змістових ознак провокації. По-перше, держава повинна мати об'єктивні свідчення, що підтверджують вчинення обвинуваченим конкретних кроків, спрямованих на вчинення діяння, за яке особа в подальшому переслідується. При цьому, відповідно до вимог ЄСПЛ, будь-яка інформація, що стосується наміру вчинити злочин або вчинюваного злочину, має бути такою, що може бути перевірена. Державне обвинувачення повинно мати змогу підтвердити,

що в його розпорядженні наявні достатні підстави для проведення оперативного заходу [157; 146; 139]. По-друге, будь-яка інформація, отримана внаслідок негласної діяльності, має відповідати вимозі пасивності проведення розслідування. Це виключає будь-які дії, що можуть бути розтлумачені, як вплив на обвинуваченого з метою вчинення ним злочину – вияв ініціативи в контактах з особою, повторна пропозиція вчинення злочину, наполегливі нагадування, тощо.

Суть процесуального критерію полягає в можливості суду перевірити відомості про ймовірну провокацію. Навіть зізнання у злочині, вчиненому внаслідок провокації, не може нівелювати ні факт провокації, ні її наслідки. Це також не звільняє суд від обов'язку перевірити відомості про провокацію [157].

Свідченням провокації є відомості про те, що особа потенційно могла вчинити злочин, але об'єктивних доказів того, що вона почала його вчинення до втручання відповідних працівників поліції, не має. Для підозри особи у протиправній діяльності, правоохоронним органам потрібні об'єктивні підстави, доводи про схильність фігуранта (термін вживається для позначення особи, щодо якої проводяться негласні слідчі (розшукові) дії) до вчинення злочину. Злочин має бути вчинено без втручання працівників правоохоронних органів, негласних агентів.

У правових позиціях ЄСПЛ наголошено, що працівники правоохоронних органів повинні обмежуватись пасивним розслідуванням протиправної діяльності особи, а не впливати на неї, підбурюючи до вчинення злочину. Якщо працівники правоохоронних органів на момент проведення негласних слідчих (розшукових) дій володіли інформацією про те, що злочин вчинявся раніше і можуть це довести в суді, їх дії не будуть визнані підбурюванням. Так, в справі Юрофінаком проти Франції Суд дійшов висновку, що висловлення працівниками поліції пропозицій щодо надання їм послуг, пов'язаних з проституцією, не було підбуренням фігуранта до вчинення злочину. Оскільки на момент висловлення таких

пропозицій поліція вже володіла інформацією про те, що послугою компанії-фігуранта з передання даних користувалися особи, які займалися проституцією, для контактів з потенційними клієнтами [158].

Не вважається провокацією, якщо особа, яка вчиняє злочин, вже вийшла на контакт з агентом, а після цього останній почав співпрацю з правоохоронними органами. Так, в справі «Люді проти Швейцарії» Суд зазначив, що поліція не вдалася до підбурювання, обґрунтувавши цей висновок тим, що Люді (фігурант) доклав значних зусиль для того, щоб передати Тоні (агенту) 2 кілограми кокаїну. Встановив зв'язок з М. і потім — з В., з'їздив у Тічіно та Італію, а також організував зустрічі між Тоні та можливим постачальником. Необхідно було вважати встановленим фактом те, що Люді перший заговорив з С. про купівлю кокаїну. Суд встановив, що Люді, ще до свого першого контакту з таємним агентом, спланував проведення серйозної кокаїнової операції. Докладні звіти про прослухані телефонні розмови були свідченням того, що Люді наполегливо та з власної ініціативи спробував здійснити операцію з наркотиками. З цією метою він мав намір залучити в цю справу Тоні як «банкіра», оскільки сам він не мав потрібних коштів [152]. Суд дійшов висновку, що дії Тоні не вийшли за межі функцій негласних агентів.

Із наведеного рішення убачається, що правоохоронні органи повинні діяти винятково в межах функцій (повноважень), покладених на них. В кожній конкретній справі необхідно враховувати, чи вийшла діяльність працівників правоохоронних органів та осіб, які діють за їх вказівкою, за межі функцій негласних агентів чи ні. Якщо в діях правоохоронних органів наявні зловживання, а з матеріалів кримінального провадження не вбачається намір особи вчинити злочин, то результати негласних (слідчих) розшукових дій мають бути визнані недопустимим доказом.

Відповідно до позиції ЄСПЛ, будь яка попередня інформація, яка стосується наміру вчинити злочин, повинна підлягати перевірці на всіх стадіях розгляду справи. За необхідності, така інформація повинна

використовуватись стороною обвинувачення для підтвердження наміру вчинення злочину. Обов'язок доказування такого наміру покладено на сторону обвинувачення. На будь якій стадії кримінального провадження сторона обвинувачення повинна мати змогу підтвердити достатність підстав для проведення оперативного заходу. Виходячи з аналізу рішень ЄСПЛ, сторона обвинувачення повинна надати докази про наявність ініціативи особи, яка вчиняє злочин, ще до його вчинення. Це може бути ініціатива зустрічі з агентом для обговорення обставин вчинення злочину, вияв зацікавленості, інша активність. За відсутності доказів, які свідчать про наявність ініціативи, суд розцінюватиме дії правоохоронців як провокаційні. Не підтверджені свідчення співробітників правоохоронних органів про наявність інформації про участь фігуранта в злочинній діяльності не можуть братись до уваги. Це відображено у позиція ЄСПЛ в справі «Ваньян проти Росії». Окрім наявності умислу у особи, яка вчиняє злочин, суд повинен встановити ступінь участі агента у вчиненому злочині. Для цього необхідно з'ясувати чи піддавався фігурант примусу, психологічному тиску зі сторони агента до вчинення злочину. Виходячи з практики ЄСПЛ, провокуванням злочину зі сторони агента вважається прояв ініціативи при встановленні зв'язку із фігурантом, повторна пропозиція посприяти у вирішенні питання чи придбання товару, незважаючи на первісну відмову, наполегливе підбурювання, підняття ціни вище середньої, і т. ін.

В матеріалах справи повинні міститись відомості про схильність особи до вчинення злочину, про те, яким чином фігурант потрапив до зору правоохоронних органів (його перебування на спеціалізованих обліках, судимість, попереднє зайняття злочинною діяльністю, які можуть бути визнані судом свідченням схильності до вчинення злочину). З позиції ЄСПЛ, перебування під слідством або наявність судимості є однією з підстав, які свідчать на користь того, що фігурант схильний до вчинення злочину [157]. Притягнення до кримінальної відповідальності не є ґрунтовною підставою вважати, що особа здійснює злочинну діяльність і на теперішній час. Крім

того, констатувати факт вчинення злочину особою, яка перебуває під слідством не можна до набрання вищою законною силою.

ЄСПЛ зазначає, що правоохоронні органи повинні «приєднуватись» до злочинної діяльності фігуранта – в такому випадку провокації не буде і дії співробітників правоохоронних органів будуть законними. В справі «Малінас проти Литви», ЄСПЛ встановив, що злочин було спровоковано. Провокація полягала в наступному: ініціатива відходила саме зі сторони офіцера В., коли він першим вийшов на зв'язок з фігурантом, цікавлячись де можна придбати заборонені наркотики. Потім фігурант запропонував доставити їх. В процесі угоди фігуранту була запропонована значна сума – 3 000 доларів США – за поставку великої кількості наркотиків. Очевидно, що це є спонуканням для доставки товару. Суд першої інстанції визнав вирішальною роль поліції. Дані ознаки в справі, на думку Європейського Суду, свідчать про розширення функцій поліцейських від оперативних співробітників до провокаторів. Вони не просто «приєднались» до злочину, що вчиняється, але і спровокували його. Неминучим висновком із вказаних обставин є те, що поліція не обмежилась розслідуванням злочинної діяльності пасивним способом, а здійснила вплив, який призвів до вчинення злочину [157]. З цього прикладу випливає, що провокація полягала у виході агента за межі своїх повноважень, що проявлялось у наполяганні на вчиненні злочину, тиску на фігуранта, підвищенні ціни товару, придбання у великих розмірах.

У справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» провокація вчинення злочину полягала у впливі на останнього та підбурюванні. Так, в ході судового розгляду ЄСПЛ не встановлено, що втручання працівників поліції було частиною операції з боротьби з незаконною торгівлею наркотиками, яка була призначена санкцією судді та проводилася під його наглядом. У компетентних органах влади не було достатніх підстав підозрювати Тейксейра де Кастро у тому, що він був торговцем наркотиками. Навпаки, раніше він не мав судимості і не перебував під слідством, кримінальні справи проти нього не порушувалися. Він не був відомий працівникам поліції.

Останні увійшли в контакт із ним за посередництвом В. С. та Ф. О. Крім того, у будинку заявника наркотиків не виявлено. Він отримав їх у третьої особи, яка, взяла їх в іншій особі. У судовому рішенні не зазначено, що під час арешту у заявника було виявлено наркотиків більше, ніж його просили поліцейські. Це могло б свідчити про вихід за межі того, до чого його спонукали працівники поліції. Суд також не виявив жодних доказів на підтримку аргументів Уряду про те, що заявник мав намір вчинити злочин. За таких обставин можна зробити висновок, що двоє поліцейських не обмежилися пасивним розслідуванням злочинної діяльності Тейксейра де Кастро. Вони, навпаки, вдалися до спонукання вчинення злочину. Насамкінець Суд зауважує, що у своїх рішеннях національні суди зазначали той факт, що заявник був засуджений в основному на підставі свідчень двох працівників поліції. Враховуючи ці обставини, Суд дійшов висновку, що працівники поліції вийшли за межі функцій негласних агентів і спровокували злочин. Немає жодних причин вважати, що без їх втручання злочин було б учинено. Втручання у цьому спірному кримінальному провадженні означало, що із самого початку заявник був однозначно позбавлений права на справедливий судовий розгляд та мало місце порушення п. 1 ст. 6 Конвенції [161]. В даному випадку вихід за межі повноважень працівників правоохоронних органів та агента полягав у відсутності підстав для проведення операції, відсутності підтверджених намірів вчинити злочин та наполяганні агентів на вчиненні угоди. Сукупність вказаних ознак ЄСПЛ визнав провокацією.

Важливим є також дотримання процесуального порядку проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Вони повинні здійснюватись чітко в рамках дозволених і контрольованих судом. Підстави проведення операції повинні бути обґрунтованими. В матеріалах повинні міститися відомості про поставлені перед агентом задачі. Їх зміст не повинен носити провокаційний характер. В справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» ЄСПЛ встановив, що діяльність оперативних співробітників не здійснювалась в рамках

назначеної та контрольованої суддею процедури, що стало підставою для визнання дій оперативних співробітників провокацією.

При прийнятті рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, сторона обвинувачення має керуватись наявністю умислу в діях фігуранта з метою уникнення сумнівів у підбурюванні особи до вчинення злочину. Для забезпечення допустимості доказу співробітники правоохоронних органів повинні забезпечити законність отримання документів, які є підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Обов'язково в матеріалах справи повинні міститись фактичні підстави проведення оперативного заходу, які можна перевірити. Інформація про наявність умислу на вчинення злочину, який також повинен бути підтверджений наявними в справі доказами також повинна міститися в матеріалах справи.

Важливим є момент початку проведення негласних слідчих (розшукових) дій. «Приєднання» до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів не розцінюється як підбурювання. Однак, якщо злочин було вчинено з ініціативи агента – на його прохання чи іншим чином, суд повинен визнати такі дії провокацією. Прикладом є справа «Тейксейра проти Португалії». Згідно матеріалів справи, агент почав співпрацю з поліцією вже після того, як фігурант звернувся до агента з пропозицією організувати постачання кокаїну [161]. В даному випадку ЄСПЛ не визнав наявність провокації в діях правоохоронних органів. Поліція почала контролювати вказаний злочин лише після ініціативи вчинити злочин. В справі ж «Тейксейра де Кастро проти Португалії» навпаки, поліція ініціювала вчинення злочину, а не приєдналась до його вчинення.

Відсутність в діях правоохоронних органів провокації підтверджується пасивною поведінкою в ході проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Про пасивність поведінки можуть свідчити документи щодо спілкування фігуранта з агентом чи співробітником правоохоронних органів до початку проведення негласних слідчих (розшукових) дій, протоколи допиту

оперативних працівників та свідків щодо процедури проведення оперативного заходу. В ході допиту свідка чи оперативного працівника слідчий повинен перевірити наявність ознак провокації та відобразити їх в протоколі. На підставі зазначених процесуальних дій та інших матеріалів, про які йшлося раніше, слідчий, прокурор матиме змогу оцінити результати негласних слідчих (розшукових) дії та визнати їх недопустимим в разі наявності ознак провокації.

Вивчення рішень ЄСПЛ дає можливість виокремити деякі аспекти, на які слід звернути увагу при проведенні процесуальних дій. Так, при допиті фігуранта слідчий зобов'язаний встановити його обізнаність про актуальні ціни на товар, які є об'єктом проведення негласних слідчих (розшукових) дій, з'ясувати здатність невідкладно здобути його [159]. Крім того, слідчий повинен з'ясувати матеріальну вигоду, отриману останнім від угоди [151]. Під час обшуку в житловому приміщенні підозрюваного необхідно зафіксувати наявність товарів та послуг, які є об'єктом проведення негласних слідчих (розшукових) дій в його житлі. Такі відомості є свідченням того, що особа раніше займалася подібною діяльністю та мала намір вчинити злочин.

За результатами узагальнення правових позицій визначено ознаки провокації вчинення злочину:

- порушення порядку підстав проведення негласної слідчої (розшукової) дії;
- відсутність доказів щодо наміру особи вчинити злочин та зовнішнього впливу на обвинуваченого;
- відсутність документів, що підтверджують ступінь співучасті співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину, а також ймовірність його вчинення без їх втручання;
- схильність особи до вчинення злочину;

Для встановлення факту провокації злочину суд повинен:

- з'ясувати підстави, за яких було розпочато оперативний захід;

- з'ясувати ступінь співучасті поліції у вчиненні злочину та характер підбурювання чи тиску, який чинили на особу, по відношенню до якої проводились негласних слідчих (розшукових) дій;

- з'ясувати чи не виходила поведінка правоохоронних органів за межі «пасивної» при вчиненні злочину, тобто, чи не діяли останні як провокатори;

- з'ясувати чи могло б відповідне правопорушення бути вчинене без втручання правоохоронних органів;

- з'ясувати роль кожного з головних «дійових осіб», наприклад, причини особистої ініціативи звернення агента до обвинуваченого;

- з'ясувати наявність зовнішнього впливу на обвинуваченого на прийняття рішення про вчинення тієї чи іншої дії, що спонукає до вчинення злочину;

- з'ясувати наявність умислу на вчинення злочину, який підтверджується матеріалами справи та може бути перевірений;

- з'ясувати чи мала місце об'єктивна підозра в тому, що обвинувачений, задіяний в злочинній діяльності або схильний до вчинення злочину;

- з'ясувати чи мав обвинувачений судимості та чи був відомий правоохоронним органам до проведення такої операції, яким чином потрапив до зору правоохоронних органів.

Встановлення цих обставин дозволить визнати наявність або відсутність провокації. В разі виявлення ознак провокації всі докази, здобуті в ході негласних слідчих (розшукових) дій повинні бути визнані недопустимими. Зважаючи на те, що в ч. 2 ст. 87 КПК України не зазначено провокацію як критерій визнання доказів недопустимими, вважаємо за необхідне доповнити її п. 6: провокація вчинення злочину.

У справі «Раманаускас проти Литви» ЄСПЛ постановив, що вимоги ст. 6 Конвенції будуть дотримані лише в тому випадку, якщо в розпорядженні заявника була ефективна можливість підняти питання про провокацію в ході судового розгляду по справі за допомогою заяви заперечення чи іншим чином. Відповідно, не є достатнім для досягнення цієї мети дотримання

загальних гарантій, таких як принцип рівності сторін чи прав обвинуваченого. Доказування відсутності підбурювання покладається на сторону обвинувачення. У разі встановлення наявності в діях правоохоронців ознак підбурювання, всі докази, здобуті за результатами процесуальних дій, мають бути визнані недопустимими доказами і не братись до уваги при прийнятті будь яких процесуальних рішень [158].

Відсутність такої норми в національному законодавстві обмежує можливість звернення до суду зі скаргою на провокацію як підставу для визнання доказів недопустимими, що, у свою чергу, обмежує право на звернення до ЄСПЛ. У випадку, коли підсудний заявляє про підбурювання його до вчинення злочину, національний суд повинен ретельно перевірити матеріали кримінальної справи. Це обумовлено необхідністю забезпечення права на справедливий судовий розгляд в розумінні п. 1 ст. 6 Конвенції. Всі докази, отримані внаслідок підбурювання з боку поліції, мають визнаватися недопустимими. Дотримання цього принципу особливо важливе, якщо з матеріалів справи вбачається, що оперативно-розшуковий захід було проведено без достатньої правової підстави чи належних гарантій недопущення зловживань [158].

Сторона обвинувачення зобов'язана подати докази, які давали б можливість зробити однозначний висновок про відсутність підбурювання фігуранта з боку правоохоронних органів. ЄСПЛ повинен проаналізувати процедуру розгляду заяви про підбурювання у кожній конкретній справі, щоб переконатися, що національний суд належним чином дотримав право на захист, зокрема права на змагальність та рівність сторін [158].

Узагальнення судової практики засвідчило, що національні суди визнають недопустимими докази, отримані в результаті провокації.

Приклад. Борщівський районний суд Тернопільської області, розглянув кримінальне провадження по обвинуваченню особи у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК України. В ході судового розгляду в діях працівників правоохоронних органів

встановлено ознаки провокації. Отримані в ході негласних слідчих (розшукових) дій докази визнано недопустимими. Підставою для такого рішення стали порушення, допущені працівниками оперативних підрозділів. Зокрема порушено порядок вручення грошових коштів, виділених для проведення оперативної закупівлі зі спеціального фонду, особі, яка діє за дорученням правоохоронних органів. Особу, яка діяла за дорученням правоохоронних органів не проінструктовано, не визначено задачі, коло її повноважень. З вироку суду вбачається, що особа, яка діяла за дорученням правоохоронних органів, не усвідомлювала, що бере участь в негласній слідчій (розшуковій) дії. Так, згідно показань свідка, гроші на оперативну закупку йому вручив особисто оперативний працівник на дорозі біля приміщення Борщівського РВ, понятих при врученні грошових коштів не було. В акті огляду та вручення грошових коштів перед початком проведення оперативної закупки підпис свідка та понятих відсутній. Сам протокол про результати контролю за вчиненням злочину містить детальний опис дій свідка в магазині при вчиненні злочину. При цьому особа, яка його складала – оперуповноважений, в ході судового розгляду показав, що технічні засоби не використовувались. Дані в протокол ним внесені зі слів свідка, що очевидно викликає сумнів у його достовірності. Походження коштів, виділених для проведення оперативної закупки є сумнівним. Так, оперуповноважений показав, що кошти для проведення негласної слідчої (розшукової) дії були отримані ним у визначеному законом порядку від начальника УДСБЕЗ УМВС України, і що саме з цієї суми 300 грн. були використані як завдаток, який заплатив свідок. Такі показання суперечать показанням свідка, іншим даним та рапорту начальника УДСБЕЗ, в якому він у зв'язку з невідкладними заходами по проведенню контролю за вчиненням злочину просить дозволу на використання коштів в сумі 7000 грн., які використовувались для проведення контролю за вчиненням злочину. Таким чином, сторона обвинувачення не довела яким чином кошти були використані при проведенні оперативної закупки до написання рапорту [25].

Отже, зазначені вище обставини викликають сумніви щодо законності походження коштів, які були використані саме при проведенні оперативної закупки. Крім того, намір обвинуваченої особи вчинити злочин не доведено. Підстави, з яких було розпочато негласні слідчі (розшукові) дії не встановлені. З показань свідка, який брав участь у заході, вбачається, що він підбурював обвинувачену особу до вчинення злочину, що виражалось в наполяганні вчинити злочин. Його поведінка виходила за рамки «пасивної». Умисел обвинуваченої особи на вчинення злочину нічим не підтверджено, його неможливо перевірити. Вбачається, що об'єктивної підозри у тому, що обвинувачена особа схильна до вчинення злочину, немає.

Наступний приклад також ілюструє умисні односторонні активні дії співробітників СБУ, спрямовані на втягнення особи до скоєння злочину з метою викриття останньої. Так, Хмельницький міськрайонний суд Хмельницької області розглянувши кримінальне провадження № 42013240000000071, встановив наявність ознак провокації в діях співробітників СБУ. Останні здійснювали психологічний тиск на особу, якій було доручено діяти від їх імені (А.), шантажували її. Крім того, вони порушили процедуру проведення негласної слідчої (розшукової) дії, не отримали згоду А. на участь в ній, не дотримали порядок вручення грошових коштів. Встановлено, що документи щодо участі А. в негласних слідчих (розшукових) діях підписані вже після їх проведення. З показань співробітника СБУ встановлено, що після отримання заяви про вимагання хабара, ним було отримано дозвіл на проведення оперативно-технічних заходів, заведено ОРС, надано санкцію начальником управління області на отримання коштів з фінансового відділу управління. Після цього було розпочато складання протоколу помітки грошових коштів. При цьому поняті та А. не були присутні з початку складання протоколу. За їх відсутності оперативним працівником були внесені їх анкетні дані в протокол. Звідки вони йому були відомі та чому він розпочав заповнення протокол у їх відсутності пояснити не зміг. Разом з тим, показав, що копії з грошових

купюр знімались ним в іншому кабінеті, поняті присутні при цьому також не були. А. показала, що заяву про вимагання хабара не подавала. Підписала документи, надані співробітником СБУ, не усвідомлюючи їх змісту. Вона перебувала у поганому фізичному та психологічному стані, що підтверджується медичними документами. А. не мала при собі окулярів, а тому не усвідомлювала в повній мірі своїх дій і значення документів, які підписувала. Вказане свідком знайшло підтвердження іншими матеріалами справи. В судовому засіданні А. категорично стверджувала, що обвинувачена особа грошей у неї не вимагала.

Обвинувачена особа показала, що з А. перебуває у дружніх стосунках. Зі слів А. їй стало відомо, що відносно її дочки порушили кримінальну справу. Вона зрозуміла, що слідчий вимагає у неї хабар та змушена була звернутись до працівників СБУ, які поставили їй завдання вийти на заступника начальника слідства з метою дачі йому хабара. Після цього пообіцяли допомогти закрити кримінальну справу відносно її дочки. Обвинувачений показав, що А. повідомила йому, що ніяких документів про співробітництво з СБУ не підписувала. Він сказав А. щоб вона цього не робила так як, можуть підставити її. Через декілька А. зайшла до нього та повідомила, що у неї при собі включений диктофон, який надали працівники СБУ. Останні і надалі наполягають на дачі нею хабара. 26 червня А. зателефонувала до нього попросила про зустріч. Під час зустрічі А. показала йому, що гроші надані їй працівниками СБУ, вже у неї. Наступного дня А. декілька разів йому телефонувала, просила про зустріч. Обвинувачений показав, що з її натяків зрозумів, що працівники СБУ наполягають на передачі грошей, тому погодився та вирішив забрати у неї гроші, щоб ввечері їх повернути. У визначений час А. вийшла у двір підійшла до його автомобіля зі сторони водія. Через відкрите вікно він з кишені її куртки забрав гроші. Показав, що коли від'їхав метрів 300 його затримали працівники СБУ. При цьому показав, що А. його запевняла, що ніяких документів про співпрацю з СБУ не підписувала, а тому він був впевнений, що його затримання не буде. А.

пізніше повідомила, що документи вона підписувала у той же вечір, після його затримання, біля кафе «Сонечко».

Під час затримання обвинуваченого було допущено ряд грубих порушень працівниками СБУ. Зокрема, працівник СБУ сів за кермо його автомобіля нібито для того, щоб його переставити (хоча такої необхідності не було), не провівши огляд автомобіля до кінця. Після цього працівниками СБУ продовжено огляд та взяті змиви з керма, ручки дверцят, перемикача передач, саме з тих частин автомобіля з якими контактував працівник СБУ. Обвинувачений пояснив, що він дверцята автомобіля не відчиняв. Більше того, при огляді його рук світіння було зафіксовано лише на кінчиках декількох пальців. При огляді керма автомобіля видно світіння відбитки пальців руки повністю. Крім того, працівник СБУ, який сідав за кермо автомобіля, одягнув рукавички, які не були запечатані в заводській упаковці. Під час досудового розслідування А. повідомила, що її просили дати обвинувальні показання, вказуючи, що працівники СБУ чинять на неї психологічний тиск [43].

Версія обвинуваченого підтверджується показаннями інших свідків та зібраними доказами. Отже, з метою фальсифікації матеріалів кримінального провадження співробітники СБУ чинили тиск на особу, яка діяла за їх вказівкою, примушували її до провокації злочину, шантажуючи при цьому. Їх дії можна охарактеризувати як активні, спрямовані на втягнення особи до скоєння злочину. При цьому, підстави, з яких розпочато оперативний захід, сфальсифіковані. Можна зробити висновок, що без втручання співробітників СБУ злочин не було б вчинено. Наявність умислу на вчинення злочину обвинуваченим, нічим не підтверджена, підстав вважати, що обвинувачена особа була схильна до вчинення такого злочину, в матеріалах справи немає. Таким чином, провокаційні дії співробітників СБУ передували злочинній поведінці обвинуваченої особи. Намір вчинення злочину та його вчинення мало місце лише тому, що співробітниками СБУ було створено обстановку, що викликає його вчинення.

Підсумовуючи вищевикладене, можна зазначити, що провокація вчинення злочину – критерій недопустимості доказів, напрацьований практикою ЄСПЛ та національних судів.

Висновки до розділу 2

1. До істотних порушень прав людини й основоположних свобод як безумовної підстави для визнання доказів недопустимими (п. 1–5 ч. 2 ст. 87 КПК України) належать такі: 1) здійснення процесуальних дій, які потребують дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов. Ця вимога поширюється на проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, які обмежують конституційні права, застосування заходів кримінального провадження, а також порушення приписів, які містяться в ухвалі слідчого судді. Істотні порушення полягають у недотриманні вимог ст. 134, 140, 170, 233, 234, ч. 2 ст. 237, ч. 3 ст. 245, ст. 260, 261, 262, 263, ч. 1 ст. 264, ч. 2 ст. 268, ч. 1 ст. 270, ч. 2 ст. 274, ст. 243 КПК України; 2) отримання доказів унаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження. Критерієм доведення катувань визнається сукупність вагомих, чітких й узгоджених між собою ознак, які свідчать про наявність катувань чи нелюдського поводження. Відмінність між поняттями «катування» та «нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження» полягає у визначенні особливого рівня жорстокості умисного нелюдського поводження, що призводить до тяжких і жорстоких страждань. Поводження визнається нелюдським при досягненні мінімального рівня жорстокості (він оцінюється залежно від обставин кримінального правопорушення, зокрема тривалості такого поводження, його фізичних і психічних наслідків, а також у деяких випадках статі, віку та стану здоров'я потерпілої особи); 3) порушення права особи на захист. Право на захист передбачає можливість надання усних або письмових пояснень з приводу підозри чи обвинувачення; право збирати і

подавати докази; брати особисту участь у кримінальному провадженні; користуватись правовою допомогою захисника; реалізовувати інші процесуальні права, передбачені КПК України. Порухення права на захист виражається в недотриманні вимог ст. 42, 46, 48, 49, 52, 53, 54, 290, 293, 303–310, 338, 339, п. 4 ст. 412 КПК України; 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 полягає в порушенні ст. 18 КПК України; 5) порушення права на перехресний допит, що полягає в недотриманні вимог п. 1 ч. 4 ст. 42 КПК України, і є порушенням засад змагальності сторін, свободи в поданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості, рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом, забезпечення обвинуваченому права на захист.

2. Недопустимими слід вважати й докази, які одержані внаслідок істотних порушень прав людини та свобод людини (п. 1–2 ч.3 ст. 87 КПК України) – це докази, отримані: 1) з показань свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні (показання особи, допитаної як свідка, і яка в подальшому набула статусу підозрюваного, обвинуваченого, про факти й обставини кримінального правопорушення з попередженням про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиві показання чи за відмову від давання показань); 2) після початку кримінального провадження шляхом реалізації органами досудового розслідування чи прокуратури своїх повноважень, не передбачених КПК України, для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень (порушення вимог ст. 36, 40 КПК України).

3. За даними опитування, 95 % слідчих допускали порушення процедури проведення процесуальних дій.

Процесуальна форма – це передбачений кримінальним процесуальним законом порядок діяльності сторони обвинувачення, сторони захисту, потерпілого і його представника, а також інших учасників кримінального

провадження, спрямований на виконання його завдань з дотриманням засад, що забезпечує допустимість доказів. Наслідком порушення процесуальної форми є визнання доказів недопустимими. Типовими порушеннями процесуальної форми, які призводять до визнання доказу недопустимим, є такі: відсутність у протоколі підписів учасників процесуальних дій (73 %); проведення процесуальних дій без участі понятих або з порушенням ст. 237 КПК України (32 %); не роз'яснення учасникам процесуальних дій їх прав (41 %).

4. Правовими підставами для збирання й фіксації доказів, за яких слідчий є належним суб'єктом доказування, є такі: 1) доручення керівника органу досудового розслідування на проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій слідчому та створення слідчої групи; 2) доручення суду, доручення інших слідчих та прокурора на проведення окремої слідчої (розшукової) та негласної слідчої (розшукової) дії; 3) виконання запиту (доручення) компетентного органу іноземної держави про міжнародну правову допомогу. Слідчий визнається неналежним суб'єктом, якщо проводив слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії: під час перебування на лікарняному; під час перебування у відпустці; за наявності підстав для відводу слідчого; у разі відсторонення від посади. Ці вимоги поширюються на прокурора та слідчого суддю.

5. Обґрунтовано доцільність законодавчого закріплення обов'язку слідчого виносити постанову про прийняття до провадження, а також створення слідчої групи, що забезпечить можливість процесуальної фіксації початку здійснення повноважень слідчим та групою слідчих. Запропоновано внести відповідні зміни до ч. 2. ст. 38 КПК України. Це дозволить уникнути запитань відносно належного суб'єкта під час судового розгляду. Належний суб'єкт – це фізична особа, яка є співробітником державного органу, на який покладено обов'язок здійснювати досудове розслідування (перелік передбачено в ст. 38 КПК України) або судовий розгляд на законних підставах, не підлягає відводу та з урахуванням розумних строків, передбачених КПК України, здійснює свої повноваження щодо збирання фактичних даних і доказування.

6. Неналежне джерело доказів – це використання в доказуванні не передбачених КПК України видів джерел фактичних даних (до процесуальних джерел доказів, визначених у ч. 2 ст. 82 КПК України, належать показання, речові докази, документи, висновки експертів) або використання з порушеннями процесуальної форми.

7. Неналежний спосіб отримання доказів – проведення дій, не передбачених кримінальним процесуальним законом, як засіб отримання доказової інформації, зокрема отримання доказів не за допомогою слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій (акт добровільної видачі, заява про долучення до матеріалів провадження, заява про добровільну видачу).

8. За результатами узагальнення емпіричних даних встановлено, що провокація відбувається під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, зокрема контролю за вчиненням злочину (контрольована поставка, контрольована та оперативна закупка, спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки злочину), які найчастіше проводяться у кримінальних провадженнях про злочини у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів (45 %); у сфері службової діяльності (39 %); у злочинах проти громадського порядку та моральності (12 %).

9. Обґрунтовано доцільність застосування змістовного та процесуального критеріїв у вирішенні питання наявності провокації, що визначені ЄСПЛ. Змістовний – включає наявність або відсутність змістовних ознак провокації, процесуальний – передбачає можливість суду перевірити відомості про можливу провокацію.

10. Для встановлення факту провокації злочину суд повинен з'ясувати такі обставини: підстави, з яких було розпочато оперативний захід; ступінь співучасті поліції у вчиненні злочину та характер підбурювання чи тиску, який чинили на особу, стосовно до якої проводилися негласні слідчі (розшукові) дії; чи не виходила поведінка працівників правоохоронних органів за межі «пасивної» при вчиненні злочину, тобто, чи не діяли останні як провокатори; чи

могло б відповідне правопорушення бути вчинене без втручання правоохоронних органів; роль кожного з учасників, наприклад, причини особистої ініціативи звернення агента до обвинуваченого; наявність зовнішнього впливу на обвинуваченого на прийняття рішення про вчинення тієї чи іншої дії, що спонукає до вчинення злочину; наявність умислу на вчинення злочину, який підтверджується матеріалами справи та може бути перевірений; чи мала місце об'єктивна підозра в тому, що обвинувачений задіяний у злочинній діяльності або схильний до вчинення злочину; чи мав обвинувачений судимості та чи було про нього відомо правоохоронним органам до проведення такої операції.

11. Дії працівників правоохоронних органів не визнаються провокацією, якщо на момент проведення негласних слідчих (розшукових) дій вони володіли інформацією про те, що злочин вчинявся раніше; відсутня ініціатива з боку агента при встановленні зв'язку з фігурантом (ініціатива може полягати в повторній пропозиції сприяння у вирішенні питання чи придбання товару, незважаючи на первісну відмову, наполегливому підбурюванні, піднятті ціни); у матеріалах містяться відомості про схильність особи до вчинення злочину, та про те, яким чином фігурант потрапив до кола зору правоохоронних органів; наявна ініціатива особи, яка вчиняє злочин, ще до його вчинення (ініціатива зустрічі з агентом для обговорення обставин вчинення злочину, вияв зацікавленості, інші вияви активності); у процесі процесуальних дій встановлено, що фігурант обізнаний про діючі ціни на товар, які є об'єктом проведення негласних слідчих (розшукових) дій, здатний невідкладно отримати товар; під час обшуку в житловому приміщенні фігуранта зафіксована наявність товарів та послуг, які є об'єктом проведення негласних слідчих (розшукових) дій; дотримано порядок проведення негласної слідчої (розшукової) дії; особа, яка вчиняє злочин, вже вийшла на контакт з агентом, а після цього останній почав співпрацювати з правоохоронними органами.

РОЗДІЛ 3

ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

3.1. Підстави, умови та процесуальний порядок визнання доказів недопустимими за кримінальним процесуальним законодавством країн Європи, США та Великобританії

Важливою складовою сучасних наукових досліджень є аналіз положень кримінального процесуального законодавства та правозастосовної практики зарубіжних країн у контексті предмета дослідження. Не виняток і дослідження проблем недопустимості доказів. Порівняльний аналіз кримінальних процесуальних норм, які регулюють однорідні сфери правовідносин у різних країнах сприяє формуванню механізмів використання позитивного досвіду та побудові ефективних моделей правового регулювання у національній правовій системі та правозастосовній практиці.

Як вже було зазначено, в Україні відбувається становлення інституту недопустимості доказів та об'єктивно існують проблеми його практичної реалізації. Відсутність достатньої правозастосовної практики спонукає до вивчення досвіду інших країн, у яких інститут недопустимості доказів був законодавчо регламентований раніше, ніж у національному законодавстві. Тому окремий розділ присвячено комплексному аналізу досвіду законотворчості та практичного застосування інституту недопустимості доказів у різних країнах.

За результати дослідження встановлено, що правова регламентація інституту недопустимості доказів у країнах Європи відмінна від національного законодавства, проте існують також спільні риси, насамперед, у частині призначення згаданого інституту для захисту прав і свобод учасників кримінального процесу

У законодавстві країн Європи стадія досудового розслідування не регламентована так детально, як у КПК України. Органи поліції наділені правом збирання та фіксації доказів, а основну функцію доказування та прийняття процесуальних рішень виконує суд.

В КПК Франції поняття недопустимості доказів відсутнє. Згідно ст. 427 КПК Франції, факт вчинення злочину встановлюється на підставі будь-яких доказів. Суддя виносить рішення на підставі свого внутрішнього переконання.

До уваги беруться лише ті докази, які були дослідженні в ході судового розгляду з дотриманням процедури змагальності. Тобто, при безпосередньому дослідженні доказу, сторона захисту має право заявляти клопотання про недопустимість доказів. Перелік доказів та їх джерел, які дозволено використовувати в доказуванні в КПК Франції не зазначено. Питання їх допустимості залежить від внутрішнього переконання судді. Водночас, існують правила, недотримання яких призводить до визнання доказів недопустимими. Зокрема, у ст. 380 КПК Франції визначено перелік осіб, які мають право не свідчити проти обвинуваченої особи або свідчити без приведення до присяги [84]. До таких осіб належать: чоловік, дружина, батько, мати та інші близькі родичі. Зазначені особи можуть бути приведені до присяги у разі їх згоди. Такі показання вважаються допустимими.

В ст. 431 КПК Франції передбачений порядок отримання дозволу на зняття інформації з телекомунікаційних мереж. Для проведення такої процесуальної дії потрібен дозвіл суду. Проведення цих дій без дозволу є підставою визнання доказу недопустимим. В ст. 317 КПК Франції зазначено, що процесуальні рішення приймаються лише суддею, який має на це повноваження. Тобто, закріплена норма про належного суб'єкта доказування.

В КПК Німеччини також відсутнє нормативне визначення недопустимості доказів, критерії та порядок визнання доказів недопустимими. Зі змісту норм КПК Німеччини убачається, що порушення прав і свобод людини і громадянина, а зокрема і обвинуваченого, є підставою

для визнання доказу недопустимим. В ч. 1 § 25 КПК Німеччини передбачений відвід судді у разі наявності сумнівів у його об'єктивності [194].

Становить практичний інтерес законотворчий досвід Німеччини щодо нормативного врегулювання права відмовитись від давання показань у зв'язку із професійною діяльністю (§ 53 КПК Німеччини) [194]. Таким правом користуються: 1) священик – про те, що йому стало відомо у силу свого сану; 2) захисник обвинуваченого – про те, що йому було довірено чи стало відомо в силу свого процесуального статусу; 3) адвокати, нотаріуси, ревізори, радники з податків, уповноважені з податків, лікарі, стоматологи, аптекарі, акушери – про те, що їм стало відомо в силу виконання своїх професійних обов'язків; 4) члени та уповноважені консульських установ – про те, що їм довірено чи стало відомо в силу їх професійних обов'язків; 5) члени бундестагу, ландтага чи однієї з двох палат – про осіб, які їм довірили відомості в силу їх повноважень як членів цих органів; 6) особи, які брали участь у підготовці та виданні періодичних видань – про особистість автора чи довіреної особи, про публікації та джерела, а також про повідомлення, зроблені у зв'язку з їх діяльністю. В § 97 КПК Німеччини передбачено, що виїмка документів, носіїв звукозапису, відеозапису, інформації ЕОМ, зображень і інших матеріалів, які перебувають в розпорядженні осіб, які мають право відмовитись від показань, недопустима [194]. На нашу думку, ці положення варто розглядати щодо можливості запозичення досвіду правового регулювання в Україні. В КПК України також міститься перелік осіб, які не можуть бути допитані як свідки. Цей перелік вужчий, ніж в КПК Німеччини. До нього, наприклад, не входять ревізори, радники з податків, уповноважені з податків, стоматологи, аптекарі, акушери. Проте, вказівки на те, що виїмки документів, які пов'язані з охороною таємниці, яка їм стала відома, немає. Таке обмеження поширюється лише на діяльність нотаріусів та адвокатів. Отже, провівши виїмку документів у зазначених осіб, таємниця, яка стала відома їм у зв'язку з професійною діяльністю, може бути

розголошена. Тому запровадження такої норми може бути позитивним кроком на шляху демократизації кримінального процесу.

Приведення свідків до присяги під час досудового розслідування недопустиме. Водночас, § 65 КПК Німеччини передбачає допустимі випадки такої присяги: 1) невідкладність слідчих дій; 2) присяга необхідна як засіб, забезпечення правдивості показань на досудовому розслідуванні, які необхідні для подальшого його проведення; 3) якщо є підстави вважати, що свідок буде ухилятися від явки в суд. Зазначене в § 65 КПК Німеччини передбачає визнання недопустимим незаконне приведення до присяги.

§ 136а КПК Німеччини передбачає також заборонені методи допиту. Жорстоке поводження катування заборонені, але дозволяє примус. Він застосовується винятково за рішенням суду, якщо вичерпані інші можливості досягнення завдань кримінального провадження. Наприклад, примус може бути застосований щодо особи, яка, незважаючи на накладення грошового штрафу, продовжує відмовлятися від освідчування. Погроза застосування заборонених заходів недопустима. Показання отримані в такий спосіб недопустимі.

Згідно § 242 КПК Німеччини, всі сумніви допустимості будь якого питання вирішує суд. У законі детально не регламентовано порядок вирішення сумнівів допустимості доказів, не зазначено хто має право ініціювати вирішення таких питань.

КПК Швейцарії містить цілий розділ, присвячений допустимості доказів. В ст. 139 КПК Швейцарії зазначено, що для встановлення правосуддя використовуються лише юридично допустимі докази. Визначення поняття «допустимість» та «недопустимість» в кодексі відсутнє. Проте зазначено, що недопустимими є катування, жорстоке або нелюдське поводження. Так, в ст. 140 КПК Швейцарії йдеться про заборону застосування примусу, насильства, погроз, обіцянок обману, інших методів, які загрожують життю та здоров'ю [196]. Всі докази, отримані з застосуванням заборонених методів є недопустимими. КПК Швейцарії

допускає використання доказів, отриманих шляхом допущення адміністративних проступків (ч. 3 ст. 141 КПК Швейцарії) але категорично ставиться до дотримання вимог кримінального процесуального законодавства при отриманні доказів та визнає докази, отримані в результаті таких порушень, недопустимими (ч. 2 ст. 141 КПК Швейцарії). Крім того, КПК регламентує застосування доктрини плодів отруйного дерева. В ч. 4 ст. 141 КПК Швейцарії зазначено, що докази визнаються недопустимими, якщо встановлено, що вони отримані на підставі таких, які втратили юридичну силу. Докази, визнані недопустимими, повинні бути видалені з матеріалів кримінального провадження, а після прийняття остаточного рішення по справі – знищені (ч. 5 ст. 141 КПК Швейцарії).

Детально інститут недопустимості доказів регламентований в англосаксонській системі права, представниками якої є Великобританія і США. Доказове право в цих державах вважається самостійною галуззю права, а не частиною кримінального процесу.

У Великобританії доказове право в цілому та інститут недопустимості доказів зокрема, займають особливе місце в законодавстві. У Великобританії протягом багатьох століть існує суд присяжних. Для його функціонування присяжним необхідно детально роз'яснювати правила доказування [99, с. 113]. На відміну від законодавства України, недопустимість доказів не розглядається як інструмент забезпечення прав особи. Його мета полягає у тому, щоб створити такі правила, які б дозволяли усунути із процесу або не допустити в процес сумнівні докази. Умови застосування доказів і навіть їх оцінки, підпорядковуються спеціальним формальним правилам [5, с. 99]. Така розгалуженість правил доказування пояснюється тим, що кримінальному судочинству Великобританії традиційно був притаманний змагальний характер.

Система кримінального судочинства Великобританії відрізняється від національної. Так, розслідуванням злочинів займається поліція, орган досудового розслідування відсутній, дії поліцейських зі збирання доказів не

регламентовано. Обвинувачення в суді підтримує державний обвинувач, він сам вирішує підтримувати обвинувачення в судді чи ні. Він не наділений повноваженнями щодо визнання доказів недопустимими. Попереднє слухання передує судовому розгляду і є етапом вирішення справи по суті. На цій стадії відбувається розкриття доказів протилежній стороні. Однією із головних задач попереднього слухання у Великобританії є вирішення питання допустимості покладених в основу обвинувачення доказів [177, с. 116]. Питання недопустимості доказів може вирішуватись протягом всього судового розгляду.

Основним принципом англійського права є «Justice before Truth» [54, с. 243] (справедливість вище правди). Цей принцип означає, що дотримання вимог правосуддя не може бути порушено, навіть якщо це зашкодить встановленню істини по справі. Іншими словами судочинство Великобританії віддає пріоритет дотриманню законності, процесуальної форми, а не встановленню істини. Слід зазначити, що даний принцип покладений в основу чинного КПК України. Характерною ознакою судочинства Великобританії є те, що весь його хід повинен відповідати критеріям допустимості. Т. В. Апарова зазначає, що недотримання окремих принципів може призвести до повного виключення доказів, незалежно від їх фактичної цінності [5, с. 99]. Це означає, що доктрина «плодів отруйного дерева» також застосовується в законодавстві Великобританії.

Зі змісту правих норм убачається, що до правил недопустимості доказів належать:

- докази, отримані «за чутками»;
- постановка запитань інкримінуючого характеру;
- порушення права не свідчити проти себе та членів родини;
- здійснення тиску на обвинуваченого з метою отримання показань;
- отримання доказів незаконним шляхом.

Показання, отримані «за чутками» визнаються недопустимими, що передбачає необхідність перевірки законності першоджерела доказів. Якщо цього зробити неможливо, доказ має бути визнаний недопустимим.

Постановка інкримінуючих запитань також є підставою для визнання доказів недопустимими, її суть полягає в забезпеченні прав, наданих свідкам. В Україні свідок також має право не свідчити проти себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів. Порушення цього права є підставою для визнання доказу недопустимим.

У кримінальному процесі Великобританії дозволено користуватися письмовими показаннями свідка, отриманими в поліції, якщо свідка не може бути допитано судом [5, с. 100]. У порівнянні, в КПК України передбачена можливість допиту свідка слідчим суддею на стадії досудового розслідування, якщо він не може бути допитаний в суді з поважних причин.

В судочинстві Великобританії зізнання обвинуваченого у вчиненні злочину, вважається допустимим доказом. Основною умовою допустимості в такому випадку є добровільність зізнання. Доказування добровільності покладено на сторону обвинувачення. Якщо зізнання зроблене під тиском, воно визнається недопустимим [5, с. 108]. Вирішення питання про законність отримання доказів покладено на суд. При вирішенні питання недопустимості доказів, присяжні засідателі мають бути видалені з зали судового засідання. Це обумовлено тим, що докази, визнані недопустимими, можуть негативно вплинути на суб'єктивне ставлення присяжних засідателів та сприяти неправильному прийняттю рішення про винуватість особи. Якщо суд визнає той чи інший доказ недопустимим, він робить відповідне роз'яснення присяжним засідателям [5, с. 105].

Питання недопустимості доказів в США здебільшого регламентовані в IV поправці і Біллі про права. Згадана поправка закріпила право народу на охорону особистості, житла, паперів і майна від безпідставних обшуків і арештів, відповідне право не повинно порушуватись. Жоден ордер не повинен видаватись без наявності достатніх підстав, підтверджених

присягою чи урочистою заявою; при цьому ордер повинен містити детальний опис місця, яке підлягає обшуку, осіб чи предметів, які підлягають арешту. [73, с. 81].

В судочинстві США інститут недопустимості доказів має назву «Exclusionary rule» – правила про виключення доказів. Метою таких правил є запобігання можливим зловживанням з боку співробітників правоохоронних органів щодо порушення конституційних прав громадян. Правила про виключення доказів в США визначаються як такі, що встановлюють, що докази можуть бути виключені із судового процесу, якщо при їх отриманні були порушені конституційні права [212]. Із зазначеного випливає, що правила про виключення доказів та недопустимість доказів мають однакову мету – забезпечення дотримання конституційних прав громадян.

Джерелом правового регулювання недопустимості доказів в США є загальне право, Конституція США, конституції штатів, акти Конгресу і законодавство штатів. Найважливішим джерелом доказового права є судовий прецедент, який є основою загального права. Кримінальний процес являє результат судових рішень, а не законодавчих актів [215]. В Конституції США закладені основні принципи федерального кримінального процесу: право на захист від необґрунтованого обшуку і арешту (IV поправка), право не свідчити проти себе – захист від самообвинувачення (V поправка), право на захист (IV поправка), право на належну правову процедуру (IV поправка). Саме інститут недопустимості доказів або правила про виключення доказів, як їх називають в США, забезпечує дотримання зазначених поправок в кримінальному судочинстві.

Пріоритетним для кримінального судочинства в США є дотримання прав учасників кримінального процесу над встановленням істини по справі. На практиці, внаслідок застосування інституту недопустимості доказів, суди часто виносять виправдовувальні вироки, що також нерідко викликає суспільний осуд, адже особи, які учинили злочин уникають відповідальності. Водночас, інститут недопустимості доказів вважається важливим способом

захисту особи від зловживань з боку правоохоронних органів. Він забезпечує проведення розслідування в рамках законодавства.

Допустимість (admissibility) доказів в законодавстві США означає, що представлений в суді факт встановлений з дотриманням належної правової процедури, а джерело і спосіб отримання доказів є законними [182, с. 166]. З визначення убачається, що порушення належної правової процедури, неналежне джерело та спосіб отримання доказів є критерієм недопустимості доказів. Норми про недопустимість тісно пов'язані з належністю (здатність доказу бути логічно пов'язаним з предметом доказування) [213]. Чіткого критерію належності доказів не визначено, тому в кожному конкретному випадку суддя визначає його на власний розсуд.

Правило про виключення доказів (недопустимість доказів) діє як створений судом засіб правового захисту, метою якого є недопущення порушення IV поправки в Конституції за допомогою загальної превенції протизаконних дій поліції [129].

За результатами узагальнення можна визначити наступні критерії недопустимості доказів у законодавстві США:

- правило про недопустимість використання показань «за чутками»;
- правило «про найкращий доказ»;
- правило про виключення доказів, отриманих з порушенням норм адвокатської етики.

Суть правила про недопустимість використання показань «за чутками» полягає в тому, що обвинувачений позбавляється права допитати свідків обвинувачення та права на перехресний допит. Це суперечить принципу змагальності сторін, який є основоположним в англійському та американському змагальному процесі. Отримання доказу «за чутками» не дає можливості привести першоджерело до присяги та притягнути до відповідальності за дачу завідомо неправдивих показань. До показань «за чутками» належить будь-яка інформація, яка отримана від третіх осіб та не стосується особистих знань свідка. Суд може заборонити присяжним брати

цю заяву до уваги. Водночас із загального правила недопустимості показань з чужих слів, як доказів, є винятки. Зокрема, це:

- заява особи, яка перебувала на межі смерті;
- спонтанні вислови, які особа робить у запалі, не маючи часу на їх обдумування;
- заяви, зроблені свідком поза залом суду і письмово чи іншим чином зафіксовані (такі заяви можуть бути представлені як докази за умови, що свідок у суді підтвердить їх достовірність);
- заяви третіх осіб, які можуть викрити їх у вчиненні протиправного діяння; документи, записи, свідоцтва тощо [211, с. 377].

Можна провести аналогію між правилом недопустимості доказів «за чутками» та положеннями КПК України. Так, у ст. 97 КПК України, де зазначено, що показаннями з чужих слів є висловлювання, здійснене в усній, письмовій або іншій формі, щодо певного факту, яке ґрунтується на поясненні іншої особи. Стаття передбачає право суду визнати допустимим доказом показання з чужих слів незалежно від можливості допитати особу, яка надала первинні пояснення, у виняткових випадках, якщо такі показання є допустимим доказом, згідно з іншими правилами допустимості. Водночас, ч. 4 ст. 95 КПК України передбачає, що суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому статтею 225 КПК України. Суд не вправі обґрунтовувати свої рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору або посилатися на них. Як бачимо, показання з чужих слів є винятковим правилом і можуть бути застосовані лише в тому випадку, якщо підтверджується сукупністю інших доказів.

Справедливо також зауважити, що деякі положення ст. 97 КПК України суперечать презумпції невинуватості. Так, згідно ч. 2 ст. 17 КПК України ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом. В п. 5

ч. 2 ст. 97 КПК України зазначено, що суд при прийнятті рішення про визнання показань з чужих слів допустимим доказом, зобов'язаний враховувати складність спростування пояснень, показань з чужих слів для сторони, проти якої вони спрямовані. Тобто, сторона захисту, всупереч презумпції невинуватості, повинна спростовувати показання з чужих слів. Якщо сторона захисту не може спростувати показання з чужих слів, то суд має визнати допустимим доказом такі показання і брати їх за основу обвинувачення. Згідно ч. 5 ст. 97 КПК України суд має право визнати допустимим доказом показання з чужих слів, якщо підозрюваний, обвинувачений створив або сприяв створенню обставин, за яких особа не може бути допитана. Виходячи зі змісту ч. 3 ст. 97 КПК України, підставами неможливості допиту особи, на які міг вплинути обвинувачений, є смерть, тяжка хвороба або небажання давати показання. Виникає запитання, яким чином суд встановить підстави неможливості допиту особи, на які міг вплинути обвинувачений. Щоб довести факт створення обвинуваченим обставин, що спричинили смерть, тяжку хворобу чи залякування свідка, потрібно визнати його винним у вчиненні злочину вироком суду, згідно із засадою презумпції невинуватості. Але у ч. 5 статті 97 КПК України йдеться про визнання особи винуватою ще до винесення вироку [76, с. 432]. Показання з чужих слів формулюються на основі первинних показань, однак вони є результатом «вторинного відображення» слідів злочину.

Зміст правила «про найкращий доказ» полягає в тому, що на суд покладено обов'язок розгляду справи лише за доказами, які здобуті з додержанням належної правової процедури, а джерело і спосіб отримання доказів є законними. Тобто, це правило виконує функцію певного фільтра. Наприклад щодо документів – паперових носіїв інформації, то перевага надається оригіналам над копіями. Копії можуть бути досліджені лише у виняткових випадках, якщо суд доведе неможливість надання оригіналів через об'єктивні причини. Це правило знайшло відображення і в законодавстві України. Принцип безпосередності дослідження доказів

передбачає необхідність перевірки належної правової процедури, джерела і способу отримання доказів судом.

Правило про виключення доказів, отриманих з порушенням норм адвокатської етики передбачає необхідність дотримання етичних норм адвокатом сторони обвинувачення. Правило про виключення незаконно отриманих доказів полягає в тому, що обвинувачення має надавати в суд докази, отриманні з додержанням вимог Конституції та інших нормативних актів.

В законодавстві США існують винятки з правил про виключення доказів. Зокрема, положення про «добросовісну оману», яке означає, що співробітник правоохоронного органу може допустити порушення процесуальних норм і доказ буде визнано допустимим, якщо він не знав і не міг знати, що його дії носять незаконний характер [140, с. 45]. Щодо практичної реалізації, то така норма має суперечливий характер. Одні юристи розцінюють її як позитивну та підтримують її застосування в практичній діяльності, інші вважають, що її застосування не допустиме, оскільки призводить до повного нівелювання вимог законодавства. Будь-яке допущене порушення можна виправдати «добросовісною оманою», а відсутність омани складно спростувати. Щоб виправдати «добросовісність», необхідно встановити суб'єктивне ставлення поліцейського до подій, що відбувалися. Поліцейський, в свою чергу, в будь-якому випадку буде наполягати на «добросовісності омани», яке б порушення він не допустив. Таким чином, він уникне дисциплінарної чи кримінальної відповідальності та штучно створить законність та надійність отриманих доказів. Спростувати твердження поліцейського про «добросовісну оману» майже не можливо. Воно є суб'єктивним, його неможливо перевірити чи спростувати сукупністю доказів. Правило про «добросовісну оману» дозволяє нівелювати всі помилки, посиляючись на нього. Можна сказати, що в теорії та практиці кримінального процесу України існує подібна проблема. Так, як вже було

зазначено, відсутній єдиний підхід щодо вирішення питання істотних та неістотних порушень.

Ще одним винятком з правил допустимості доказів є використання доказів, визнаних недопустимими («impeachment evidence exception»). Його суть полягає у використанні під час судового засідання показань обвинуваченого, визнаних недопустимими доказами. Це виняткові випадки, коли стороні обвинувачення необхідно процесуально спростувати показання обвинуваченого в ході перехресного допиту, якщо його показання, дані в ході «головного» допиту в суді суперечать показанням, даним на цій стадії процесу [182, с. 181]. Такий виняток застосовується з метою з'ясування причин протиріч і їх усунення.

В Україні існує подібна проблема асиметрії правил недопустимості доказів щодо можливості використання недопустимих доказів, як доказів невинуватості особи за клопотанням сторони захисту у випадку, якщо порушення було допущено стороною обвинувачення. Н. М. Кіпніс вважає, що проблема асиметрії правил недопустимості доказів полягає в тому, що недопустимі докази виправдовувального характеру використовуються в справі в якості доказів за клопотанням сторони захисту. При цьому в рамках асиметрії розглядаються лише ті випадки, коли порушення закону, які є критерієм визнання доказу недопустимим, були допущені саме стороною обвинувачення [68, с. 64].

Підставою визнання доказу недопустимим в кримінальному судочинстві США є наявність юридико-технічних помилок при збиранні доказів [218]. Під юридико-технічними помилками розуміють неправильні і ненавмисні дії уповноваженого суб'єкта при збиранні та фіксації доказів. Це можуть бути колізії нормативного акта, який регламентує порядок збирання та фіксації доказів, відступ від визначених законодавцем вимог, описка, друкарська, граматична, арифметична помилка, помилкова вказівка на статтю, які можуть бути допущені при перенесенні інформації з одного документа на інший, або через неуважність. Юридико-технічні помилки при збиранні доказів

потребують окремого розгляду та визначення їх суттєвості та можливості використання в доказуванні. В кримінальному процесі США наявність помилок є підставою для визнання доказу недопустимим. Це призводить до втрати важливих доказів винуватості особи, і суд позбавляється можливості притягнення обвинуваченої особи до відповідальності.

Отже, у американській правовій системі доказове право побудовано інакше, ніж в Україні. Сторона обвинувачення та сторона захисту наділені однаковими повноваженнями щодо підготовки та надання доказів до суду. В Україні ж сторона захисту обмежена у повноваженнях збору та фіксації доказів. Підозрюваний, обвинувачений та захисник мають право звернутися до слідчого, прокурора суду з клопотанням про проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, однак самостійно їх проводити вони не уповноважені.

Питання щодо недопустимості доказів в США вирішується судом за зверненням сторін. Звернення має бути оформлене у вигляді клопотання про визнання доказу недопустимим. Сторона, яка подає клопотання, має викласти в ньому переконливі доводи недопустимості доказу. Таке клопотання може бути заявлено на будь якій стадії судового розгляду справи. Однак якщо воно не заявлене, то доказ підлягає розгляду.

В Україні клопотання про визнання доказу недопустимими також розглядається судом. Проте, вирішення цього питання відбувається в нарадчій кімнаті при ухваленні вироку, незалежно від того, чи заявлене воно однією зі сторін. У кожній конкретній справі визнання доказів недопустимими залежить від переконання судді, який оцінює доказову інформацію і її важливість для прийняття рішення по справі.

Клопотання про визнання доказів недопустимими в США розглядається, за загальним правилом, не пізніше ніж за 10 днів до початку судового розгляду [216]. У національному кримінальному процесуальному законодавстві така вимога не передбачена. На нашу думку, було б доцільно доповнити КПК України статтею про право сторін заявляти клопотання

слідчому, прокурору, судді про визнання доказів недопустимими на стадії досудового розслідування та судового розгляду. Особливо актуальним є подання такого клопотання після ознайомлення сторони захисту з матеріалами провадження. Сторона захисту, ознайомившись з доказами, повинна висловити свою позицію щодо них, та щодо обвинувального акту в цілому. За наявності істотних порушень критеріїв недопустимості доказів, слідчий чи прокурор можуть повторно оцінити докази та прийняти інше процесуальне рішення по справі. За результатами анкетування, 83 % слідчих та 79 % прокурорів вважають за необхідне надання стороні захисту права подавати клопотання про визнання доказу недопустимими на стадії досудового розслідування.

Враховуючи вищевикладене, пропонуємо внести зміни до ч. 3 ст. 89 КПК України та викласти її в такій редакції: Сторони кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право під час досудового розслідування та судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими, а також наводити заперечення проти визнання доказів недопустимими.

Значна увага в інституті недопустимості доказів США приділяється незаконному обшуку, оскільки оцінка його результатів, з точки зору недопустимості викликає складності.

В теорії та практиці кримінального процесу США розрізняють п'ять підстав законності обшуку:

- судовий ордер;
- згода особи на обшук;
- обшук особи при затриманні;
- обшук особи, щодо якої виконується ордер про арешт;
- «Stop-and-frisk» (зупинити і обшукати).

В судовому ордері на обшук має бути вказано коли і які саме предмети розшукуються. Поліцейський, який клопоче про отримання ордеру на обшук,

дає письмові показання під присягою, в яких зазначаються підстави, які свідчать про необхідність такого обшуку. Обґрунтовується привід вважати, що майно, яке підлягає вилученню, може бути легко і швидко знищено, або його можна легко позбутись. Перед початком обшуку поліцейський зобов'язаний повідомити обшукуваного про свої повноваження та мету обшуку. Якщо його не впускають в приміщення, яке підлягає обшуку, то поліцейський може усунути перешкоду фізично. За вказівкою судді, поліцейський може проникнути в приміщення без попередження [182]. Під час обшуку складається опис вилучених предметів. По закінченню обшуку ордер і опис вилучених предметів надається судді. Особа, яка вважає, що її права було порушено, має право клопотати перед судом, який видав ордер, про повернення вилученого та про визнання доказу недопустимим [216, с. 174].

Другою законною підставою проведення обшуку є згода особи на обшук. Згідно цього правила, поліцейський має право провести особистий обшук чи обшук житла без ордера, за наявності згоди на його проведення особи, яка підлягає обшуку або власника житла, в якому має бути проведений обшук [216]. Особа, даючи згоду на такий обшук, позбавляється можливості оскаржувати його результати та вимагати повернення вилучених речей.

Наступною підставою є обшук особи при затриманні, якщо є підстави вважати, що ця особа вчинила злочин. В такому випадку, затримання та обшук, як правило, відбуваються без ордеру. Обшук передбачає огляд вмісту кишень, обшук речей, які знаходяться у арештованого [216].

Обшук особи, щодо якої виконується ордер про арешт, також є законною підставою. Якщо обшук, який супроводжується арештом, був протизаконним, то здобуті докази вважаються недопустимими.

Підстава «Stop-and-frisk» (зупинити і обшукати) [182] передбачає право поліції затримати особу, яка перебуває поза межами житла та обшукати її, якщо вона обґрунтовано підозрюється у вчиненні злочину. Особливістю

такого обшуку є наявність згоди особи на її обшук. В такому випадку не можна розраховувати на визнання доказів, здобутих під час такого обшуку, недопустимими. В найкоротший строк затриманий повинен бути звільнений або арештований і доставлений в поліцію [218].

Окремий інтерес становить закріплення в законодавстві США застосування поліграфа. Так, в якості доказів допускаються показання експертів відносно результатів випробування підсудного на поліграфі. При випробуванні підсудного на поліграфі мають бути дотримані наступні умови, які забезпечать допустимість результатів:

- наявність письмової згоди між сторонами про застосування поліграфа, а результати його застосування та показання експерта будуть застосовані в суді;
- кінцеве рішення про допустимість доказів ухвалює суддя;
- присяжним мають бути надані рекомендації по оцінці даного виду доказів [218].

В законодавстві України застосування поліграфа не передбачено. Однак вивчення судової практики показало, що слідчі дедалі частіше призначають судово-психофізіологічну експертизу (поліграф) та посиляються на її висновки при прийнятті процесуальних рішень. Так у 27 % кримінальних проваджень судді посилялися на результати судово-психофізіологічної експертизи як на доказ. 18 % слідчих та 27 % прокурорів вважають результати судово-психофізіологічної експертизи недопустимим доказом. Теоретиками та практиками не напрацьовано єдиний підхід до вирішення вказаного питання. Деякі науковці підтримують застосування поліграфа, вважаючи його надійним та достовірним джерелом доказів. Так, С. Ніколаєв, зауважує, що під час проведення судово-психофізіологічної експертизи відбувається перевірка або порівняння змісту інформації, яка відклалася в ідеальних слідах відображення, що зберігаються в пам'яті особи, зі змістом тієї інформації, яка була повідомлена слідству під час проведення допиту. Отримані результати відображаються у висновку експерта, набуваючи

статусу доказів у кримінальному провадженні [103, с. 13]. Інші – заперечують можливість застосування поліграфа, оскільки це, на їх думку, суперечить правовим і етичним принципам судочинства [86, с. 101], [114, с. 230]. М. Китаєв наполягає на тому, що психофізіологічна експертиза з використанням поліграфа є опитуванням, а її висновок не може мати силу судових доказів [69, с. 33]. Як свідчить судова практика, в деяких судових рішеннях висновок судово-психофізіологічної експертизи визнається допустимим доказом. Суди посилаються на нього при обґрунтуванні судових рішень [34; 33; 20]. Водночас, зустрічаються випадки визнання висновку судово-психофізіологічної експертизи і недопустимим доказом [35; 29; 23].

Судово-психофізіологічна експертиза здійснюється з дотриманням вимог ч. 2 ст. 28 Конституції України (жодну людину без її вільної згоди не може бути піддано медичним, науковим чи іншим дослідом). КПК України не регламентує застосування поліграфа в кримінальному провадженні, як вже зазначалося раніше, однак містить норми статей, які прямо регламентують проведення інших видів судових експертиз, до яких можуть бути віднесені і знання галузі поліграфології та експертної діяльності, пов'язаної з її використанням. КПК України передбачає низку статей щодо проведення експертизи: збирання доказів (ст. 93); оцінка доказів (ст. 90); підстави проведення експертизи (ст. 242); порядок залучення експерта (ст. 243) розгляд слідчим суддею клопотання про залучення експерта (ст. 244).

Закон України «Про судову експертизу» також регламентує порядок проведення психофізіологічної експертизи. Так, в ст. 1 визначено поняття судової експертизи, а в ст. 7 експертів судово-практичної діяльності, ч. 4 ст. 7 визначає порядок проведення експертизи іншими спеціалістами, які мають спеціальні знання в певній галузі, в ст. 10 визначено перелік осіб, які можуть бути судовими експертами. Слід зазначити, що психофізіологічна експертиза не внесена до переліку головних видів судових експертиз, проте, цей перелік не можна вважати вичерпним. Так, згідно Інструкції Міністерства юстиції України «Про призначення та проведення судових експертиз» (п. 1.2 абз. 2),

експертні установи можуть організовувати проведення інших видів експертизи (крім судово-медичної та судово-психіатричної) [125]. Відповідно до Закону України «Про судову експертизу» (ч. 4 ст. 7), для проведення деяких видів експертиз, що не здійснюються виключно державними спеціалізованими установами (до яких належить і психофізіологічна експертиза), за рішенням особи або органу, що призначили судову експертизу, крім судових експертів, можуть залучатися також інші фахівці з відповідних галузей знань». Експерт-поліграфолог повинен мати документи, що підтверджують його освіту (диплом про отримання ступеня вищої освіти бакалавра або магістра), а також компетентність (свідectво про закінчення спеціальних курсів). Водночас, закон не містить вимог щодо необхідності його атестації, як судового експерта, та внесення до Державного реєстру. Спеціалізацію «експерт-поліграфолог» із 2010 року внесено до Національного класифікатора професій (наказ Держспоживстандарту України від 28 липня 2010 року № 237).

Як вже було зазначено, допустимий доказ повинен відповідати певним критеріям, зокрема законності джерела фактичних даних, законності способу отримання та закріплення фактичних даних, належному порядку проведення процесуальної дії. Виходячи з викладеного, застосування поліграфа відбувається в рамках психофізіологічної експертизи, яка, хоч і не внесена до переліку основних експертиз, регламентується Законом України «Про судову експертизу», а отже, згідно ч. 2 ст. 84 КПК України, є процесуальним джерелом доказів. З точки зору законності способу отримання інформації, тобто дотримання вимог процесуального закону при збиранні доказів, в КПК України не передбачена процедура призначення та проведення судово-психофізіологічної експертизи. Тобто не передбачена процесуальна форма цього виду експертизи, а отже, вона не може бути використана в доказуванні та є підставою для визнання доказу недопустимим [183].

В КПК України передбачені загальні підстави проведення експертизи (ст. 242 КПК України), але специфіка судово-психофізіологічної експертизи

не дозволяє її проводити на загальних підставах. Це зумовлено тим, що проведення згаданої експертизи пов'язане з обмеженням конституційних прав особи (право на повагу до гідності (ст. 28 КУ), право на свободу та особисту недоторканість (ст. 29 КУ), право не свідчити проти себе (ст. 63 КУ). Проведення такої експертизи потребує добровільної згоди особи на її проведення. Отримання такої згоди може супроводжуватись зловживаннями з боку службових осіб, що негативно відобразиться на результатах кримінального провадження. Тому убачається, що можливість призначення такої експертизи на стадії досудового розслідування, має вирішуватись слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором.

3.2. Процесуальний порядок визнання доказів недопустимими за законодавством інших країн

Науковий та практичний інтерес становить дослідження кримінального процесуального законодавства та правозастосовної практики країн пострадянського простору, які мають подібну структуру кримінального процесу та спільні з національними правові традиції. За часів незалежності кожна країна обрала власний шлях соціально-економічного та політичного розвитку, що вплинуло на формування системи кримінального судочинства, кримінальну процесуальну правотворчу діяльність, а отже і правозастосовну практику. У цьому сенсі, для нашого дослідження особливий інтерес становлять питання правової регламентації інституту недопустимості доказів та досвід його практичної реалізації.

У КПК Республіки Білорусь (далі КПК РБ) поняття допустимості доказів сформульовано загально, відсутні критерії недопустимості доказів, перелік правових норм, порушення яких є підставою для визнання доказу недопустимим, не регламентована процедура визнання доказу недопустимим. Законодавець пов'язує поняття допустимості із законністю джерел доказів (ч. 3 ст. 105 КПК РБ). Тобто, якщо доказ отримано з джерела,

не передбаченого законом, він має бути визнаний недопустимим. Таке розуміння допустимості є подібним до визначення у національному законодавстві. Незважаючи на те, що такий критерій недопустимості як неналежне джерело не знайшов законодавчого закріплення, теоретичні дослідження та правозастосовна практика свідчать про його актуальність.

Спільним для законодавства України та РБ в аспекті інституту недопустимості доказів є критерії порушення процесуальної форми та конституційних прав. Так, в ч. 4 ст. 105 КПК РБ закріплено, що доказ визнається недопустимим, якщо він отриманий з порушенням конституційних прав і свобод громадянина чи вимог КПК. В ст. 27 Конституції РБ, як і в Конституції України, знайшов закріплення інститут недопустимості доказів, де зазначено, що докази, отримані з порушенням закону, не мають юридичної сили [191].

В КПК РБ законодавець закріпив відповідальність уповноваженого суб'єкта за порушення закону і за втрату доказами юридичної сили. Так, в ст. 8 КПК РБ передбачено, що порушення закону при провадженні по кримінальній справі тягне за собою встановлену законом відповідальність і визнання рішень такими, що не мають юридичної сили [191]. В законодавстві України відповідальність за втрату доказами юридичної сили не передбачена.

В КПК Республіки Молдова (далі КПК РМ) інституту недопустимості доказів приділено значну увагу. В ст. 95 КПК РМ зазначено, що допустимими є переконливі докази, які відносяться до справи та отримані у відповідності з КПК РМ. Питання недопустимості доказів вирішує орган кримінального переслідування та суд на досудових стадіях процесу за клопотанням сторін чи за власною ініціативою органів кримінального переслідування. Недопустимі докази не можуть бути подані в судову інстанцію. Це підвищує роль інституту недопустимості доказів та позитивно впливає на якість доказів і розслідування в цілому. Як і в КПК України, в КПК РМ встановлено процесуальний порядок визнання доказів недопустимими у випадку застосування насилля, погрози чи інших заходів

примусу, з порушенням прав і свобод людини, якщо порушено право на захист, якщо доказ отримано з джерела, перевірити яке не можливо в судовому засіданні, якщо докази отримані з суттєвим порушенням вимог КПК. Ч. 3 ст. 95 КПК РМ містить положення про те, що у випадку, якщо при отриманні доказів були дотримані вимоги КПК, обґрунтування недопустимості доказів покладається на сторону, яка оспорує їх допустимість. В ст. 94 КПК РМ передбачений перелік критеріїв недопустимості доказів, орієнтований захист прав, передбачених Конституцією та дотримання процесуальної форми. У п. 4 ч. 1 ст. 94 КПК РМ зазначено про визнання доказів недопустимими, якщо вони отримані особою, яка не має права здійснювати процесуальні дії по кримінальній справі. Отже, у правовій нормі закріплений один з основних критеріїв недопустимості доказів – належний суб'єкт доказування. Доказ визнається недопустимим, якщо отриманий особою, яка не має права здійснювати процесуальні дії по кримінальній справі.

У кримінальному процесуальному законодавстві РМ закріплено визначення суттєвості порушення при отриманні доказів. Так, відповідно до ч. 2 ст. 94 КПК РМ, суттєвими порушеннями вимог КПК при отриманні доказів вважаються випадки порушення конституційних прав і свобод людини чи будь яких положень КПК РМ шляхом обмеження учасників процесу гарантованих їм праві чи обмеження цих прав, що вплинуло чи могло вплинути на достовірність отриманої інформації, документа чи предмета [193].

Має законодавче закріплення в КПК РМ і доктрина «плодів отруйного дерева» (ч. 5 ст. 94 КПК РМ) [193]. Всі докази, отримані на підставі тих, які не мають юридичної сили, визнаються недопустимими. В законі також зазначено, що похідні докази можуть не визнаватися недопустимими, якщо ґрунтуються на незалежному джерелі і були б неминуче виявлені.

Отже, на відміну від КПК України, КПК РМ передбачає вирішення питання недопустимості доказів на стадії досудового розслідування. Крім

того, такі питання вирішує не лише суд, а й орган кримінального переслідування. Підставою для їх вирішення є клопотання сторін або власна ініціатива суду. Позитивною є категоричність позиції законодавця щодо подачі до суду лише допустимих доказів. Крім того, у всіх рішеннях, які приймаються в досудових та судових стадіях розгляду кримінального провадження, має бути обґрунтована оцінка недопустимості доказів, на які посилається уповноважений суб'єкт при прийнятті рішення. Метою інституту недопустимості доказів в законодавстві РМ є захист прав учасників кримінального процесу.

В КПК Грузії законодавець закріпив принцип презумпції невинуватості та принцип недопустимості неправомірного обмеження прав і свобод людини, що є правовою основою закріплення інституту недопустимості доказів (ст.ст. 5, 6 КПК Грузії) [85]. Недопустимими можуть бути докази, отриманні з суттєвим порушенням КПК, та інші докази, законно отримані на основі таких доказів, якщо вони погіршують правовий стан обвинуваченого. Докази також є допустимими, якщо вони отримані з порушенням порядку, встановленого КПК, але не виключається розумна підозра в їх підміні, суттєвій зміні властивостей і ознак чи знищення слідів, що на них залишились (ст. 72 КПК Грузії). Із визначення убачається, що законодавець закріпив в ньому не лише поняття недопустимості доказів, а й доктрину «плодів отруйного дерева» та асиметрію правил недопустимості доказів. Про неналежне джерело чи неналежний суб'єкт доказування мова в зазначеному визначенні не йде. Незрозумілою також залишається позиція законодавця про порушення конституційних прав громадян, в КПК Грузії не міститься вказівки на те, що в разі порушення прав громадян доказ має бути визнаний недопустимим.

Доказ підлягає оцінці з точки зору релевантності до кримінальної справи, допустимості і достовірності (ст. 83 КПК Грузії). Сторони мають право заявляти клопотання про недопустимість доказів, які вирішуються на досудовому засіданні (стадія кримінального процесу в Грузії) (ч. 4 ст. 219

КПК Грузії). В ст. 72 КПК Грузії зазначено, що суд наділений правом приймати рішення про недопустимість доказів (ч. 5 ст. 72 КПК Грузії). Таке рішення приймається в судовому порядку. Прокурор наділений правом участі в розгляді питання про їх недопустимість (п. л ч. 6 ст. 33 КПК Грузії).

Кодекс не містить окремої статті, в якій би був передбачений перелік критеріїв визнання доказів недопустимими, не надається визначення «істотного правопорушення».

Згідно ст. 40 КПК Грузії, якщо обвинуваченому або його адвокату в розумний строк не повідомлено про місце і час провадження слідчої дії – докази, зібрані в результаті проведеної такої слідчої дії повинні бути визнані недопустимими (ч. 2 ст. 40 КПК Грузії). Відповідно до ст. 75 КПК Грузії, докази визнаються недопустимими у випадку, якщо буде встановлено, що свідок не може правильно сприймати, запам'ятовувати і відтворювати факти внаслідок психічного захворювання чи фізичного недоліку (ч. 1 ст. 75 КПК Грузії). Наявність суттєвих протиріч в показаннях свідка також є підставою для визнання доказу недопустимим (ч. 2 ст. 75 КПК Грузії). Висновок про те, що джерело доказів теж є критерієм недопустимості, можна зробити зі змісту ст. 76 КПК Грузії, де вказано, що непрямі докази допускаються лише у випадку, якщо особа, яка дає показання, вкаже на джерело інформації, ідентифікація і перевірка реального існування якого є можливою (ч. 2 ст. 76 КПК Грузії). В ст. 78 КПК Грузії зазначено, що документ має доказову силу, якщо відомо його походження та автентичність. Документ чи речовий доказ є допустимим доказом, якщо сторона може допитати в якості свідка особу, яка їх створила, виявила чи у якої вони зберігалися до представлення в суд. Це свідчить про важливість встановлення джерела доказів та можливість їх перевірки. Невизначеність того, як, де та за яких обставин отриманий матеріальний об'єкт, який несе відповідну інформацію, і неможливість досліджувати ці питання шляхом проведення процесуальних дій не лише викликає сумніви в достовірності такої інформації, позбавляючи її тим самим

доказового значення, але і створює підґрунтя для сумнівів в тому, що обвинувальні докази сфальсифіковані [11, с. 100].

Законодавець допускає використання непрямих доказів. Але це можливо лише в тому разі, якщо непрямі докази підтверджені іншими прямими. Крім того, в ч. 4 ст. 77 КПК Грузії прямо зазначено, що допустимими є докази, автентичність яких підтверджена.

В кримінальному процесуальному законодавстві Грузії, як і в законодавстві України, недопустимим визнаються докази, що були отримані з показань свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим. В КПК Грузії передбачається, що такі показання не враховуються лише якщо проти цього заперечує сторона захисту. Згідно ст. 247 КПК Грузії, якщо обвинувачений виступає проти публічного оголошення в судовому засіданні інформації, представленої ним у статусі свідка до розгляду справи по суті, і заслуховування аудіо- чи відеозапису цієї інформації, її використання в якості доказів не допустимо.

Має законодавче закріплення інститут недопустимості доказів і в КПК Республіки Казахстан (далі КПК РК). В ст. 10 КПК РК зазначено, що порушення закону судом, органом кримінального переслідування у кримінальній справі недопустимо і тягне за собою встановлену законом відповідальність, визнання недійсними незаконних актів та їх відміну [192]. КПК РК містить перелік критеріїв визнання доказів недопустимими. Вирішення цього питання здійснює орган досудового розслідування за власною ініціативою або за клопотанням сторін. Також регламентовано обмежене використання недопустимих фактичних даних (ч. 2 ст. 116 КПК РК). Законодавче визначення поняття недопустимості доказів, але в ч. 4 ст. 128 КПК РК зазначено, що доказ визнається допустимим, якщо він отриманий в порядку, встановленому КПК РК. Отже, головним критерієм недопустимості доказів є процесуальна форма, її дотримання забезпечить допустимість доказів з урахуванням винятків, вказаних в ч. 1 ст. 116 КПК РК. У цій статті зазначено, що фактичні дані повинні бути визнані

недопустимими в якості доказів, якщо вони отримані з порушенням вимог КПК РК, які шляхом позбавлення чи обмеження гарантованих прав учасників процесу чи порушенням інших правил кримінального процесу при розслідуванні чи судовому розгляді справи, вплинули чи могли вплинути на достовірність отриманих фактичних даних.

Недопустимими визнаються докази:

- отримані з застосуванням тортур, насилля, погроз, обману та інших незаконних дій;
- отримані з використанням введення в оману особи, яка бере участь в кримінальному процесі відносно своїх прав і обов'язків, яка виникла в результаті не роз'яснення, неповного чи неправильного їх роз'яснення;
- отримані у зв'язку з проведенням процесуальних дій особою, яка не має права здійснювати провадження по кримінальній справі;
- отримані у зв'язку з участю в процесуальній дії особи, яка підлягає відводу;
- отримані з суттєвим порушенням порядку провадження процесуальної дії;
- отримані від невідомого джерела або джерела, яке не може бути встановлено в судовому засіданні;
- отримані в результаті застосування в ході доказування методів, які суперечать сучасним науковим знанням.

В КПК Республіки Вірменія (далі КПК РВ) також регламентовано інститут недопустимості доказів. Докази, отримані з порушенням можуть виключатися з доказування взагалі або обмежено використовуватись. Рішення щодо визнання доказу недопустимим приймає орган, який здійснює провадження. Можливе також ініціювання визнання доказу недопустимим стороною кримінального провадження. Доказування допустимості доказу покладається на сторону, яка отримала доказ. Ст. 105 КПК РВ містить критерії недопустимості доказів. Не можуть використовуватись в якості доказів матеріали, отримані:

- із застосуванням насильства, погрози, обману, зі знуцанням над особою, а також інших незаконних дій;
- із суттєвим порушенням: права підозрюваного і обвинуваченого на захист; передбачених КПК додаткових гарантій прав осіб, які не володіють мовою судочинства;
- особою, яка не має права здійснювати кримінальне судочинство по конкретній кримінальній справі, проводити відповідні процесуальні дії.
- за участю осіб, які підлягають відводу, якщо вони знали чи повинні були знати про наявність обставин, які виключають їх участь у провадженні;
- з суттєвим порушенням порядку проведення слідчої чи іншої процесуальної дії;
- від особи, яка не спроможна розпізнати документ чи інший предмет, підтвердити його справжність, повідомити про його походження і обставини отримання;
- із невідомого чи невстановленого в судовому засіданні джерела;
- в результаті застосування методів, які суперечать науковим уявленням (ч. 1 ст. 105 КПК РВ) [197].

На відміну від кримінального процесуального законодавства України, КПК РВ містить чітке роз'яснення терміну «суттєве порушення», що дозволяє однозначно і чітко оцінювати недопустимість доказу. Згідно ч. 2 ст. 105 КПК РВ суттєвими порушеннями під час збирання доказів є такі, які виражаються в порушенні конституційних прав і свобод людини і громадянина чи будь-якої вимоги КПК, шляхом позбавлення чи обмеження гарантованих законом прав учасників процесу або будь-яким іншим чином вплинули чи могли вплинути на достовірність отриманих фактичних даних.

Отже, проведене дослідження дає підстави для висновку про доцільність внесення низки змін до КПК України, зокрема щодо встановлення відповідальності уповноваженого суб'єкта за втрату доказом юридичної сили, необхідності законодавчого закріплення терміну «суттєве порушення»,

регламентації процесуального порядку визнання доказів недопустимими на стадії досудового розслідування.

3.3. Визнання недопустимими доказів, отриманих унаслідок істотного порушення прав і свобод людини у правових позиціях ЄСПЛ

Аналіз рішень ЄСПЛ щодо України свідчить про численні випадки порушень прав людини і основоположних свобод. Україна за кількістю заяв до ЄСПЛ посідає третє місце після Росії та Італії, що свідчить про неналежний стан захисту передбачених Конвенцією прав і свобод.

Як було зазначено, у національній правозастосовній практиці існує низка проблем, пов'язаних із використанням правових позицій ЄСПЛ, зокрема і щодо інституту недопустимості доказів.

За результатами вивчення практики ЄСПЛ встановлено, що у рішеннях, винесених проти України, в яких констатовано порушення вимог статей 3, 5, 6 Конвенції щодо нелюдського поводження під час досудового або ж судового слідства, порушення права на свободу та особисту недоторканність людини, права людини на справедливий суд, права на захист та інші права, відстежується безпосередній зв'язок з інститутом недопустимості доказів.

Згідно ст. 19 Конвенції, ЄСПЛ здійснює контроль за дотриманням державами – сторонами Конвенції взятих на себе зобов'язань. Позиція Суду щодо питання недопустимості доказів зводиться до того, що воно є предметом регулювання національного законодавства. Оцінку недопустимості доказів уповноважені здійснювати саме національні суди. Європейський суд повинен переконатися, що способи отримання доказів були справедливими. Він не зобов'язаний визначати законність отримання доказів. До його повноважень належить перевірка всіх прав, гарантованих Конвенцією [197, с. 85].

В Україні правовою основою застосування практики ЄСПЛ є ч. 1 ст. 9 Конституції України [74] та ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. [127]. Згідно зазначених нормативних актів чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Міжнародні договори України, які набрали чинності у встановленому законом порядку та встановлюють інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідних актах законодавства України, мають перевагу над внутрішньодержавними законодавчими актами. У ч. 2 ст. 9 Конституції України встановлено, що укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України. Отже, міжнародні договори, які ратифіковані Україною, мають вищу юридичну силу ніж національні закони.

Конституційний Суд України дотримується позиції, що верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність. Зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством, як однією з його форм. Воно включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства [163]. Відповідно до статей 32 та 46 Конвенції [70], Україна визнає юрисдикцію ЄСПЛ, яка поширюється на всі питання тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї, а також виконання остаточних рішень ЄСПЛ у справах проти України. Згідно ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. [118], суди при розгляді справ

застосовують Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права. В рішеннях ЄСПЛ розкривається правильне розуміння норм Конвенції, змісту та обсягу гарантованих ним прав. КПК України регламентує застосування практики ЄСПЛ в ст. 8, 9 КПК України.

Отже, доцільним убачається дослідження міжнародних правових стандартів, які беруть участь у формуванні правового механізму реалізації прав і свобод людини з метою правильного розуміння та застосування Конвенції в судочинстві України.

В ч. 2 ст. 87 КПК України міститься перелік істотних порушень прав людини і основоположних свобод. Їх дотримання гарантується Конвенцією, а порушення призводить до визнання доказів недопустимими. Розглянемо деякі з них в аспекті практики ЄСПЛ.

Так, в ст. 13 Конвенції зазначено, що кожен має право на ефективний засіб юридичного захисту. Згідно підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має такі права: ... захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, обраного на власний розсуд, або одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя [70]. Зазначене право відтворено в ст. 59 Конституції України, а в ст. 20 КПК України передбачено, що підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений мають право на захист. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані забезпечити дотримання цього права.

Право на захист – це система легітимних засобів, використання яких дає можливість спростувати факт вчинення кримінального правопорушення, винуватість особи у його вчиненні (повністю або частково), захистити її права та законні інтереси [83, с. 114].

Зі змісту правих позицій ЄСПЛ убачається, що порушенням права на захист є недопущення захисника до підозрюваного до першого допиту.

Призначення захисника – забезпечення балансу в умовах нерівноправності сторін. Підозрюваний зазвичай не розуміється в

юриспруденції, перебуває в стресовому стані, може повністю не усвідомлювати тяжкості становища. Слідчий досконало володіє нормами кримінального судочинства. В цьому полягає нерівність сторін. Слідчий може маніпулювати підозрюваним з метою досягнення власних цілей. Останній, не знаючи своїх прав, може дати показання, які суперечать його інтересам. В справі «Сальдуз проти Туреччини» Європейський суд констатував, що для забезпечення достатньої «практичності і дієвості» права на справедливий судовий розгляд, передбаченого п. 1 ст. 6 Конвенції, необхідно забезпечити доступ до послуг адвоката з моменту першого допиту в поліції. Суд зазначив, що права захисту, в принципі, будуть непоправно порушені, якщо викриваючі показання, отримані під час допиту особи правоохоронними органами без доступу до захисника, використовуватимуться з метою її засудження [153].

В справі «Даянан проти Туреччини» ЄСПЛ констатував, що обмежений доступ затриманого підозрюваного до захисника може порушити право на захист, навіть якщо в результаті викриваючі показання отримано не було [130, с. 21]. Виходячи з зазначеного, з метою забезпечення допустимості таких показань підозрюваного, слідчий повинен забезпечити присутність захисника під час їх отримання, в іншому випадку, вони мають бути визнані недопустимими.

Право на захист не є обов'язковим для підозрюваного, він має право добровільно відмовитись від нього. Така відмова від захисника не є підставою для визнання доказу недопустимим. Але вона має бути однозначною та супроводжується мінімальними гарантіями, сумісними з її важливістю [153]. Слідчий повинен відобразити в матеріалах справи добровільність відмови від права на захист. У справі «Зінченко проти України» ЄСПЛ взяв до уваги наявність у справі процесуальних документів, в яких міститься дуже детальні описи процесуальних прав заявника, надання обґрунтованих рукописних пояснень підозрюваного про причини відмови від захисника [136]. У справі «Паскал проти України»

заявник підписав чітко сформульовану відмову від свого права не давати показання під час допиту та виявив бажання свідчити щодо ствердної причетності до справи [138]. У зазначених випадках ЄСПЛ визнав відмову добровільною та не виявив порушення істотних прав в цій частині.

Отже, підтвердити добровільність відмови можна:

- детальними описами прав підозрюваного, обвинуваченого;
- обґрунтованими поясненнями підозрюваного щодо причин відмови від захисника;
- обґрунтованою відмовою від права не свідчити проти себе.

Отримані показання мають бути оцінені на предмет дотримання права на захист. Для цього суб'єкту, який здійснює оцінку доказу необхідно проаналізувати чи усвідомлює особа свої процесуальні дії та чи добровільно відмовляється від процесуальних прав. Слідчий, прокурор, суддя зобов'язані встановити чи не перебуває підозрюваний у вразливому стані, відмовляючись від юридичної допомоги. Особливо вразливе становище в розумінні ЄСПЛ – це проблеми зі здоров'ям підозрюваного, недостатнє розуміння нюансів юридичної кваліфікації інкримінованого злочину та ін. Перевірити це можна проаналізувавши наступні показання підозрюваного. Зазвичай, якщо показання були отримані під тиском, підозрюваний їх змінює, відмовляється від них за першої можливості. Якщо ж під час допиту за участю захисника, підозрюваний, обвинувачений не змінює своїх показань, даних без його участі, а також показання узгоджуються між собою з попередніми, можна зробити висновок, що тиск на підозрюваного не чинився, право на захист не порушено, а отже доказ можна вважати допустимим. Так, у справі «Бортюк проти України» останній скаржився на те, що на початкових етапах розслідування його право на юридичну допомогу захисника було обмежено. ЄСПЛ встановив, що Бортюк відмовився від своїх викриваючих показань одразу після допуску захисника до участі у справі і ніколи не повторював їх, коли провадження в його справі здійснювалося за участю захисника. Виходячи з

вказаних міркувань, ЄСПЛ доходить висновку про те, що у цій справі не було недвозначної відмови від права на юридичну допомогу. Не було й жодних інших вагомих підстав для обмеження права заявника на таку юридичну допомогу. Починаючи з його першого допиту, органи державної влади були зобов'язані забезпечити Бортюку доступ до захисника, але не зробили цього [141]. Таким чином, допустивши порушення права на захист на початкових етапах розслідування, всі докази, які були отримані в результаті процесуальних дій, повинні бути визнані недопустимими. На них не можна поспиратись при прийнятті процесуальних рішень, а всі похідні докази, отримані на підставі первинних доказів, теж повинні бути визнані недопустимими на підставі доктрини «плодів отруйного дерева». Отже, порушення права на захист призводить до неефективності досудового розслідування та не доведення участі підозрюваного у вчиненні злочину.

Підозрюваний та захисник мають до першого допиту обрати стратегію поведінки. Захисник може надати своєму підзахисному тактичні поради, проконсультувати його з питань захисту його інтересів. Допит підозрюваного без надання йому можливості порадитись з захисником може зруйнувати баланс між сторонами, порушуючи гарантії на справедливий суд, навіть за відсутності будь-яких ознак негативних наслідків для результату провадження [138].

В справі «Смірнов проти України», останній скаржився на те, що йому перешкоджали в ефективній реалізації права на захист у кримінальному провадженні щодо нього, оскільки його інтереси не були представлені належним чином. Зокрема, він не мав доступу до адвоката на початкових стадіях розслідування. Крім того, компрометуючі докази, отримані від нього з порушенням права на правову допомогу, було використано в якості підстави для його засудження. ЄСПЛ констатував, що Смірнов мав бути проінформований про своє право на захист, та йому мали забезпечити доступ до адвоката не пізніше його першого допиту після арешту. Згідно із

обставинами справи, органи влади без будь-яких вагомих причин не надали заявнику можливості отримати доступ до адвоката. Отже показання, надані Смірновим, отримано з порушенням права на захист. Далі ЄСПЛ констатує, що заявнику згодом було призначено захисника. Після цього він відмовився від своїх первинних показань. Проте недоліки в забезпеченні його права на захист на початкових стадіях розслідування надалі виправлено не було. Зокрема, обласний суд явно посилався на зізнання заявника, надані ним без участі захисника, в якості підстави для його засудження, не взявши до уваги твердження заявника щодо порушення права на захист [137]. Ця негативна тенденція є грубим порушенням національного та міжнародного законодавства. Вона є підставою до визнання доказу недопустимим.

В справі «Яременко проти України» правоохоронні органи отримали зізнання у вчиненні злочину за відсутності захисника. За першої можливості після призначення адвоката, Яременко відмовився від свого зізнання. Вказане свідчить про уразливість становища підозрюваного та потребу у юридичній допомозі [135].

У справі «Волков проти України» ЄСПЛ зазначив, що національні суди переконливо не встановили, що початкові викриваючі показання заявника були надані цілком добровільно та вирішив, що права заявника не свідчити проти себе та на юридичну допомогу були невинновано обмежені під час його першого допиту. Це обмеження не було виправлено під час судового провадження у його справі [144]. Згідно практики ЄСПЛ, право на захист буде в принципі непоправно порушено, якщо викриваючі показання, отримані під час допиту особи правоохоронними органами без забезпечення їй доступу до захисника, використовуватимуться з метою її засудження [153]. Однак суди продовжують ігнорувати приписи ЄСПЛ та використовують викриваючі показання, посилаються на них в своїх процесуальних рішеннях, хоча вони не мають юридичної сили.

У справі «Колесник проти України» національні суди визнали наявність порушення процесуальних прав заявника на першому етапі розслідування, зокрема його права на захист. Проте, незважаючи на визнання такого порушення, вирішальними доказами при винесенні обвинувального вироку у справі заявника стали його викриваючі показання, отримані за відсутності захисника та за обставин, які дають підстави підозрювати, що і заявлена ним на початку відмова від юридичної допомоги і його викриваючі показання були здобуті всупереч його волі [145]. Із зазначеного випливає, що суди не послідовні у вирішенні цього питання. Для вирішення цієї проблеми у ст. 87 КПК України закріплено визнання доказів недопустимими, отриманих внаслідок істотного порушення прав людини.

Як вже було зазначено, підозрюваний або обвинувачений у кримінальному провадженні за різних обставин може відмовитися від свого права на юридичну допомогу. Така відмова не повинна суперечити жодному важливому суспільному інтересу, має бути встановлена у спосіб, що не допускає неоднозначності, має супроводжуватися мінімальними гарантіями, сумісними з важливістю такої відмови [132]. Право відмовитись від захисника передбачено національним законодавством в ст. 54 КПК України. Пленум ВСУ в Постанові «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» від 24 жовтня 2003 р. № 8 зазначив, що відмова від захисника можлива на будь-якій стадії процесу лише за ініціативою підсудного. Вирішуючи питання про прийняття такої відмови, суд має з'ясувати, чи не є вона вимушеною (наприклад, у зв'язку з неявкою захисника в судові засідання) і як у подальшому підсудний здійснюватиме свій захист – самостійно чи за допомогою іншого захисника. Установивши вимушеність відмови, суд вживає передбачених законом заходів до забезпечення участі захисника у справі [121].

Відмовляючись від захисника, підозрюваний може мати на увазі лише проведення однієї слідчої дії, а не всього досудового чи судового розслідування. Це потрібно враховувати при оцінці недопустимості доказів. Відмова від захисника складається в довільній формі. Слідчий, прокурор, суддя повинні переконатися, що зі змісту відмови зрозуміло на який період часу підозрюваний відмовляється від захисника.

ЄСПЛ констатує, що забезпечення обвинуваченому у вчиненні злочину безоплатної юридичної допомоги здійснюється за двох умов: якщо така особа не має достатньо коштів для оплати юридичної допомоги та якщо інтереси правосуддя вимагають, щоб цій особі була надана така допомога [150]. Так, у справі «Максименко проти України» заявник скаржився на те, що йому не було надано безоплатну юридичну допомогу під час провадження у Верховному Суді України. Він посилався на підпункт «с» п. 3 ст. 6 Конвенції. ЄСПЛ, розглянувши справу зазначив, що заявнику було несправедливо відмовлено в наданні юридичної допомоги під час провадження у Верховному Суді України, чим було порушено підпункт «с» п. 3 ст. 6 Конвенції [147]. Отже, безпідставна відмова у наданні безоплатної юридичної допомоги є підставою визнання доказів недопустимими.

Недопустимість використання доказів, отриманих із порушенням права не давати показання та права не свідчити проти себе є загальновизнаним міжнародним стандартом, який є важливою складовою справедливого судового розгляду. Право не свідчити проти себе передбачає захист підозрюваного від беззаконня з боку слідчих органів, призначене для запобігання помилок при здійсненні правосуддя та дотримання рівноправності сторін. Право не свідчити проти себе передбачає, що сторона обвинувачення повинна довести обвинувачення, не вдаючись до використання доказів, отриманих за допомогою методів примусу або тиску всупереч волі обвинуваченого [134]. Так, в справі «Балицький проти України» заявник скаржився на те, що його засуджено

на підставі викриваючих показань, отриманих під примусом і за відсутності захисника. Балицький скаржився, що національні суди не допитали важливих свідків захисту [155]. Він заявляв, що є медичні документи, які підтверджують те, що з ним погано поводитись і примусили до зізнання, але ці твердження ніколи належним чином не розслідувалися. ЄСПЛ констатував, що національні суди діяли всупереч Конвенції та допустили порушення права на захист, права не свідчити проти себе, з застосуванням примусу з боку державних органів. З матеріалів справи вбачається, що після адміністративного арешту Балицький був допитаний у зв'язку з вбивством і дав викриваючі показання за відсутності захисника та за обставин, які викликають сумнів щодо добровільності їх надання. Крім того, відмова від права мати захисника, підписана за тих же обставин, не може вважатися чіткою та недвозначною. З зазначеного слідує, що показання були отримані з порушенням та не мали юридичної сили ще на стадії досудового розслідування. Вони не могли братись до уваги в суді, проте саме вони і покладені в основу обвинувачення.

Як свідчить судова практика, органи досудового розслідування вдаються до умисної помилкової кваліфікації злочину. Це порушує право підозрюваного, обвинуваченого на захист, дозволяє уникнути обов'язкового юридичного представництва інтересів останнього. ЄСПЛ зазначає, що така практика зустрічається при розгляді заяв досить часто та викликає стурбованість. Так, при внесенні відомостей до ЄРДР орган досудового розслідування не зазначає про обтяжуючі обставини вчиненого злочину. Це дозволяє слідству уникнути вимоги щодо обов'язкового юридичного представництва інтересів підозрюваного, отримати від нього обвинувальні показання. Після перекваліфікації діяння слідчий, прокурор залучає захисника та продовжує досудове розслідування. Прикладом такого порушення є справа «Балицький проти України». На початкових стадіях досудового розслідування державні органи володіли інформацією

про те, що злочин вчинено з обтяжуючими обставинами. Так вбивство Т. поєднувалось із викраденням ювелірних виробів і грошей. Після надання викриваючих показань, Балицькому пред'явили обвинувачення у вчиненні вбивства без обтяжуючих обставин. Лише через два місяці слідчий перекваліфікував злочин на вбивство з корисливих мотивів, що передбачало обов'язкове юридичне представництво інтересів заявника. З огляду на це, ЄСПЛ висловлює занепокоєння з приводу практики, коли, незважаючи на затримання у зв'язку з більш серйозним кримінальним обвинуваченням, слідчі органи далі «штучно» пом'якшують обвинувачення для його кваліфікації за статтею КК, яка б не вимагала від них забезпечити обов'язкове юридичне представництво інтересів підозрюваного [155].

Приклад помилкової кваліфікації злочину відображено у справі «Яременко проти України». Правоохоронні органи, здійснюючи розслідування за фактом насильницької смерті особи, порушили кримінальну справу за фактом заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, які спричинили смерть, а не за фактом вбивства. Перша кваліфікація стосувалась менш тяжкого злочину і тому не вимагала обов'язкового забезпечення юридичного представництва підозрюваного. Негайно після отримання зізнання у вчиненні злочину кваліфікацію змінили на вбивство та пред'явили обвинувачення Яременку [135]. Таким чином, маніпулюючи кваліфікацією, орган досудового розслідування позбавляє підозрюваного переваг обов'язкового представництва. Такі дії дають можливість здійснювати тиск на підозрюваних та змушувати їх свідчити проти себе, що недопустимо з точки зору національного та міжнародного законодавства. Наявність цих та інших прикладів свідчать про очевидність прихованої мети в попередній кваліфікації злочину.

Згідно ст. 8 Конвенції, кожен має право на повагу до свого приватного життя, органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах

національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб [70].

Згідно з Конституцією України, людина, її честь і гідність визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ч. 1 ст. 3). Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19). Міжнародно-правові акти регулюють право на невтручання в особисте та сімейне життя. Так, у ст. 12 Загальної декларації прав людини 1948 року зазначено, що ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємниці його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист законом від такого втручання або таких посягань [59].

Міжнародним пактом про громадянські і політичні права 1966 року встановлено, що ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його житла або таємниці його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію (п. 1 ст. 17) [97].

Відповідно до рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради від 20 січня 2012 року, інформація про особисте та сімейне життя особи (персональні дані про неї) – це будь-які відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована, а саме: національність, освіта, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, матеріальний стан, адреса, дата і місце народження, місце проживання та перебування тощо, дані про особисті майнові та немайнові відносини цієї особи з іншими особами, зокрема членами сім'ї, а також відомості про події та явища, що відбувалися або відбуваються у

побутовому, інтимному, товариському, професійному, діловому та інших сферах життя особи, за винятком даних стосовно виконання повноважень особою, яка займає посаду, пов'язану зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування. Така інформація про фізичну особу та членів її сім'ї є конфіденційною і може бути поширена тільки за їх згодою, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини (п. 3.3) [164].

Парламентська Асамблея Ради Європи в Резолюції № 1165 зазначила, що право кожної людини на приватність і право на свободу вираження поглядів є основою демократичного суспільства; ці права не є абсолютними і не мають ієрархічного характеру, оскільки мають однакову цінність (п. 11) [116]. Отже, право на приватність гарантується міжнародним та національним законодавством. Його порушення є підставою для визнання доказу недопустимим. Але на практиці поширені випадки його порушення. Так, у справі «Волков проти України» останній скаржився на відібрання у нього зразка крові для аналізу слідчим, а не лікарем. Тіло особи стосується найбільш особистісного аспекту приватного життя і обов'язкове медичне втручання, навіть якщо воно є мінімальним, становить втручання у це право [144]. Медичне втручання здійснювалося слідчим, який не мав необхідних медичного досвіду та навичок. Згідно законодавства України, відібрання зразків повинно здійснюватись тільки лікарем з належною кваліфікацією. Згідно з Правилами проведення судово-медичних експертиз (досліджень) у відділеннях судово-медичної імунології бюро судово-медичної експертизи, затверджених наказом Міністерства охорони здоров'я України № 6 від 17 січня 1995 р., зразки крові у осіб, які проходять у справі, зазвичай повинні відбиратися у зазначених відділеннях. Якщо забір зразків крові проводиться поза відділенням, він повинен проводитися особою, яка володіє даною маніпуляцією [115]. Відбирання зразків для дослідження у інший спосіб є підставою визнання доказів недопустимими.

У зв'язку з тим, що кров була відібрана не належним суб'єктом, суд визнав такі дії незаконним втручання в приватне життя. Наслідком такого порушення є визнання протоколу відібрання зразків крові недопустимим доказом. Згідно доктрини «плодів отруйного дерева», висновок судово-медичної експертизи, для проведення якої відбиралась кров, також втрачає свою юридичну силу. Втручання в приватне життя може здійснюватись «згідно із законом». Ціль, яку переслідує таке втручання, має бути законною, а її досягнення необхідним для виконання завдань кримінального провадження.

Узагальнення результатів судової практики показало, що 2 % проваджень допускається порушення права на невтручання в приватне життя особи на стідії досудового розслідування. Так, згідно вироку Бориспільського міськрайонного суду Київської області у кримінальному провадженні № 12013000000000349 суд встановив порушення права на втручання в особисте та сімейне життя. Воно полягало в тому, що з метою отримання зразків для проведення фоновскопичної експертизи слідчий допитав свідка, та записав його голос на цифровий носій.

Згідно з ч. 1,2 ст. 245 КПК України, у разі необхідності отримання зразків для проведення експертизи вони відбираються стороною кримінального провадження, яка звернулася за проведенням експертизи або за клопотанням якої експертиза призначена слідчим суддею. У випадку, якщо проведення експертизи доручено судом, відібрання зразків для її проведення здійснюється судом або за його дорученням залученим спеціалістом. Порядок відібрання зразків з речей і документів встановлюється згідно з положеннями про тимчасовий доступ до речей і документів.

Отримання зразків для порівняльного дослідження може проводитись негласно в порядку, визначеному у ст. 274 КПК України. В такому разі негласне отримання зразків здійснюється на підставі ухвали слідчого судді, постановленої за клопотанням прокурора, або за клопотанням

слідчого, погодженого з прокурором, у порядку, передбаченому ст. 246, 248, 249 КПК України. Отже, відібрання зразків голосу особи шляхом проведення її допиту є порушенням процесуальних прав особи. Крім того, слідчий порушив процесуальну форму отримання таких зразків. Тому отримані докази визнано недопустимими. Висновок фоноскопичної експертизи втратив свою юридичну силу, оскільки остання проводилась на підставі зразків голосу, отриманих з порушенням установленого КПК України порядку [24].

Отже, за результатами узагальнення правих позицій ЄСПЛ, критеріями порушення права на захист визначено:

- недопущення захисника до підозрюваного до першого допиту;
- використання викриваючих показань, отриманих під час допиту підозрюваного без доступу до захисника, якщо вони використовуються з метою засудження;
- використання вразливого стану підозрюваного для відмови від захисника;
- використання в якості підстав для засудження компрометуючих доказів, отриманих з порушення права на захист;
- умисна помилкова кваліфікація злочину з метою недопущення захисника шляхом неврахування обтяжуючих обставин з метою уникнення обов'язкового залучення захисника;
- отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського поводження.

Висновки до розділу 3

1. Згідно з кримінальним процесуальним законодавством Франції, підставами для визнання доказів недопустимими є свідчення проти обвинуваченої особи або свідчення без приведення до присяги осіб, які мають право не свідчити (чоловік, дружина, батько, мати та інші близькі родичі), а також зняття інформації з телекомунікаційних мереж без дозволу суду. У КПК Німеччини відсутнє чітке визначення критеріїв та порядку визнання доказів недопустимими. За судовою практикою докази визнають недопустимими в разі: порушення прав і свобод людини; порушень, пов'язаних з обмеженням права відмовитись від давання показань особами, визначеними у КПК про відомості, які стали їм відомі у зв'язку з виконанням професійних обов'язків та виїмки документів, носіїв звукозапису, відеозапису, інформації ЕОМ, зображень та інших матеріалів, які перебувають у розпорядженні таких осіб; незаконного приведення свідків до присяги. Окремий розділ КПК Швейцарії присвячено допустимості доказів, зокрема визначено підстави недопустимості доказів: застосування катувань, жорстоке або нелюдське поводження; застосування примусу, насильства, погроз, обіцянок обману, інших методів, які загрожують життю та здоров'ю; отримання доказів на підставі таких, що втратили юридичну силу.

2. В англосаксонській системі права (Великобританія, США) інститут недопустимості доказів як складова доказового права визнаний самостійною галуззю. Підставами для визнання доказів недопустимими у Великобританії є: докази, отримані «за чутками»; постановка питань інкримінуючого характеру; порушення права не свідчити проти себе та членів родини; тиск на обвинуваченого з метою отримання показань, які його викривають; отримання доказів незаконним шляхом. Правила недопустимості доказів США «Exclusionary rule» (правила про виключення доказів) орієнтовані, насамперед, на недопущення порушення

конституційних прав громадян. Підставами для визнання доказів недопустимими є, зокрема: використання показань з неперевіреного джерела; правило про «найкращий доказ»; докази, отримані з порушенням адвокатської етики; незаконний обшук.

3. Проведено аналогію між правилом недопустимості використання показань «за чутками» з положеннями ст. 97 КПК України щодо права суду визнати допустимим доказом показання з чужих слів незалежно від можливості допитати особу, яка надала первинні пояснення, як виняткове правило, що може бути застосовано лише в разі, якщо підтверджується сукупністю інших доказів. Обґрунтовано тезу про суперечність ч. 2. ст. 97 КПК України презумпції невинуватості. Здійснено порівняння підходів у правозастосовній практиці США та України щодо визнання недопустимими доказів у разі допущення юридико-технічних помилок під час збирання доказів та запропоновано висновок на користь правових позицій національних судів щодо диференційованого підходу у вирішенні цього питання. Наведено аргументи щодо доцільності законодавчої регламентації подання стороною захисту клопотання про визнання доказів недопустимими на стадії досудового розслідування та запропоновано внести зміни до ч. 3 ст. 89 КПК України.

4. Регламентація інституту недопустимості доказів за кримінальним процесуальним законодавством країн пострадянського простору має певні недоліки, притаманні і КПК України, зокрема: правова невизначеність поняття допустимості доказів (загальне формулювання); невизначеність критеріїв недопустимості доказів та переліку правових норм, порушення яких є підставою для визнання доказу недопустимим; процедуру визнання доказу недопустимим не регламентовано.

5. Позитивним досвідом правового регулювання інституту недопустимості доказів визнано закріплені в КПК інших країн правові положення стосовно: відповідальності уповноваженого суб'єкта за порушення закону і втрату юридичної сили доказів (Республіка Білорусь);

переліку критеріїв недопустимості доказів (Республіка Молдова, Республіка Казахстан); визначення суттєвості порушення при отриманні доказів (Республіка Молдова, Республіка Вірменія); реалізації доктрини «плодів отруйного дерева» (Республіка Молдова, Республіка Грузія); асиметрії правил недопустимості доказів (Республіка Грузія); вирішення питання про недопустимість доказів на стадії досудового розслідування органами, які здійснюють кримінальне переслідування (Республіка Молдова); вимоги обґрунтування допустимості або недопустимості доказів у всіх рішеннях, які приймають на досудових стадіях кримінального процесу (Республіка Молдова); визнання доказів недопустимими, якщо буде встановлено, що свідок не може правильно сприймати, запам'ятовувати і відтворювати факти внаслідок психічного захворювання чи фізичного недоліку (Республіка Грузія). Позитивний досвід окремих країн враховано під час формулювання пропозицій щодо вдосконалення положень КПК України.

6. Встановлено, що позиція ЄСПЛ стосовно визнання доказів недопустимими полягає в тому, що питання про недопустимість доказів є предметом регулювання на рівні національного законодавства. Оцінку недопустимості доказів уповноважені здійснювати національні суди, а Європейський суд має переконатися, що способи отримання доказів були справедливими, тобто ЄСПЛ не уповноважений визначати законність отримання доказів, натомість перевіряє, чи не було спричинено порушення іншого права, гарантованого Конвенцією.

7. За результатами вивчення емпіричних даних і статистичного матеріалу наголошується, що застосування практики ЄСПЛ при ухваленні рішень національними судами визначається як задовільне, проте лише 9 % слідчих та 7 % прокурорів мотивують процесуальні рішення практикою ЄСПЛ та посилаються на неї у своїх процесуальних документах.

8. На основі узагальнення рішень ЄСПЛ виокремлено найбільш поширені порушення, що є підставою для визнання доказів

недопустимими, зокрема: порушення права на захист, недопущення захисника до підозрюваного до першого допиту (якщо показання, надані без участі захисника, будуть використовувались з метою засудження особи); незабезпечення обвинуваченому безоплатної юридичної допомоги; одержання доказів унаслідок катування, жорстокого, нелюдського та такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження (допустимість як доказів свідчень, отриманих за допомогою катування, з метою встановлення відповідних фактів у кримінальному провадженні, призводить до його несправедливості загалом, незалежно від доказової сили таких свідчень і від того, чи мало їх використання вирішальне значення для засудження підсудного судом); порушення права на повагу до приватного та сімейного життя.

.

ВИСНОВКИ

1. Виникнення окремих положень інституту недопустимості доказів пов'язується зі згадуваннями в історичних джерелах Київської Русі у XI–XII ст. На розвиток цього інституту вплинуло підвищення ролі прав людини, перехід від формальної оцінки доказів до вільної за внутрішнім переконанням суду, набуття рис змагальності кримінальним процесом. Законодавче закріплення умов недопустимості доказів відбулось у Короткому зображенні процесів та судових тяжб 1716 р., Зведенні законів Російської імперії 1832 р., Статуті кримінального судочинства 1864 р. У 50–80-х рр. XX ст. у міжнародних актах закріплено основи інституту недопустимості доказів. В Україні положення про недопустимість доказів були закріплені в Конституції України, а у 2012 р. – у КПК України.

2. Недопустимість доказу – це одна з властивостей доказу, яка є складовою оцінки доказу з точки зору нормативної регламентації об'єкта-носія інформації та форми закріплення, слідчим, прокурором, судом під час досудового розслідування та судового розгляду з метою недопущення використання доказів, які не мають юридичної сили. Доказ визнається недопустимим, якщо він отриманий з порушенням встановлених законом вимог КПК України, Конституції та законів України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також з порушенням встановленого порядку здійснення правосуддя, наданий не уповноваженим суб'єктом, отриманий з неналежного джерела або з порушенням процесуальної форми, та підлягає виключенню з матеріалів кримінального провадження. Допустимість доказу – це придатність доказу з точки зору законності джерела фактичних даних, а також способів отримання і форм закріплення фактичних даних, які містяться в такому джерелі, у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законом, тобто уповноваженою особою чи органом у результаті проведення ним слідчих (розшукових) дій за суворого

дотримання останнім кримінального процесуального закону, який визначає форми відповідної слідчої (розшукової) дії.

3. Критерії недопустимості доказів – це правові положення, які визначають ознаки та підстави визнання доказів недопустимими. Істотними порушеннями, що призводять до визнання доказу недопустимим, є такі, які входять до переліку критеріїв недопустимих доказів та викликають сумніви під час їх оцінки. Неістотними є порушення, які не належать до жодного з критеріїв недопустимості доказів та не викликають сумнівів під час оцінки доказу, не можуть об'єктивно вплинути на зміст доказового матеріалу та його достовірність, технічні й механічні помилки.

4. Порушення прав й основоположних свобод як підстава для визнання доказів недопустимими оцінюється з точки зору неможливості, обмеження можливості, перешкоджання реалізації прав і свобод людини. Істотні порушення прав й основоположних свобод, що вважаються безумовною підставою для визнання доказів недопустимими, закріплені в п. 1–5 ч. 2 ст. 87 КПК України. Водночас у п. 1–2 ч. 3 ст. 87 КПК України визначено інші підстави визнання доказів недопустимими, які не є безумовними і потребують дослідження.

5. До типових порушень, які призводять до визнання доказів недопустимими, належать такі: порушення процесуальної форми; одержання доказів на підставі недопустимих доказів; неналежний суб'єкт доказування; неналежне джерело доказів; неналежний спосіб одержання доказів; поєднання декількох порушень.

6. Провокація злочину – це умисні односторонні активні дії особи (провокатора), спрямовані на втягнення особи, яку провокують, у вчинення злочину, та яка не має злочинного умислу до вчинення злочину з метою викриття останньої. Ознаки провокації: 1) порушення порядку підстав проведення негласної слідчої (розшукової) дії; 2) відсутність доказів щодо наміру особи вчинити злочин; 3) зовнішній вплив на особу

під час прийняття рішення про вчинення певної дії, що спонукає до вчинення злочину; 3) відсутність документів, що підтверджують ступінь участі співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину, а також ймовірність його вчинення без їх утручання, схильність особи до вчинення злочину

7. У кримінальному процесуальному законодавстві та правозастосовній практиці країн західної Європи (Швейцарія, Франція, Німеччина) підстави (критерії) визнання доказів недопустимими конкретизовано в окремих нормах КПК. У США та Великобританії інститут недопустимості доказів є складовою доказового права та самостійною правовою галуззю. Допустимість доказів оцінюється з точки зору здатності доказу доводити обставини, які підлягають встановленню під час судового розгляду.

У країнах пострадянського простору (Молдова, Білорусь, Казахстан, Вірменія, Грузія) кримінальне процесуальне законодавство має переважно подібну до КПК України структуру, проте інститут недопустимості доказів врегульовано не однаково, зокрема, виявлено розбіжності стосовно правової визначеності допустимості та недопустимості доказів; регламентації критеріїв недопустимості доказів; порядку вирішення питання про недопустимість доказів на стадії досудового розслідування; вимог до обґрунтування допустимості або недопустимості доказів у рішеннях, які приймаються на досудових стадіях.

8. У правових позиціях ЄСПЛ підстави для визнання доказів недопустимими пов'язуються з порушеннями вимог ст. 3, 5, 6 Конвенції щодо нелюдського поводження під час досудового або судового слідства, порушення права на свободу та особисту недоторканність людини, права на справедливий суд, права на захист. До критеріїв, які визначають допустимість або недопустимість доказів, належать: інтенсивність порушень прав і свобод під час отримання доказів; вплив та значення

доказу для обвинувачення; підтвердження доказів обвинувачення іншими матеріалами справи.

9. Запропоновано доповнити КПК України ст. 87-1 «Критерії недопустимості доказів» та ст. 87-2 «Істотні порушення, допущені під час збирання та фіксації доказів»; внести відповідні зміни до ч. 2. ст. 38 КПК України та до ч. 3 ст. 89 КПК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Агутин А. В. Институт допустимости доказательств как средство защиты обвинения от стороны защиты / А. В. Агутин // Вестник ННГУ им. Н. И. Лобачевского. – 1998. – С. 52–58.
2. Актуальные проблемы юридических доказательств – И. : Изд-во Иркутского университета, 1984. – 160 с.
3. Алексеев В. Б. Научно–практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / В. Б. Алексеев, В. М. Лебедев. – М. : СПАРК, 1995. – 613 с.
4. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00. 08 / О. І. Альошина. – Д., 2007. – 19 с.
5. Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании : Англия, Уэльс, Шотландия / Т. В. Апарова. – М. : Триада, Лтд. – 1996. – 157 с.
6. Астапенко О. В. Допустимість доказів при їх оцінці в ході кримінально–процесуального доказування / О. В. Астапенко // Підприємство господарство і право. – 2005. – № 10. – С. 144–146.
7. Бабенко В. В. Належність та допустимість доказів в господарському процесі / В. В. Бабенко // Вісник Академії адвокатури. – 2006. – № 5. – С. 64–69.
8. Бантишев О. Ф. Провокація хабара як спеціальний вид співучасті у злочині / О. Ф. Бантишев, С. А. Кузьмін // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2008. – № 19. – С. 105–112.
9. Басай Н. М. Визнання доказів недопустимими в кримінальному процесі України: підстави, процесуальний порядок і правові наслідки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Басай Н. М. – О., 2012. – 20 с.
10. Басай Н. М. Визнання доказів недопустимими в кримінальному процесі України: підстави, процесуальний порядок і правові наслідки : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Басай Наталія Михайлівна ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». – О., 2012. – 264 с.

11. Безлепкин Б. Т. Проблемы уголовно-процессуального доказывания/ Б. Т. Белепкин // Советское государство и право. – 1991. – № 8. – С. 100–101.
12. Белкин Р. С. Собираение, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы / Белкин Р. С. – М.: Наука, 1966.– 295 с.
13. Белкин Р. С. Криминалистика и доказывание / Р. С. Белкин, А. И. Винберг. – М. Юридическая литература, 1969. – 215 с.
14. Божьев В. П. Уголовный процесс. Общая часть / Божьев В. П. – М. : Спарк, 1997. – 193 с.
15. Бондар Е. В. Теоретические и прикладные аспекты признания доказательств недопустимыми : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. В. Бондар. – Красноярск, 2008. – 22 с.
16. Брагин Е. А. Процессуальный порядок и правовые последствия признания доказательств недопустимыми в российском уголовном процессе : дис. ... кандидата юрид. наук : спец. 12.00.09 / Е. А. Брагин. – М., 2005. – 177 с.
17. Ванеева Л. А. Обязанность доказывания в гражданском процессе. Актуальные проблемы юридических доказательств / Л. А. Ванеева. – И. : Иркутский университет, 1984. – 160 с.
18. Веніславський Ф. В. Спеціально-дозвільний принцип у конституційно-правовому регулюванні / Ф. В. Веніславський // Вісник Академії правових наук України. – 2009. – № 2 – С. 57–67.
19. Верещагина М. А. Процессуальный порядок признания доказательств недопустимыми в ходе предварительного слушания : дис. ... кандидата юрид. наук : спец. 12.00.09 / М. А. Верещагина. – Ч., 2008. – 227 с.
20. Вирок Довгинцівського районного суду міста Кривого Рогу Дніпропетровської області від 25 травня 2015 р. по справі № 211/2732/15-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/44365919>

21. Вирок Алуштинського міського суду АРК від 3 березня 2014 р. по справі № 101/4647/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37501403>
22. Вирок Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 20 травня 2014 р. по справі № 357/5964/13-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39340912>
23. Вирок Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 27 червня 2013 р. по справі № 1005/2936/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33811611>
24. Вирок Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 28 серпня 2014 р. по справі №359/11063/13-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40278157>
25. Вирок Борщівського районного суду Тернопільської області від 23 вересня 2014 р. по справі № 594/464/14-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40624751>
26. Вирок Васильківського міськрайонного суду Київської області від 25 травня 2015 р. по справі № 362/3399/14–к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44323366>
27. Вирок Веселинівського районного суду Миколаївської області від 29 листопада 2013 р. по справі № 472/812/13-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36587494>
28. Вирок Вознесенського міськрайонного суду Миколаївської області від 16 січня 2014 р. по справі № 473/3533/13-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36672322>
29. Вирок Жовківського районного суду Львівської області від 19 грудня 2014 р. по справі № 446/1193/14-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42110679>
30. Вирок Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 14 січня 2014 р. по справі № 2208/3027/12. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28896825>

31. Вирок Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 18 березня 2013 р. по справі № 2208/8308/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/30101385>
32. Вирок Кіровського районного суду м. Кіровограда від 10 грудня 2013 р. по справі № 404/6446/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35923204>
33. Вирок Кіровського райсуду м. Кіровограда від 29 грудня 2012 р. по справі № 1109/5928/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28493889>
34. Вирок Ковельського міськрайонного суду Волинської області від 10 травня 2012 р. по справі № 0306/1402/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/23975190>
35. Вирок Ковпаківського районного суду м.Суми від 12 червня 2015 р. по справі № 592/3035/15-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/45062293>
36. Вирок Костопільського районного суду Рівненської області від 4 квітня 2014 р. по справі № 564/1396/13-к [Електронний ресурс] Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38252679>
37. Вирок Красноокнянського районного суду Одеської області від 08 грудня 2014 р. по справі № 506/207/14–к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41819831>
38. Вирок Крюківського районного суду м. Кременчука Полтавської області від 28 липня 2014 р. по справі № 537/3617/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39950174>
39. Вирок Новоград-Волинського міськрайонного суду Житомирської області від 29 липня 2014 р. по справі № 285/1728/13-к. Провадження № 1-кп/0285/6/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40160959>

40. Вирок Путивльського районного суду Сумської області по справі № 577/4796/14-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44233526>
41. Вирок Токмацького районного суду Запорізької області від 2 лютого 2015 р. по справі №328/1963/14-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42603162>
42. Вирок Хмельницького міськрайонного суду від 31 березня 2014 р. по справі № 686/4161/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37930043>
43. Вирок Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 8 травня 2014 р. по справі № 686/93/14-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38828672>
44. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 23 грудня 2013 р. по справі № 748/3180/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36330179>
45. Вироку Герцаївського районного суду Чернівецької області від 20 грудня 2013 р. по справі № 714/181/13-к, 1/714/7/13. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36581794>
46. Власова Г. П. Допустимість і належність доказів за Кримінальним процесуальним кодексом України / Г. П. Власова // Вісник Національної академії прокуратури України. – № 1(34). – 2014. – С. 26–32.
47. Говорухина Е. В. Понятие и правовые последствия провокации в уголовном праве : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Е. В. Говорухина – РнД., 2002. – 18 с.
48. Горбачев А. В. Признание доказательств недопустимыми в уголовном судопроизводстве : дис. ...кандидата юрид. наук : спец. 12.00.09 / А. В. Горбачев. - М., 2003. – 246 с.
49. Горский Г. Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г. Ф. Горский, Л. Д. Кокорев, П. С. Элькинд. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1978. – 303 с.

50. Гридчин А. Л. Обеспечение допустимости доказательств на предварительном следствии (процессуальные вопросы) : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «уголовный процесс, криминалистика; судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / А. Л. Гридчин. – М., 1999. – 21 с.

51. Гришина Е. П. Дискуссионные проблемы допустимости доказательств в науке уголовно-процессуального права (теории «беспощадного исключения доказательств», «плодов отравленного дерева» и «асимметрии правил допустимости») / Е. П. Гришина, С. А. Саушкин, И. В. Абросимов // Актуальные вопросы науки и практики. – 2008. – № 1. – С. 7–11.

52. Гришина Е. П. Актуальные вопросы допустимости доказательств в уголовном процессе / Е. П. Гришина // Российский следователь. – 2002 – № 6. – С. 36–37.

53. Громов Н. А. Оценка доказательств в уголовном процессе / Н. А. Громова, С. А. Зайцева. – М. : ПРИОР, 2002. – 128 с.

54. Давид Р. Основные правовые системы современности / Давид Р. Жоффре-Спинози К. Пер. с фр. В. А. Туманова – М. : Междунар. отношения, 1999. – 400 с.

55. Давиденко С. В. Потерпілий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / С. В. Давиденко. – Х., 2007. – 20 с.

56. Давимука І. Спірні проблеми допустимості доказів у кримінальному процесі / І. Давимука // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 6. – С. 90–93.

57. Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Кипнис Н. М., Кореневский Ю. В., Львова Е. Ю., Насонов С. А., Ринглер С.; под ред. : Власихина В. А. – М. : Юристь, 2000. – 270 с.

58. Жогин Н. В. Теория доказательств в советском уголовном процессе / Жогин Н. В. и др. – [2-е изд.]. – М. : Юридическая литература,

1973. – 736 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lawdiss.org.ua/books/496.doc.html>

59. Загальна декларація прав людини : Декларація ООН від 10 грудня 1948 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015

60. Зажицкий В. И. Источники осведомленности в уголовно-процессуальном доказывании / В. И. Зажицкий // Советская юстиция. – 1983. – №8. – С. 5–8.

61. Зажицкий В. И. Доказательственное право в гражданском, арбитражном и уголовном процессе: сравнительный анализ / В. И. Зажицкий // Советская юстиция, – 1993. – № 20. – С. 23–24.

62. Збірка документів Ради Європи, ратифікованих Україною [уклад.: Бюро інформації Ради Європи в Україні]. – К. : «Фенікс», 2006. – 496 с.

63. Золотих В. В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе / Золотих В. В. – Ростов-на-Дону : Феникс, 1999. – 288 с.

64. Золотых В. В. Правила допустимости доказательств в уголовном процессе / Золотих В. В. – Ростов–на–Дону, 1999. – 175 с.

65. Іщенко А. В. Наукове забезпечення протидії злочинності / Іщенко А. В., Карпов Н. С., Кондратьєв Я. Ю. – К. : Просвіта, 2002. – 223 с.

66. Іщенко В. Принцип допустимості і достатності засобів кримінального процесуального доказування / В. Іщенко // Право України. – 2003. – № 7 – С. 90–95.

67. Калинкина Л. Д. Существенные нарушения уголовно-процессуального закона и их отграничение от несущественных: автореф. дис.... канд. юрид. наук / Л. Д. Калинкина. – Саратов, 1982. – 18 с.

68. Кипнис Н. М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве / Кипнис Н. М. – М. : Юристъ, 1995. – 128 с.

69. Китаев Н. Психофизиологическая экспертиза – грубое нарушение инструкции о порядке применения полиграфа при опросе граждан / Н. Китаев // Российский следователь. – № 6. – М. Юристъ, 2007 – С. 32–34.

70. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004
71. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10 грудня 1984 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_085
72. Коні А. Ф. Моральні основи в кримінальному процесі (Загальні риси судової етики) : в 8 т. / Коні А. Ф. – М. : 1967 – Т. 4. Традиції адвокатської етики: Вибрані праці російських і французьких адвокатів (XIX – початок XX ст.). – СПб, 2004. – 153 с.
73. Конституция США: История и современность / А. А. Мишин, Е. Ф. Языкун. – М. : Юридическая литература, 1988. – 320 с.
74. Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
75. Кореневский Ю. В. Вопрос о допустимости доказательств / Ю. В. Кореневский // Прокурор в суде присяжных. Методическое пособие. М. : НИИ проблем укрепления законности и правопорядка, 1995. – С. 29–37.
76. Король В. В. Показання як джерело доказів у кримінальному провадженні / Король В. В. // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 3. – С. 428–434.
77. Криміналістика : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / В. Ю. Шепітько. – К. : Ін Юре, 2010. – 496 с.
78. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова та ін. – 5-е вид., допов. – Х. : Право, 2013. – Т. 1: Загальна частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 2013. – 376 с.
79. Кримінальний процес [текст]: підручник / За заг. ред. В. В. Коваленка, Л. Д. Удалової, Д. П. Письменного. – К. : «Центр учбової літератури», 2013. – 544 с.

80. Кримінальний процес України : [підруч.] / за ред. М. М. Михеєнка, В. Т. Нора, В. П. Шибіка. – [2-ге вид., допов. і переробл.]. – К. : Либідь, 1999. – 431 с.
81. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
82. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. Т. 1 / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – 768 с.
83. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / В. Г. Гончаренко, В. Т. Нор, М. Є. Шумило. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.
84. Кримінальний процесуальний кодекс Французької Республіки [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.legifrance.gouv.fr/content/download/1958/.../3/.../Code_34.pdf
85. Кримінально-процесуальний кодекс Грузії від 9 грудня 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pravo.org.ua/files/Criminal%20justice/_-09_10_2009.pdf
86. Ларин А. М. Полиграф и права личности в уголовном процессе / А. М. Ларин // Советское государство и право. – 1981. – № 6. – С. 99–103.
87. Литвин О. В. Деякі питання порядку визнання судом недопустимих доказів у стадії судового розгляду / О. В. Литвин // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3–1. – С. 356–358.
88. Лобанов А. Оценка защитником допустимости доказательств / А. Лобанов // Законность. – 1996. – № 6. – С. 42–43.
89. Лупинская П. А. Доказывание в советском уголовном процессе / Лупинская П. А. – М. : ВЮЗИ, 1966. – 101 с.
90. Лупинская П. А. Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств / П. А. Лупинская // Российская юстиция. – 1994. – № 11. – С. 2–5.

91. Луспенник Д. Д. Застосування новел ЦК і ЦПК України в судовій практиці / Д. Д. Луспенник. – Х. : Харків юрид., 2005. – 432 с.
92. Ляхов Ю. А. Допустимость доказательств в Российском уголовном процессе / Ю. А. Ляхов // Актуальные проблемы законодательного регулирования допустимости доказательств в российском уголовном процессе : Материалы всероссийской научно-практической конференции. – РнД. : СКАГС, 2000. – С. 29–35.
93. Макбрайд Джеремі. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. – К. : «К.І.С.», 2010 – 576 с.
94. Мельник С. М. Процесуальна форма у кримінальному судочинстві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / С. М. Мельник. – К., 2001. – 22 с.
95. Меринов Э. А. Реализация института недопустимости доказательств в уголовном судопроизводстве: теория и практика : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Э. А. Меринов. – Владивосток, 2007. – 22 с.
96. Михеенко М. М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве / М. М. Михеенко. – К.: Вища школа, 1984. – 132 с.
97. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : Пакт ООН від 16 грудня 1966 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043
98. Міністерство соціальної політики України. Лист № 656/18/99–13 від 15 листопада 2013 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.profiwins.com.ua/uk/letters-and-orders/ministry-of-labor-and-social-policy/4875-656.html>
99. Молдован А. В. Кримінальний процес: Україна, Франція, Англія, США : А. В. Молдован. – 2-ге вид. – К. : Центр учбової літератури. – 2010. – 352 с.

100. Мотовиловкер Я. О. О допустимости средств доказывания и достоверности доказательств в советском уголовном процессе / Я. О. Мотовиловкер // ВНИИ МВД СССР. – М. : 1981. – С. 82–86.
101. Муравин А. Б. Уголовный процесс : учебное пособие / А. Б. Муравин. – Харьков: ООО «Одиссей», 2000. – 400 с.
102. Некрасов С. В. Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве. – М. : Экзамен, 2004. – 128 с.
103. Николаев С. Л. Подготовка специалистов для работы на полиграфе / С. Л. Николаев, С. Н. Богомоллова, Г. В. Варламов // Опыт использования полиграфа в профилактике и раскрытии преступлений в ГУВД Краснодарского края: I научн.–практ. конф. / под. ред. Г. А. Сапрунова, С. Л. Николаева // ГУВД Краснодарского края – 1997. – С. 14–17.
104. Николайчук В. М. : Уголовное правосудие США / В. М. Николайчук – М. : Наука, 1981. – 124 с.
105. Нор В. Т. Проблеми теорії і практики судових доказів / В. Т. Нор. – Львів : Вища школа, 1978. – 111 с.
106. Об изданиях законов Российской империи. 1830–1899 / Сост. Н. Корево. – СПб., 1900.
107. Орлов Ю. К. Основы теории доказательств в уголовном процессе: науч.-практ. пособие / Ю. К. Орлов. – М.: Проспект, 2000. – 144 с.
108. Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе / Орлов Ю. К. – М.: Юрист, 2009. – 175 с.
109. Осетрова О. С. Класифікація правил недопустимості доказів / О. С. Осетрова // Науковий вісник Херсонського державного університету : Серія юридичні науки. – 2014. – № 5–2. – С. 87–91.
110. Осетрова О. С. Перевірка та оцінка недопустимості доказів у кримінальному провадженні / О. С. Осетрова // Митна справа : наук.-аналіт. журн. – 2015. – № 3. – С. 93–98.
111. Осетрова О. С. On the concept of admissibility of evidence / О. С. Осетрова // Проблеми сучасної юридичної науки очима молодих вчених

: матеріали всеукр. конф. (Харків, 17 квіт. 2014 р.). – Харків : Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2014. – С. 62–63.

112. Осетрова О. С. Становление и развитие института недопустимости доказательств в уголовном процессе / О. С. Осетрова // Право и политика : науч.-метод. журн. – Кыргызская Республика, Бишкек. – 2015. – № 1. – С. 199–205.

113. Погорецький М. А. Кримінально-процесуальні відносини: структура і система : моногр. / Погорецький М. А. – Х. : Arcis, 2002. – 160 с.

114. Полянский Н. Н. Проблема «механизации» уголовного процесса в США / Н. Н. Полянский // Советское государство и право. – 1941. – С. 229–233.

115. Правила проведення судово-медичних експертиз (досліджень) у відділеннях судово-медичної імунології бюро судово-медичної експертизи : Правила МОЗ України, затверджені наказом МОЗ України від 17 січня 1995 року № 6. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0252-95>

116. Право на приватність : Резолюція Ради Європи № 1165 від 26 червня 1998 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://medialaw.org.ua/library/rezolyutsiya-1165-1998-pravo-na-pryvatnist/> Резолюція 1165 (1998)

117. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини. Закон України від 23 лютого 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>

118. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>

119. Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 29 червня 1998 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-90>

120. Про застосування законодавства, яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому, підсудному право на захист : Постанова Пленуму Верховного суду України № 10 від 7 липня 1995 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0010700–95>

121. Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 8. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-03>

122. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 1 листопада 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0009700–96>

123. Про застосування судами України кримінально-процесуального законодавства, що регулює повернення справ на додаткове розслідування : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 3 від 25 березня. 1988 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0003700–88>

124. Про затвердження Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах поліції заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події : Наказ МВС України № 1377 від 6 листопада 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1498-15>

125. Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень : наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 2008 р. № 53/5. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://mir-ekspertiz.info/pro-zatverdzhennya-instrukci%d1%97>

126. Про затвердження Кримінально-процесуального кодексу Української РСР : Закон України Верховної Ради УРСР від 28.12.1960

(втратив чинність на підставі КПК України від 13.04.2012) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1000-05>

127. Про міжнародні договори України: Закон України від 29 червня 2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

128. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80>

129. Решение Верховного Суда США по делу *Arizona v Evans*, 514 U.S./ Цит. По Вернем У. Введение в правовую систему США. – Гл. VIII. – С. 51–52.

130. Решение ЕСПЧ от 13 октября 2009 г. – Дело «Даянан против Турции» // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. – 2010. – № 2. – С. 21–22.

131. Рішення ЄСПЛ 15 вересня 2001 р. – Справа «Лабіт проти Італії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/980_009

132. Рішення ЄСПЛ від 1 березня 2006 р. – Справа «Сейдовіч проти Італії». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurocourt.in.ua/GetArticlesByCategory.asp?CategoryId=2>

133. Рішення ЄСПЛ від 10 липня 2001 р – Справа «Авшар проти Туреччини» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=397>

134. Рішення ЄСПЛ від 11 липня 2006 р. – Справа «Яллох проти Німеччини». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://precedent.in.ua/index.php?id=1189170435>

135. Рішення ЄСПЛ від 12 червня 2008 р. – Справа «Яременко проти України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_405

136. Рішення ЄСПЛ від 13 березня 2014 р. – Справа «Зінченко проти України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_999
137. Рішення ЄСПЛ від 13 березня 2014 р. – Справа «Смірнов проти України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_a09
138. Рішення ЄСПЛ від 15 вересня 2011 р. – Справа «Паскал проти України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_736
139. Рішення ЄСПЛ від 15 грудня 2005 року – Справа «Ваньян проти Росії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.srji.org/resources/search/27/>
140. Рішення ЄСПЛ від 15 травня 2012 р. – Справа «Григор'єв проти України» –. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_833
141. Рішення ЄСПЛ від 16 грудня. 2010 р. – Справа «Бортюк проти України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_704
142. Рішення ЄСПЛ від 18 грудня 2008 р.– Справа «Луценко проти України»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : library.khrgp.org/files/docs/1254891460.pdf
143. Рішення ЄСПЛ від 18 січня 1978 р. – Справа «Ірландія проти Сполученого Королівства» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int>
144. Рішення ЄСПЛ від 19 грудня 2013 р. – Справа «Юрій Волков проти України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_991
145. Рішення ЄСПЛ від 19 листопада 2009 р. – Справа «Колесник проти України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_505

146. Рішення ЄСПЛ від 2 січня 2013 р. – Справа «Веселов та інші проти Росії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://european-court.ru/tag/veselov-i-drugie-protiv-rossii/>

147. Рішення ЄСПЛ від 20 грудня 2011 р. – Справа «Максименко проти України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_785

148. Рішення ЄСПЛ від 21 квітня 2011 р. – Справа «Нечипорук і Йонкало проти України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_683

149. Рішення ЄСПЛ від 23 квітня 1997 р. – Справа «Ван Мехелен та інші проти Нідерландів». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=384>

150. Рішення ЄСПЛ від 25 вересня 1992 р. – Справа «Фам Хоанг проти Франції». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurocourt.in.ua/GetArticlesByCategory.asp?CategoryId=2>

151. Рішення ЄСПЛ від 26 жовтня 2006 р. – Справа «Худобін проти Російської Федерації». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://base.garant.ru/2565339/>

152. Рішення ЄСПЛ від 26 травня 1992 р. – Справа «Люді проти Швейцарії». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=433>

153. Рішення ЄСПЛ від 27 жовтня 2008 р. – Справа «Сальдуз проти Туреччини». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurocourt.info/judgment/salduz-salduz-protiv-turtsii-ot-27-noyabrya-2008-zayavlenie-36391-02>

154. Рішення ЄСПЛ від 28 жовтня 2010 р. – Справа «Леонід Лазаренко проти України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_688

155. Рішення ЄСПЛ від 3 листопада 2011 р. – Справа «Балицький проти України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_726

156. Рішення ЄСПЛ від 30 червня 2008 р. – Справа «Гефген проти Німеччини» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://precedent.in.ua/index.php?id=1350301588>

157. Рішення ЄСПЛ від 4 листопада 2010 р. – Справа «Банніков проти РФ». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://minjust.ru/ru/press/news/bannikova-bannikova-protiv-rossiyskoy-federacii-zhaloba-no-1875706>.

158. Рішення ЄСПЛ від 5 лютого 2008 р. – Справа «Раманаускас проти Литви». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/c48a563ee2b08a54c225758600379986?OpenDocument>

159. Рішення ЄСПЛ від 6 квітня 2004 р. – Справа «Шаннон против Соединенного Королевства». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23863#{\"itemid\":\[\"001-23863\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23863#{\)

160. Рішення ЄСПЛ від 7 липня 1999 р. по справі *Selmouni v. France* (Селмуні проти Франції) // Вибрані рішення Європейського суду з прав людини : в 2 т. / [укл. Ю. Зайцев, О. Павліченко]. – К. : Фенікс, 2005–2006. – Т. 1. – 2005. – С. 537–573.

161. Рішення ЄСПЛ від 9 червня 1998 р. – Справа «Тейксейра проти Португалії»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1246.html

162. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 р. № 12-рп/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11>

163. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання)

від 2 листопада 2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>

164. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України : Рішення Конституційного Суду України від 20 січня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12/paran51#n51>

165. Рожнова В. В. Недопустимість доказів у кримінальному провадженні / В. В. Рожнова // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 4. – С 301–308.

166. Розін М. М. Кримінальне судочинство / Розін М. М. – П. : 1916. – 567 с.

167. Савицкий В. М. Уголовный процесс России / Ларин А. М., Мельников Э. Б., Савицкий В. М., под ред.: Савицкого В. М. – М. : БЕК, 1997. – 314 с.

168. Савицький Д. О. Процес доказування у справах з протокольною формою досудової підготовки матеріалів : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Д. О. Савицький. – К., 2003. – 18с.

169. Сизоненко А. С. Використання доказів, отриманих на території інших країн, в кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. С. Сизоненко ; Нац. академія внутр. справ України. – К., 2004. – 18 с.

170. Сизоненко А. С. Недопустимість доказів у кримінальному судочинстві / А. С. Сизоненко // Вісник Верховного суду України. – 2003. – № 5 (39) . – С. 57–59.

171. Сильное М. А. Нарушения, влекущие признание недопустимыми доказательств и возможности их устранения средствами прокурорского

надзора // Становление и совершенствование суда присяжных в России : Материалы науч.-практ. конф. – М., 2000. – С. 67–76.

172. Сівочек С. М. Оцінка джерел доказів у кримінальному процесі / С. М. Сівочек : дис. ...кандидата юрид. наук : спец. 12.00.09 / С. М. Сівочек. – К., 2003. – 215с.

173. Сізнцова Ю. Ю. Докази у кримінальному процесі: теоретичний аспект та практичне значення в процесі правозастосування / Сізнцова Ю. Ю. К. : Дакор, 2010. – 125с.

174. Словник української мови: в 11 томах. – 1978. – Том 9. – 814 с.

175. Случевский В. К. Учебник русского уголовного процесса: Судостроительство – судопроизводство / Случевский В. К. – СПб : 1913. – 686 с.

176. Смирнов А. В. Уголовный процесс / А. В. Смирнов, К. Б. Калиновский. – М.: Кнорус, 2008. – 704 с.

177. Смирнов А. В. Модели уголовного процесса / А. В. Смирнов. – СПб. : Наука, 2000. – 224 с.

178. Стахівський С. М. Кримінально-процесуальні засоби доказування: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика;судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / С. М. Стахівський. – К., 2005. – 30 с.

179. Степанов О. С. Належність та допустимість доказів у кримінальному процесі України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О. С. Степанов. – К., 2007. – 16 с.

180. Стоянов М. М. Порухення процесуальної форми та визнання відомостей недопустимими у кримінальному провадженні / М. М. Стоянов // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3–2. – С. 319–321.

181. Строгович М. С. Курс радянського кримінального процесу / Строгович М. С. – М. : Наука, 1968. – 468 с.

182. Сутягин К. И. Основания и процессуальный порядок исключения недопустимых доказательств входе досудебного производства по уголовному

делу : дис. ...кандидата юрид. наук : спец. 12.00.09 / К. И. Сутягин. – М., 2007. – 213 с.

183. Таран О. В., Осетрова О. С. Проблема допустимості висновку судово-психофізіологічної експертизи із застосуванням поліграфа / О. В. Таран, О. С. Осетрова // Використання поліграфа в правоохоронній діяльності : проблеми та перспективи : матеріали III Міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 7–8 листоп. 2015 р.). – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2015. – С. 198–203.

184. Теория доказательств в советском уголовном процессе / Н. В. Жогин, А. И. Винберг, В. Я. Дорохов, Г. М. Миньковский, В. Г. Тарасевич, А. А. Эйсман, Н. А. Якубович и др. : за ред. Н. В. Жогина. [2-е изд.]. – М.: Гориздат, 1973. – 736 с.

185. Терехин В. В. Недопустимые доказательства в уголовном процессе России: теоретические и прикладные аспекты : дис. ...кандидата юрид. наук : спец. 12.00.09 / В. В. Терехин – Н.Н., 2006. – 214 с.

186. Тертышник В. М. Уголовный процесс: учебное издание / В. М. Тертышник. – Харьков: Арсин, 1997. – 528 с.

187. Толмосов В. И. Проблемы допустимости доказательств на досудебных стадиях российского уголовного процесса : дис. ...кандидата юрид. наук : спец. 12.00.09 / В. И. Толмосов. – М., 2003. – 206 с.

188. Трусов А. О допустимости и относимости доказательств / А. Трусов // Советская юстиция. – 1990. – № 14. – С. 14–15.

189. Тютюнник В. В. Очевидна недопустимість доказу як критерій здійснення окремої судової процедури визнання доказу недопустимим під час кримінального провадження / В. В. Тютюнник // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. – 2014. – № 9–1. – С. 233–236.

190. Тютюнник В. В. Вплив практики європейського суду з прав людини на розвиток інституту допустимості доказів у кримінальному процесі України / В. В. Тютюнник // Юрист України, – 2013. – № 03(24) – С. 82–87.

191. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. : принят Палатой представителей 24 июня 1999 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://etalonline.by/?type=text®num=НК9900295#load_text_none_1_
192. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 декабря 1997 г. по состоянию на 17 ноября 2014 г [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1008442
193. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова от 14 марта 2003 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30397729.
194. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германии. – М. : Манускрипт, 1994. – 202 с.
195. Уголовный процесс / В. К. Бобров, В. П. Божьев, С. В. Бородин, А. С. Кобликов, Т. Н. Москалькова / под ред. В.П.Божьева. – М. : Спарк, 1998. – 574 с.
196. Уголовный процессуальный кодекс Швейцарии (по состоянию на 1 июля 2014 года) [Электронный ресурс] – Режим доступа : <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=15255>
197. Уголовный процессуальный Республики Армения от 11 сентября 2001 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1349&lang=rus>
198. Удалова Л. Д. Кримінальний процес України в питаннях та відповідях : навч. посіб. / Удалова Л. Д. – [2-ге вид. переробл. і допов.]. – К. : КНТ, 2010. – 160 с.
199. Устав уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://civil.consultant.ru/reprint/books/118/2.html>
200. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства : в 2 т. / Фойницкий И. Я. – СПб, 1996 –Т. 2. – 1996. – 607 с.

201. Чистякова О. И. Российское законодательство X-XX веков: тексты и комментарии : в 9 т. / Чистякова О. И., Маньков А. Г. – М. : Юридическая литература, 1984 – Т. 8. Судебная реформа. – 1986. – 511 с.
202. Чорноус Ю. М. Слідчі дії: поняття, сутність, напрями розвитку та удосконалення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Чорноус Ю. М. – К., 2005. – 245 с.
203. Шевчишен А. В. Допустимість доказів у кримінальному процесі України та США (порівняльно-правовий аналіз) / А. В. Шевчишен // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ : науково-теоретичний журнал / Київський національний університет внутрішніх справ. – Київ, 2010. – № 3 (70). – С. 166–173.
204. Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовному делу: проблемы теории и правового регулирования / Шейфер С. А. – М. : Норма, 2008. – 240 с.
205. Шейфер С. А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. / С. А. Шейфер. – С. : Самарский университет, 2004. – 230 с.
206. Шейфер С. А. Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе / Шейфер С. А. – М. : ВЮЗИ, 1972. – С. 34–35.
207. Щегловитов С. Г. Судебные Уставы императора Александра Второго с законодательными мотивами и разъяснениями: Устав уголовного судопроизводства. СПб., 1887.
208. Юдківська Г. Ю. Презумпція невинуватості в кримінальному процесі України та практиці Європейському суду з прав людини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Г. Ю. Юдківська ; Академія адвокатури України. – К., 2008. – 20 с.
209. Якуб М. Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве / М. Л. Якуб. – М. : Юрид. лит, 1981. – 144 с.
210. Яновська О. Г. Рівноправність сторін в процесі доказування: проблеми правозастосування / О. Г. Яновська // Актуальні проблеми доказування в кримінальному провадженні : Матеріали Всеукраїнської

науково-практичної Інтернет-конференції (м. Одеса, 27 листопада 2013 р.). – Одеса : «Юридична література», 2013. – С. 174–178.

211. Carmen Rolando V. del. Criminal Procedure: Law and Practice. – [2nd ed.] / Rolando V. del Carmen. – Pacific Grove, California: Brooks / Cole publ., 1991. – 483 p.

212. Dean J. Champion. Dictionary of American Criminal justice key terms and major Supreme Courts Cases. Chicago. London. 1998. – P. 49.

213. Gotchett J., Elkind A Federal courtroom evidence. – Los Angeles, 1976. – P. 57.

214. http://european-court.eu/uploads/ECHR_Ramanauskas_v_Lithuania_05_02_2008.pdf

215. Jones D. The law of criminal procedure: an analysis and critique. – Boston, 1981. – P. 3.

216. Rules of criminal procedure for the U.S district courts. – Wash. Gov. print. 1985.

217. Violations by Article and by State – 1959 – 2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:
http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2014_ENG.pdf

218. Wigmore J. Wigmore's code of the rules of evidence in trials at law. – Boston, 1931. – 114 p.

ДОДАТКИ

Додаток А

Результати узагальнення судової практики за період 12.2012 – 06.2015 рр.

№	Критерій, на підставі якого доказ визнано недопустимим доказом	Кількість кримінальних проваджень	
1.	Неналежне джерело відомостей та відсутність можливості перевірки походження фактичної інформації	25	
2.	Порушення процесуальної форми	68	
3.	Неналежний суб'єкт доказування з них:	24	
3.1	Проведення розслідування без доручення начальника підрозділу	10	
3.2	Проведення заходів забезпечення кримінального провадження оперативними працівниками за дорученням слідчого	9	
3.3	проведення слідчих дій за умови, якщо слідчу дію за дорученням провів оперуповноважений, який був свідком вчинення злочину	5	
4.	Неналежна процесуальна дія	21	
5.	Отримання доказів за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами	16	
6.	Порушення гарантованих Конституцією України прав людини й громадянина, отримання доказів із застосуванням насильства, погроз, знуцання над особистістю, а відповідно із застосуванням інших незаконних дій. З них:	43	
6.1	Проведення процесуальних дій без рішення суду	22	
6.2	Проведення процесуальних дій з порушенням права на захист	23	
6.3	Порушення права на невтручання в приватне життя особи на стадії досудового розслідування	14	
7.	Згодування і припущення	19	
8.	Докази, отримані «з чужих слів»	18	
9.	Докази, отримані на підставі недопустимих	47	
10.	Докази, зібрані з метою створення негативного враження про особу злочинця	11	
11.	Провокація вчинення злочину	24	

12.	Неналежний спосіб отриманні доказу	41	
13.	Порушення правил складання протоколів	58	
14.	Посилання на рішення ЄСПЛ	19	

Всього вивчено 517 вироків в яких докази визнавались недопустимим доказом.

Додаток Б

Зведені дані опитування слідчих ОВС, НП (176) та прокуратури (83), суддів суду першої інстанції (26)

№	Питання	Відповідь						
1.	Місце роботи:	слідчий підрозд. – 176	м. Київ – 26 %	Прокурор – 83	м. Київ – 23 %	суддя суду першої інстанції – 26	Печерський районний суд м. Києва – 25%	
			Київська область – 18 %		Київська область – 15 %		Голосіївський районний суд м. Києва – 38%	
			Харківська область – 14 %		Харківська область – 14 %		Солом'янський районний суд м. Києва – 37%	
			Львівська область – 16 %		Львівська область – 19 %			
			Дніпропетровська область – 14 %		Дніпропетровська область – 12 %			
			Черкаська область – 12 %		Черкаська область – 17 %			
2.	Досвід на займаній посаді:	до 3 років – 59%		до 3 років – 43 %		до 3 років – 36%		46%
		від 3 до 5 років – 29%		від 3 до 5 років – 38 %		від 3 до 5 років – 51 %		39%
		від 5 до 10 років – 12%		від 5 до 10 років – 19%		від 5 до 10 років – 13%		15%
3.	Чи виникають складнощі застосування інституту недопустимості доказів на стадії досудового розслідування	викликає складнощі – 50%		викликає складнощі – 55%		викликає складнощі – 60%		55%
		не викликає складнощі – 18%		не викликає складнощі – 21%		не викликає складнощі – 12%		17%
		не надаю значення,		не надаю значення,		застосування		28%

		оскільки застосування інституту недопустимості доказів слідчим не передбачено процесуально – 32%	оскільки застосування інституту недопустимості доказів слідчим, прокурором не передбачено процесуально – 24%	інституту недопустимості доказів слідчим, прокурором не передбачено процесуально – 28%	
4.	На якій стадії кримінального процесу повинна здійснюватись перевірка та оцінка недопустимості доказів	на початкових стадіях досудового розслідування – 56%	на початкових стадіях досудового розслідування – 79%	на початкових стадіях досудового розслідування – 78 %	71%
		після закінчення досудового розслідування – 17%	після закінчення досудового розслідування – 21%	після закінчення досудового розслідування – 18%	20%
		під час розгляду справи в суді – 27%	під час розгляду справи в суді – 46%	під час розгляду справи в суді – 4%	9%
5.	Чи потрібно зобов'язати слідчого, прокурора визнавати докази недопустимими на стадії досудового розслідування	так – 78%	так – 83%	так – 46%	69%
		ні – 22%	ні – 17%	ні – 54 %	31%
6.	Як вирішується питання недопустимості доказів у разі виявлення помилок під час досудового розслідування	доказ не береться до уваги при прийнятті процесуального рішення – 69%	доказ не береться до уваги при прийнятті процесуального рішення – 74%	у випадку виникнення спору щодо недопустимості доказів та в порядку, передбаченому КПК України – 58%	67%
		здійснення перевірки та оцінки доказів на предмет недопустимості не передбачено КПК України, тому оцінка недопустимості доказів не здійснюється на стадії досудового розслідування – 11%	здійснення перевірки та оцінки доказів на предмет недопустимості не передбачено КПК України, тому я взагалі не перевіряю, оскільки це входить до повноважень суду – 9%	у разі явної недопустимості доказів при прийнятті рішення по справі – 15%	12%
		шляхом винесення постанови про визнання доказу недопустимим – 20%	шляхом винесення постанови про визнання доказу недопустимим – 17%	шляхом винесення ухвали про недопустимість доказу -27%	21%
7.	Чи виникають складності пов'язані із законодавчою невизначеністю повноважень слідчого та прокурора щодо прийняття процесуального рішення про недопустимість доказів	так – 47 %	так – 51%	так – 46 %	48%
		ні – 53 %	ні – 49%	ні – 54%	52%
8.	Чи ускладнює	так, ускладнює,	так, ускладнює,	так – 78%	76%

	роботу слідчого та прокурора відсутність законодавчої регламентації щодо винесення постанови про визнання доказу недопустимим на стадії досудового розслідування	призводить до плутанини в допустимих і недопустимих доказах – 71%	призводить до плутанини в допустимих і недопустимих доказах – 79%		
		ні, не ускладнює – 29%	ні, не ускладнює – 21 %	ні – 22%	24%
9.	Чи вважаєте Ви доцільним закріплення необхідності винесення постанови за результатом оцінки доказів	так – 38%	так – 42%	так – 44 %	41%
		ні – 62%	ні – 58%	ні – 56 %	59%
10.	Чи вважаєте Ви доцільним законодавче закріплення обов'язку слідчого, прокурора здійснювати перевірку та оцінку доказів на предмет недопустимості	так – 61%	так – 67 %	так – 63%	65%
		ні – 39 %	ні – 33%	ні – 37%	35%
11.	В КПК України зазначено, що суд досліджує докази безпосередньо. Чи є необхідність законодавчої регламентації безпосередності дослідження доказів слідчим та прокурором на стадії досудового розслідування	так, є, оскільки слідчий повинен діяти в межах компетенції, а законодавець не відніс до компетенції слідчого право безпосередньо досліджувати докази – 73%	так, є, оскільки слідчий повинен діяти в межах компетенції, а законодавець не відніс до компетенції слідчого право безпосередньо досліджувати докази – 75%	так – 71%	73 %
		ні – 27%	ні – 14,2%	ні – 29%	27%
12.	Чи є необхідність у законодавчому закріпленні критеріїв недопустимості доказів	так – 71 %	так – 87%	так – 68%	75%
		ні – 29%	ні – 13 %	ні – 32 %	25%

13.	Чи вважаєте ви основною проблемою правозастосовної практики в частині реалізації інституту недопустимості доказів належать відсутність законодавчої регламентації критеріїв недопустимості доказів	так – 83%	так – 75%	так – 87%	82%
		ні – 17%	ні – 25%	ні – 13 %	18%
14.	Чи ускладнює Вашу роботу відсутність законодавчого закріплення критеріїв недопустимості доказів	так – 65%	так – 73%	так – 66%	68%
		ні – 35%	ні – 27%	ні – 34%	32%
15.	Чи допускають слідчі, прокурори, судді порушення вимог закону щодо порядку проведення процесуальних дій, фіксуючи докази, які прямо вказують на причетність особи до вчиненого злочину	так – 95%	так – 81%	так – 90 %	89%
		ні – 5%	ні – 19%	ні – 10%	11%
16.	Чи ускладнює Вашу роботу законодавча невизначеність правил оцінювання доказів, отриманих із процесуальними порушеннями	так – 59%	так – 65%	так – 64%	63 %
		ні – 41%	ні – 35%	ні – 36 %	37%

17.	В яких на Вашу думку кримінальних провадженнях відбувається провокація вчинення злочину	у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів – 38%	у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів – 49 %	у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів – 45 %	45%
		про злочини у сфері службової діяльності – 37 %	про злочини у сфері службової діяльності – 39%	про злочини у сфері службової діяльності – 41%	39%
		у злочинах проти громадського порядку та моральності – 9%	у злочинах проти громадського порядку та моральності – 14%	у злочинах проти громадського порядку та моральності – 16%	12%
18.	Назвіть типові порушення процесуальної форми, які призводять до визнання доказу недопустимим	відсутність у протоколі підписів учасників процесуальних дій – 70 %	відсутність у протоколі підписів учасників процесуальних дій – 78%	відсутність у протоколі підписів учасників процесуальних дій – 72%	73 %
		проведення процесуальних дій без участі понятих або з порушенням ст. 237 КПК України – 30%	проведення процесуальних дій без участі понятих або з порушенням ст. 237 КПК України – 22%	проведення процесуальних дій без участі понятих або з порушенням ст. 237 КПК України – 28%	32 %

		не роз'яснення учасникам процесуальних дій їх прав – 38%	не роз'яснення учасникам процесуальних дій їх прав – 43%	не роз'яснення учасникам процесуальних дій їх прав – 40%	41%
19.	Чи можна використовувати в доказуванні докази, отримані з процесуальними порушеннями	так – 11%	так – 8%	так – 7%	9%
		ні – 28%	ні – 38%	ні – 70%	45%
		можна, але лише після усунення порушення якщо це можливо – 61%	можна, але лише після усунення порушення якщо це можливо – 54%	можна, але лише після усунення порушення якщо це можливо – 23%	46%
20.	Чи використовуєте Ви докази з процесуальним порушенням, вважаючи, що вони не істотні	так – 58%	так – 63%	так – 18%	46%
		ні – 42%	ні – 37%	ні – 82%	54%

21.	Чи допускаються слідчими та прокурорами порушення при зборі та фіксації доказів, які в подальшому визнаються недопустимими доказами і всі похідні докази втрачають юридичну силу	так –%	так –%	так –%	95%
		ні – %	ні –%	ні – %	1%
		не відомо, оскільки рішення про недопустимість приймаються під час судового розгляду – %	не відомо, оскільки рішення про недопустимість приймаються під час судового розгляду – %		4%
22.	Чи становить проблему правозастосовної практики відсутність конкретизованого переліку істотних порушень прав людини й основоположних свобод, передбачених міжнародними договорами	так –67 %	так –54 %	так – %	54 %
		ні – %	ні – %	ні – %	46%
23.	Чи допускають слідчі, прокурори порушення вимог щодо порядку фіксації ходу та результатів доказів, фіксуючи такі, які прямо вказують на причетність тієї чи іншої особи до вчиненого злочину	так, часто – 78%	так, часто – 85%	так, часто – 61%	75%
		так, рідко – 18%	так, рідко – 13%	так, рідко – 35%	22%
		ні – 4%	ні – 3%	ні – 4%	3%

24.	Чи допускають слідчі, прокурори, судді в своїй роботі порушення процесуальної форми під час збору та фіксації доказів?	так – 98%	так – 96%	так – 83%	92%
		ні – 2%	ні – 4%	ні – 17%	8%
25.	Чи потрібно виносити постанову про прийняття до провадження та створення слідчої групи на стадії досудового розслідування	так – 42%	так – 54%	так – 72%	56%
		ні – 20%	ні – 15%	ні – 11%	15%
		на розсуд слідчого/прокурора – 38%	на розсуд слідчого/прокурора – 31%	на розсуд слідчого/прокурора – 17%	29%
26.	Чи вважаєте Ви проблемою правозастосовної практики в частині реалізації інституту недопустимості доказів невизначеність процесуальних правил оформлення рішень про визнання доказів недопустимими на досудових стадіях та судових стадіях кримінального судочинства за суб'єктами, уповноваженими проводити слідчі (розшукові), негласні слідчі (розшукові) дії, приймати процесуальні рішення	так – %	так – %	так – %	69 %
		ні – %	ні – %	ні – %	31%
27.	Чи потрібне законодавче закріплення обов'язку слідчого винесення постанови про прийняття до провадження та створення слідчої групи	так – 84%	так – 89%	так – 73%	82%
		ні – 16%	ні – 11%	ні – 27%	18%

28.	Чи необхідно зазначати в клопотанні про застосування заходів забезпечення кримінального провадження суб'єкта, якому має бути доручено їх здійснення?	так – 18%	так – 21%	так – 54%	31%
		ні – 82%	ні – 79%	ні – 46%	69%
29.	Яким чином має бути виконана ухвала суду про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, якщо не було зазначено суб'єкта, якому буде доручено її виконання	ухвала суду про застосування заходів забезпечення кримінального провадження повинна виконуватись особою, яка зазначена в ній – 19%	ухвала суду про застосування заходів забезпечення кримінального провадження повинна виконуватись особою, яка зазначена в ній – 17%	ухвала суду про застосування заходів забезпечення кримінального провадження повинна виконуватись особою, яка зазначена в ній – 91%	42%
		виконання ухвали суду про застосування заходів забезпечення кримінального провадження може бути передоручено іншим особам, не зазначеним в ухвалі суду – 81%	виконання ухвали суду про застосування заходів забезпечення кримінального провадження може бути передоручено іншим особам, не зазначеним в ухвалі суду – 83%	виконання ухвали суду про застосування заходів забезпечення кримінального провадження може бути передоручено іншим особам, не зазначеним в ухвалі суду – 9%	58%
30.	Кого слідчий, прокурор може зазначити в клопотанні як суб'єкта, якому має бути доручено виконання ухвали про застосування заходів забезпечення кримінального провадження	ініціатора клопотання, який і буде його виконувати – 6%	ініціатора клопотання, який і буде його виконувати – 11%	ініціатора клопотання, який і буде його виконувати – 85%	34%
		ініціатора клопотання з подальшим дорученням оперативним співробітникам – 89 %	ініціатора клопотання з подальшим дорученням оперативним співробітникам – 74%	ініціатора клопотання з подальшим дорученням оперативним співробітникам – 9%	57%
		кінцевого виконавця, тобто, якщо планується доручення оперативному співробітнику, то він має бути зазначений в клопотанні як виконавець – 5%	кінцевого виконавця, тобто, якщо планується доручення оперативному співробітнику, то він має бути зазначений в клопотанні як виконавець – 15%	кінцевого виконавця, тобто, якщо планується доручення оперативному співробітнику, то він має бути зазначений в клопотанні як виконавець – 6%	9%
31.	Чи застосовували Ви в своїй практичній діяльності поліграф	так – 31%	так – 29%	так – 16%	25%
		ні – 69%	ні – 71%	ні – 84%	75%
32.	Чи вважаєте Ви результати поліграфа допустимим доказом	так – 82%	так – 73%	так – 53%	69%
		ні – 18 %	ні – 27%	ні – 47%	31%
33.	Чи варто надати стороні захисту право подавати клопотання про визнання доказу	так – 83%	так – 79%	так – 63%	75%
		ні – 17%	ні – 21%	ні – 38%	25%

	недопустимим на стадії досудового розслідування				
34.	Чи посилаєтесь Ви в процесуальних документах на практику ЄСПЛ?	так – 9%	так – 7%	так – 95%	37%
		ні – 91%	ні – 93%	ні – 5%	63%

Додаток В

Проект змін та доповнення до КПК України

№	Стаття КПК України	Зміст змін та доповнень
1.	п. 5 ст. 87 КПК України доповнити	Рішення щодо визнання доказів, передбачених цією статтею, недопустимими, приймається слідчим, прокурором, судом.
2.	ч.ч. 2, 3 ст. 89 КПК України викласти в наступній редакції	2. У випадку встановлення очевидної недопустимості доказу під час досудового розслідування слідчий, прокурор, а під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, про що виносить мотивовану постанову, а суд ухвалу, що тягне за собою неможливість його використання в доказуванні, а також дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. 3. Сторони кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право під час досудового розслідування та судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими, а також наводити заперечення проти визнання доказів недопустимими.
3.	доповнити ст. 87-1 КПК України Критерії недопустимості доказів.	Доказ слід визнавати недопустимим, якщо не дотримано таких критеріїв: 1) неналежне джерело відомостей та відсутність можливості перевірки походження фактичної інформації; 2) порушення процесуальної форми; 3) неналежний суб'єкт доказування; 4) неналежна процесуальна дія; 5) отримання доказів за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами; 6) порушення гарантованих Конституцією України прав людини й громадянина, отримання доказів із застосуванням насильства, погроз, знущання над особистістю, із застосуванням інших незаконних дій; 7) згоди і припущення; 8) докази, отримані на підставі недопустимих; 9) докази, зібрані з метою створення негативного враження про особу злочинця.
4.	доповнити КПК України ст. 87-2 Істотні порушення, допущенні під час збору та фіксації доказів.	1. Істотними порушеннями, які тягнуть за собою визнання доказу недопустимим є такі, які входять до переліку критеріїв недопустимих доказів та викликають сумніви під час їх оцінки. 2. Неістотними є порушення, які не відносяться до жодного з критеріїв недопустимості доказів та не викликають сумнівів під час оцінки доказу, не може об'єктивно вплинути на зміст доказового матеріалу та його достовірність, технічні та механічні помилки.
5.	ч. 3 ст. 87 КПК України доповнити пунктом 1.1.:	доказ визнається недопустимим, якщо встановлено, що свідок не може правильно сприймати фактичні обставини внаслідок фізичних чи психічних вад.
6.	ч. 2 ч. 87 КПК України доповнити п. 6:	провокація вчинення злочину.
7.	ч. 3 ст. 89 КПК України викласти в такій редакції:	Сторони кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право під час досудового розслідування та судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими, а також наводити заперечення проти визнання доказів недопустимими.