

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛІСТИКА**ВАПНЯРЧУК В. В.,**кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)

УДК 343.14

ЩОДО КОНЦЕПЦІЙ НЕДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ

У статті аналізуються розроблені в кримінальній процесуальній науці концепції можливого визнання певної інформації недопустимою для доказування (згідно з термінологією чинного закону, концепції визнання доказів недопустимими). Розкрита сутність кожної з них і висловлені критичні зауваги щодо окремих концепцій. На думку автора, право на існування, подальшу теоретичну розробку та практичне впровадження мають ті з них, які використовують диференційований підхід до наслідків порушень кримінального процесуального закону під час формування доказової основи правової позиції суб'єкта доказування (у процесі збирання доказів).

Ключові слова: докази, недопустимість доказів, істотність порушення закону, асиметрія правил допустимості, факти.

В статье анализируются разработанные в уголовной процессуальной науке концепции возможного признания определенной информации недопустимой для доказывания (согласно действующему закону, концепции признания доказательств недопустимыми). Раскрыта сущность каждой из них и высказаны критические замечания относительно отдельных концепций. По мнению автора, право на существование, дальнейшую теоретическую разработку и практическое внедрение имеют те из них, которые используют дифференцированный подход к последствиям нарушений уголовного процессуального закона при формировании доказательной базы правовой позиции субъекта доказывания (при сборе доказательств).

Ключевые слова: доказательства, недопустимость доказательств, существенность нарушения закона, асимметрия правил допустимости.

This article analyzes developed in the criminal procedural science concepts possible recognition of certain information inadmissible in proving (using the terminology of current law – the concept of confession inadmissible evidence). The essence of each of them and made critical remarks about certain concepts. According to the author's right to exist, further theoretical development and practical implementation are those that use a differentiated approach to the consequences of violations of criminal procedural law in the formation of evidence-based foundations of the legal position of the subject of proof (in the collection of evidence).

Key words: evidence inadmissibility of evidence materiality violations of law, rules of admissibility asymmetry facts.



Вступ. Розвиток науки вітчизняного кримінального процесу зумовлює необхідність дослідження та перегляду традиційних наукових поглядів щодо окремих питань кримінального процесуального доказування. Однією з найбільш важливих у теорії доказів є проблема визнання доказів недопустимими. У наукових публікаціях, присвячених цьому питанню, єдиного підходу щодо нього не склалося. Тому спроба систематизації сформованих концепцій недопустимості доказів і на підставі їх критичного аналізу вироблення власного бачення щодо можливості їх використання є досить важливою й потрібною. Саме цими обставинами пояснюється необхідність написання статті, її логіка і зміст.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження розроблених концепцій визнання доказів недопустимими в кримінальному провадженні та формулювання власного розуміння цього питання.

Результати дослідження. Відповідно до ч. 2 ст. 86 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, «недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилається суд при ухваленні судового рішення». Стосовно цього доцільно висловити заувагу щодо некоректності використання в кримінальному процесуальному законі поняття «недопустимий доказ». Виходячи з аналізу ч. 1 ст. 86 КПК України, можна припустити, що недопустимим закон вважає доказ, який отриманий із порушенням установленого законом порядку. Але таке розуміння суперечить сутності доказу в кримінальному провадженні (ч. 1 ст. 84 КПК України). Коли під час отримання певних фактичних даних мають місце відступи від передбаченої законом процедури, то мова про докази не може йти взагалі. Як справедливо зазначають із цього приводу окремі науковці, докази можуть бути лише допустимими, оскільки в протилежному випадку це не докази [1, с. 62]. Для усунення такої логічної суперечності, мабуть, доцільно було б взагалі відмовитись від використання в КПК України терміна «недопустимий доказ». На нашу думку, це не означає того, що встановлення такої властивості доказу, як його допустимість, і можливий негативний висновок щодо цього зроблений бути не може. Однак він свідчитиме про те, що не доказ є недопустимим, а певні фактичні дані були отримані з порушенням визначеного законом порядку й, отже, не можуть уважатися доказом.

У юридичній літературі, присвяченій механізму встановлення допустимості доказів, виділяються концепції можливого визнання певної інформації недопустимою для доказування (згідно з чинним законом, концепції визнання доказів недопустимими). Для більш повного розкриття сутності такої властивості, як допустимість, вважаємо за доцільне приділити їй увагу.

Насамперед варто зазначити, що всі ці концепції, на нашу думку, можуть бути поділені на дві групи. До першої належать ті, в яких використовується категоричний (однозначний) підхід до вирішення поставленого питання (концепція «нещадне виключення доказів» або «чай і чорнило»), до другої – ті, в яких використовується диференційований підхід до наслідків порушень кримінального процесуального закону (всі інші).

Концепція «нещадне виключення доказів». Сутність її полягає в тому, що будь-яке, навіть незначне, порушення вимог кримінального процесуального закону щодо порядку отримання доказів тягне за собою визнання їх недопустимими. У юридичній літературі цю концепцію інколи називають ще концепцією «чай і чорнило». Своєю назвою вона завдячує фразі «ложка чорнила псує склянку чаю» [2, с. 55; 3, с. 45–46]. Як нам видається, і про це ми вже висловлювалися вище, сприйняття цієї концепції у вітчизняному кримінальному провадженні є досить сумнівним. Такий формалістський підхід¹, на нашу думку, приводитиме до безглуздої втрати важливої доказової інформації при будь-якому порушенні кримінального процесуального закону, в тому числі й незначному².

¹ Про необхідність розмежування понять «кримінальна процесуальна форма» та «формалізм» у вітчизняному кримінальному процесі, а також про можливі негативні наслідки в правозастосуванні, які можуть виникнути у випадку їх змішування, див, зокрема, [4, с. 100–112].

² Критичному аналізу цієї концепції приділяло увагу досить багато науковців. Див., зокрема, [5, с. 120; 6, с. 51–52]. Варто зауважити, що прихильників цієї концепції серед сучасних вітчизняних науковців ми не виявили. Положення цієї концепції інколи використовується практиками (особливо захисниками) в суді, якщо це відповідає інтересам їхньої правової позиції.



Концепція істотності порушення кримінального процесуального закону під час формування доказової основи правової позиції суб'єкта доказування. Сутність цієї концепції полягає у використанні диференційованого підходу до наслідків порушень кримінального процесуального закону під час формування доказової основи правової позиції суб'єкта доказування (у процесі збирання доказів) шляхом поділу їх на істотні та неістотні, які призводять або до безумовної недопустимості доказів, або до можливості відновлення їх допустимості.

Окремі науковці як самостійну інколи виділяють таку науково-теоретичну концепцію недопустимості доказів, положення якої, до речі, вже знайшли своє законодавче регламентування в чинному КПК України, як *концепцію «плоди отруєного дерева»*. Виділення її як самостійної, вважаємо, є цілком допустимим, якщо не виділяється концепція істотності порушення кримінального процесуального закону. Адже можливість застосування правила «плоди отруєного дерева» залежить від істотності порушення прав і свобод людини (ст. 87 КПК України) (докладніше про це знову дивись аналіз указаного правила допустимості доказів).

Концепція «асиметрія правил допустимості доказів». Сутність її полягає в різних можливих правових наслідках порушень, допущених під час одержання доказів, для сторони обвинувачення і сторони захисту [5, с. 116; 7, с. 28]. На думку прихильників цієї концепції, докази, які свідчать на користь обвинуваченого (наприклад, той, хто впізнає, не впізнав обвинуваченого), залишаються допустимими, незважаючи на жодні процесуальні порушення, оскільки в протилежному випадку порушується право обвинуваченого на захист [8].

Противники застосування «асиметрії» під час вирішення питання допустимості доказів висловлюють думку, що вимоги допустимості повинні бути однаковими як для сторони обвинувачення, так і для сторони захисту [9, с. 146–147; 10, с. 78–79]; не повинно виникати підстав для подвійного стандарту зі збирання, представлення та оцінювання обвинувальних і виправдувальних доказів [11, с. 10]; сторони обвинувачення та захисту будуть знаходитися в нерівному становищі, що створюватиме асиметрію прав учасників кримінального судочинства [12, с. 3]. Інші автори вважають, що асиметрія може діяти, але з певними обмеженнями (наприклад, крім випадків, коли в слідчій дії брав участь захисник, який не висловлював заперечень щодо незаконних дій слідчого) [13, с. 97–98].

Не вдаючись далі до цитування та докладного аналізу висловлених у юридичній літературі численних поглядів на цю проблему, вважаємо, що можна погодитися з Ю.К. Орловим, який пропонує її вирішення на підставі гносеологічного (пізнавального) критерію й залежно від характеру процесуального порушення. Сутність його підходу полягає в тому, що під час процесуальних порушень першого виду (які піддають сумніву достовірність доказів у результаті порушення процедурних вимог закону щодо здійснення процесуальних дій) потрібно прагнути максимально їх нейтралізувати або замінити непридатний доказ іншим. І тільки тоді, коли це виявиться неможливим, – виходити з правила про тлумачення сумнівів: факт, який свідчить на користь обвинуваченого, якщо він достовірно не підтверджений і не спростований, вважається існуючим. Порушення другого виду (які порушують права і свободи особи), якщо вони не впливають на достовірність доказів, на долі обвинуваченого позначатися не повинні. Він не повинен страждати через некомпетентність або недобросовісність обвинувачення. Тому навіть за відсутності перешкод гносеологічного характеру такий доказ, якщо він свідчить на користь обвинуваченого, залишається в силі. Наприклад, у справі про звалтування слідчий провів допит неповнолітньої потерпілої з грубими процесуальними порушеннями і шляхом погроз добився від неї визнання, що всі докази були сфальсифіковані за наполяганням її матері з метою примусити обвинуваченого до шлюбу або хоча б до отримання від нього великих «відступних». Такий доказ повинен бути ретельно й усебічно перевірений і якщо отримає об'єктивне підтвердження, то може бути основою для реабілітації обвинуваченого, оскільки не його вина, що слідчий не зміг чи не захотів одержати цей доказ законним шляхом [14, с. 77].

Важливого теоретичного і практичного значення сьогодні набула *концепція «недобросовісна помилка»*. Сутність цієї концепції полягає в тому, що доказ (доказування загалом) визнається недопустимим, коли буде встановлено, що в діях суб'єкта доказування мала місце недо-



бросовісна помилка. Якщо ж правозастосовний орган не знав або при розумному допущенні не міг знати, що його дії мають незаконний характер, то здобуті ним у результаті таких дій докази не втрачають властивості допустимості [15, с. 100–102; 6, с. 47–48; 16, с. 45].

Використання положень саме цієї концепції дає можливість пояснити визнання допустимими доказами, зокрема, результатів окремих процесуальних дій (наприклад, негласних слідчих (розшукових)), які були проведені в кримінальному провадженні по тяжкому чи особливо тяжкому злочину, хоча пізніше кваліфікація вчиненого правопорушення була змінена на злочин (невеликої або середньої тяжкості), що не дозволяє здійснення таких дій. Якщо ж слідчий, який ініціював проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, прокурор, який погодив відповідне клопотання слідчого, і слідчий суддя, який дав дозвіл на її проведення, не мали заперечень щодо кваліфікації вчиненого правопорушення (тобто, виходячи з наявних на певний момент фактичних обставин провадження, добросовісно помилялись щодо цього), то використання такого виду способу формування доказової основи є цілком правомірним і результати такої негласної слідчої (розшукової) дії повинні визнаватися допустимими. Коли ж буде встановлена недобросовісна помилка (умисне безпідставне завищення кваліфікації), то, виходячи із розуміння цієї концепції, результати такої дії повинні визнаватися недопустимими для використання в доказуванні.

Ще одна науково-теоретична концепція можливого визнання певної інформації недопустимою для доказування, яка виділяється в науковій літературі, – це *концепція «срібне блюдо»*. Як зазначає О.В. Смирнов, ця концепція існує в судовій практиці США та цілком правомірно може використовуватися й у вітчизняному (російському) кримінальному процесі. Сутність її полягає в тому, що дані, які були здобуті з порушенням закону особою, яка не є стороною кримінального провадження, можуть бути прийняті судом від суб'єкта доказування (сторони обвинувачення або сторони захисту) й використані в процесі як докази [17, с. 23–26].

Загалом ця концепція відповідає авторському розумінню змісту формування доказової основи правової позиції суб'єкта доказування. Ми поділяємо погляди, що воно включає в себе такі елементи, як відшукання (виявлення), сприйняття (отримання) та процесуальне оформлення (фіксація) доказової інформації. Відшукання (виявлення), на відміну від наступних двох елементів, може здійснюватися як процесуальними, так і непроцесуальними способами. Отже, дійсно певна доказова інформація, яка одержана тією чи іншою особою, повинна визнаватися допустимою передусім за умови дотримання регламентованого законом порядку її сприйняття й фіксації. Що ж стосується можливих порушень під час їх відшукання (або, навіть якщо закон чітко не забороняє цього, сумнівність використання певних способів такого виявлення), то, на нашу думку, це не завжди тягне за собою визнання доказів недопустимими. Тут можуть бути варіанти.

Прикладом цього може бути, як нам видається, небезпідставна критика положення рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 року (справа № 1-31/2011) (це рішення, як уважається багатьма правознавцями, було прийняте у зв'язку зі справою Гонгадзе з метою неможливості використання в ній як доказів «плівок Мельниченка»). Так, зокрема, на думку, судді Конституційного Суду В.І. Шишкіна, «особи, які не є носіями владних повноважень, а також особи, які хоча і є носіями владних повноважень, але до їхньої компетенції не належить здійснення оперативно-розшукової діяльності, можуть учиняти дії щодо збору інформації (право за ст. 34 Конституції України). Здобуті в результаті таких дій фактичні дані можуть бути сприйняті органами слідства і судом як допустимий доказ, особливо якщо вони додатково підтверджуються свідченнями під протокол безпосереднього отримувача такої інформації» [18].

Дещо оригінальною є *концепція «розбите дзеркало»*, сутність якої полягає в підході до оцінювання доказів із погляду не єдиного масиву інформації, що міститься в передбаченому законом джерелі, а щодо самостійних її блоків, кожен із яких пов'язаний єдиним змістом і підтверджує або спростовує одну чи декілька обставин, що підлягають доказуванню в



кримінальному провадженні (якщо дзеркало розбилося, то можна подивитися, що видно в кожній його частинці) [2, с. 55; 3, с. 45–46].

На думку прихильників цієї концепції, використання правил диференціації наслідків порушення порядку отримання доказів є правомірним лише у випадках, коли такі порушення стосуються не всього доказу, а лише окремого блоку. Зокрема, згідно з чинним законодавством (ст. 63 Конституції України, ст. 18 КПК України), громадяни звільнені від обов'язку давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом, але не від обов'язку давати такі показання та пояснення щодо інших осіб. В окремих же випадках у показаннях чи поясненнях свідка, не повідомленого про таку законодавчу норму, може мати місце й та інформація, яка стосується причетності його чи близьких родичів до вчиненого кримінального правопорушення, і та, яку він зобов'язаний надати правоохоронним органам у будь-якому разі. Відповідно до концепції «розбите дзеркало», недопустимими повинні бути визнані лише ті відомості й у тій частині, які стосуються тільки себе, членів сім'ї чи близьких родичів [2, с. 55; 3, с. 45–46]. Звичайно, така позиція вказаних науковців заслуговує на увагу. Однак вона не набула ні законодавчого регламентування, ні подальшого наукового осмислення, є досить складною в правозастосуванні. Більше того, наведений приклад можливого застосування концепції «розбите дзеркало» сьогодні прямо суперечить чинному кримінальному процесуальному законодавству (п. 4 ч. 2 ст. 87 КПК України).

Висновки. Підсумовуючи, варто відзначити, що, незважаючи на численні пропозиції щодо виділення тих чи інших концепцій визнання певної інформації недопустимою для доказування (концепцій визнання доказів недопустимими), ми вважаємо, що право на існування мають ті з них, які використовують диференційований підхід до наслідків порушень кримінального процесуального закону під час формування доказової основи правової позиції суб'єкта доказування (у процесі збирання доказів). Усі проаналізовані вище (за винятком концепції «нешадне виключення доказів» або «чай і чорнило») такими є, а тому заслуговують на подальше наукове дослідження, вдосконалення та законодавче унормування. Це, у свою чергу, сприятиме підвищенню ефективності кримінального провадження, виконанню його цілей і завдань, належному здійсненню кримінального процесуального доказування.

Список використаних джерел:

1. Крупницкая В.И. Гарантии использования при разбирательстве уголовных дел допустимых доказательств : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / В.И. Крупницкая. – Ростов н/Д, 2006. – 214 с.
2. Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе / В.В. Золотых. – Ростов-на-Дону : Феникс, 1999. – 288 с.
3. Филин Д. Дифференциация доказательственной информации / Д. Филин // Законность. – 2002. – № 2. – С. 45–46.
4. Трофіменко В. Проблема співвідношення кримінальної процесуальної форми і формалізму / В. Трофіменко // Вісник Акад. прав. наук : зб. наук. пр. / редкол.: В.Я. Тацій та ін. – Х. : Право, 2015. – № 4 (80). – С. 100–112.
5. Стоянов М.М. Властивості доказів у кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / М.М. Стоянов. – О., 2010. – 246 с.
6. Басай Н.М. Визнання доказів недопустимими в кримінальному процесі України: підстави, процесуальний порядок і правові наслідки : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Н.М. Басай. – О., 2012. – 264 с.
7. Юрчишин В.Д. Висновок експерта як джерело доказів у кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / В.Д. Юрчишин. – Івано-Франківськ, 2006. – 227 с.
8. Стецовский Ю.И. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту / Ю.И. Стецовский, А.М. Ларин. – М. : Юрид. лит., 1988. – 317 с.
9. Ларина Е.В. Признание доказательств недопустимыми в российском уголовном судопроизводстве (в стадии предварительного расследования) : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Е.В. Ларина. – М., 2005. – 220 с.



10. Толмосов В.И. Проблемы допустимости доказательств на досудебных стадиях российского уголовного процесса : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / В.И. Толмосов. – Самара, 2002. – 206 с.
11. Стуликов А.Н. Уголовно-процессуальные и криминалистические аспекты представления доказательств : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / А.Н. Стуликов. – Нижний Новгород, 2002. – 22 с.
12. Балакшин В. «Ассиметрия» правил оценки допустимости доказательств / В. Балакшин // Законность. – 2007. – № 3. – С. 2–5.
13. Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве / Н.М. Кипнис. – М. : Юристь, 1995. – 128 с.
14. Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе / Ю.К. Орлов. – М. : Юристь, 2009. – 176 с.
15. Шестакова С.Д. Допустимость доказательств в уголовном процессе России и США / С.Д. Шестакова // Уголовное право. – 2004. – № 3. – С. 100–102.
16. Николайчик В.М. Уголовное правосудие в США: научн. издание / В.М. Николайчик. – М. : Ин-т США и Канады РАН РФ, 1995. – 108 с.
17. Смирнов А.В. Решение вопроса о допустимости в качестве доказательств сведений, полученных с нарушением закона / А.В. Смирнов // Уголовный процесс. – 2009. – № 1. – С. 23–26.
18. Граждане имеют право собирать доказательства по уголовному делу – судья Конституционного Суда: Разъяснение судьи Шишкина // Интернет-издание «Дорожный контроль» (24.07.2015) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://roadcontrol.org.ua/node/2747>.

