Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 1 (116): 48–53
УДК: 343.1
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/1.116-10

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2020

С. Прилуцький, д-р юрид. наук, доц.
ORCID ID:0000-0002-5019-6975
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ІНСТИТУТ ВИКЛЮЧЕННЯ ІЗ ДОКАЗІВ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХНЬОГО РОЗВ'ЯЗАННЯ

Дослідження присвячене як теоретичним так і прикладним аспектам доказового судового права. Предметом цієї роботи є правовий інститут допустимості доказів у кримінальному процесі, а також юридичний механізм визнання доказів недопустимими.

Автор спирається на конституційний постулат (ч. 3 ст. 62 Конституції України) згідно з яким обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. На основі цього конституційного імперативу стверджується, що сторона обвинувачення не має права формувати обвинувачення та звертатися до суду з ним, якщо в обґрунтування такого обвинувачення покладено незаконні докази чи суб'єктивні здогадки. Акцентується увагу на тому, що суб'єкт, який формує кримінальне обвинувачення має оперувати юридичними доказами. Тим самим було виявлено юридичну суперечність між положеннями Конституції України та ч. 2 ст. 23 КПК України щодо правової природи доказів на досудовому розслідуванні.

Зважаючи на те, що згідно з вітчизняною законодавчою конструкцією фактичні дані повинні визнаватися доказами вже на стадії досудового розслідування, вбачається правовою необхідністю гарантувати особі право на справедливий суд, шляхом запровадження чіткого механізму перевірки фактичних даних на предмет їхньої допустимості на стадії досудового розслідування й зокрема, запровадити юридичний механізм виключення з доказів, як первинний процесуальний "фільтр". Автор обґрунтовує, що такий механізм повинен передбачати дієві інструменти самоконтролю та нейтралізації незаконних джерел фактичних даних як самими органами кримінального переслідування, так і судом, під час реалізації судового контролю за досудовим розслідуванням у процесі ухвалення ключових рішень щодо обмеження гарантованих прав і свобод особи.

Ключові слова: докази, обвинувачення, підозра, допустимість доказу, виключення з доказів.

ВСТУП. Вітчизняне кримінально-процесуальне законодавство досить детально регламентує такий правовий інститут, як допустимість доказів. Крім того, вітчизняна доктрина володіє досить ґрунтовними напрацюваннями у сфері доказового права, і зокрема, щодо визнання доказів недопустимими. Проте, практичний бік визнання доказової інформації як недопустимої, усунення таких даних із кола предмету оцінювання та відповідно формування об'єктивного судового розсуду, на мою думку, мають досить багато проблемних моментів. Неприхованою є і суперечність положень національного законодавства з існуючою практикою Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ чи Суд). У зв'язку з чим виникає ряд дискусійних питань щодо правового механізму визнання доказів недопустимими, на стадії досудового розслідування. Зокрема, *якщо у сторони обвинувачення відсутні законні докази, але наявні відомості отримані з порушенням закону, чи має вона право звертатися до суду з обвинуваченням на основі таких матеріалів*? *Чи повинні фактичні дані проходити процедуру попередньої перевірки на предмет законності, із метою виключення їх із ряду фактичних даних, які виносяться для оцінки суду*? *Чи впливають незаконні "докази", які були досліджені й оцінені судом під час судового розгляду, на об'єктивність судження й остаточного рішення суду*? *Чи повинна нести відповідальність сторона кримінального провадження, якщо вона свідомо оперує незаконними фактичними даними*? *Чи повинен бути у кримінальному процесі механізм усунення із доказів, і якщо так, то на яких стадіях він має діяти*? Пошук відповідей на ці та інші питання і став освою для цього дослідження.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ. Згідно з ч. 3 ст. 62 Конституції України встановлено, що ***обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях***. На основі цього конституційного імперативу можна стверджувати, що сторона обвинувачення не має права формувати обвинувачення та звертатися до суду з ним, якщо в обґрунтування такого обвинувачення покладено незаконні докази чи суб'єктивні здогадки. Варто також одразу акцентувати увагу, що згідно з конституційним положенням, суб'єкт, який формує обвинувачення має оперувати саме ***доказами*** у їхньому юридичному значенні, а не даними, відомостями, матеріалами тощо.

Свого часу Конституційний Суд України дав офіційне тлумачення цій (ч. 3 ст. 62) конституційній нормі. Мотивуючи своє рішення, орган конституційної юрисдикції встановив, що обвинувачення особи у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на доказах, одержаних унаслідок порушення або обмеження її конституційних прав і свобод, крім випадків, у яких Основний Закон України допускає такі обмеження. Визнаватися допустимими та використовуватися як докази у кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінально-процесуального закону. *Перевірка доказів на їхню допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі та ухвалення законного і справедливого рішення у справі*.

Аналіз положень ч. 3 ст. 62 Конституції України "обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом" дає підстави для висновку, що обвинувачення у вчиненні злочину не може бути обґрунтоване фактичними даними, одержаними в незаконний спосіб, а саме: *з порушенням конституційних прав і свобод людини і громадянина*; *з порушенням встановлених законом порядку, засобів, джерел отримання фактичних даних*; *не уповноваженою на те особою* тощо. Недотримання Конституції України та порушення особами, уповноваженими здійснювати оперативно-розшукову діяльність, вимог КПК, інших законів України у процесі одержання фактичних даних є підставою для визнання зібраних у такий спосіб доказів недопустимими.

Водночас, Конституційний Суд України виходив із того, що фактичні дані про скоєння злочину чи підготовку до нього можуть бути одержані не лише внаслідок оперативно-розшукової діяльності уповноважених на це

© Прилуцький С., 2021

осіб, а й випадково зафіксовані фізичними особами, які здійснювали власні (приватні) фото-, кіно-, відео-, звукозаписи, або відеокамерами спостереження, розташованими як у приміщеннях, так і ззовні.

Під час оцінювання на предмет допустимості як доказів у кримінальній справі фактичних даних, що містять інформацію про скоєння злочину чи підготовку до нього та подані в порядку, передбаченому КПК України, *необхідно враховувати ініціативний або ситуативний (випадковий) характер дій фізичних або юридичних осіб, їхню мету та цілеспрямованість під час фіксування зазначених даних*.

Отже, Конституційний Суд України вирішив, що подані будь-якою фізичною або юридичною особою речі або документи (фактичні дані) не відповідають вимогам допустимості доказів, якщо вони одержані з порушенням прав і основоположних свобод людини, закріплених в Конституції України, зокрема внаслідок цілеспрямованих дій із застосуванням оперативно-розшукових заходів.

Щодо суб'єктів одержання доказів у кримінальній справі внаслідок здійснення оперативно-розшукової діяльності положення першого речення ч. 3 ст. 62 Конституції України, варто розуміти так, що обвинувачення у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на фактичних даних, одержаних унаслідок оперативно-розшукової діяльності уповноваженою на те особою без дотримання конституційних положень або з порушенням порядку, встановленого законом, а також одержаних шляхом вчинення цілеспрямованих дій щодо їхнього збирання і фіксації із застосуванням заходів, передбачених Законом України "Про оперативно-розшукову діяльність", особою, не уповноваженою на здійснення такої діяльності [1].

Як бачимо, і пряма норма Основного Закону України і відповідна позиція органу конституційного судового контролю досить чітко розкривають імперативність положень щодо законності отримання доказів у межах кримінального переслідування.

Водночас, чинний КПК України (2012) встановлює досить чіткі критерії щодо допустимості доказів (ст. 86) і відповідно, їхньої недопустимості (ст. 87–88¹).

Проте судова практика ЄСПЛ, у питаннях допустимості доказів під час кримінального обвинувачення, має свої специфічні особливості, які досить складно узгоджуються із вітчизняним законодавством і доктриною кримінального процесуального права. Так, звернувшись до позицій ЄСПЛ із цього питання, можемо побачити наступне. У рішенні у справі "*Хан проти Об'єднаного Королівства*" (2000) судом було встановлено, що заявника засудили вироком, який ґрунтувався на доказі, який незаконно отримали за допомогою встановленого поліцією прихованого пристрою для підслуховування. Апеляційну скаргу пана Хана було відхилено на тій підставі, що хоча і мало місце незаконне втручання в його приватне життя, однак воно було обумовлено необхідністю доказування вчинення заявником тяжкого злочину.

Заявник стверджував, що його права, які закріплені у ст. 6, 8 і 13 Конвенції, було порушено.

Проаналізувавши обставини справи, суд встановив, що на момент прослуховування розмов заявника в Об'єднаному Королівстві не існувало законодавства, яке регулювало б питання використання прихованих пристроїв для підслуховування. Рекомендації Міністерства внутрішніх справ, які стосувались цих питань, не були нормативно обов'язковими. Крім того, офіційно вони не публікувалися, а отже, громадськість не знала про їхнє існування. Отже, суд дійшов висновку, що це втручання органів державної влади у здійснення заявником свого права на приватне і сімейне життя не було передбачено національним законодавством, як того вимагає ч. 2 ст. 8 Конвенції. Отже, мало місце порушення ст. 8 Конвенції.

Суд зауважив, що *розв'язання питань про допустимість доказів, зокрема незаконно отриманих, або про винність заявника виходить за межі його компетенції*. Більше того, виходячи зі своєї прецедентної практики, *суд не може дійти висновку про беззаперечну недопустимість доказів, отриманих незаконним шляхом*. Розглядаючи питання про те, чи був судовий розгляд щодо заявника справедливим у цілому, суд, поряд з іншими аспектами, звертав увагу і на *спосіб отримання доказів, на яких ґрунтувався обвинувальний вирок*. Із цього приводу *суд відзначив, що прослуховування й запис розмов заявника не суперечили нормам національного законодавства, хоча й порушували положення ст. 8 Конвенції*. Поряд із тим, *суд не міг не звернути увагу на той факт, що отримані записи були єдиним доказом проти заявника*. Водночас, *на думку суду, не було підстави піддавати сумніву достовірність записів, а отже, зменшувалась потреба підкріплювати цей доказ ще й іншими*. Крім того, як випливає з матеріалів справи, ***заявник мав широкі можливості оспорювати як достовірність записів, так і їхнє використання судом як доказ***. Заявник скористався своїми можливостями лише частково. Він оспорював законність використання записів як доказ під час провадження в судах першої та апеляційної інстанцій, а також у Палаті Лордів, ***однак не піддавав сумніву саму достовірність записів***. У кожному з цих судових органів обговорювалося питання законності судового розгляду справи заявника за умови визнання записів допустимим доказом, а також питання про те, якою мірою відсутність законодавчого регулювання застосування прихованих пристроїв для підслуховування впливає на розв'язання першого питання.

Отже, суд дійшов висновку, що вищезгадані ***національні суди***, наділені відповідно до ст. 78 Закону Про поліцію і докази у кримінальних справах, повноваженнями щодо вирішення питання про допустимість доказів, ***усвідомлювали небезпеку, яку може становити необґрунтоване визнання допустимими тих доказів, які отримано незаконним шляхом***. Беручи до уваги той факт, що суди Об'єднаного Королівства під час прийняття рішень враховували таку небезпеку поряд з іншими обставинами справи, ***Суд визнав, що використання в судовому процесі як доказів тих записів розмов заявника, які отримано шляхом таємного прослуховування, не суперечить вимогам, які висуваються ч. 1 ст. 6 Конвенції*** щодо справедливого судового розгляду [2].

Як можемо бачити по справі "*Хан проти Об'єднаного Королівства*" (2000) суд неприховано обійшов постулат законності у сфері кримінального судочинства, надавши перевагу практичній доцільності.

Ще однією яскравою ілюстрацією неоднозначного сприйняття допустимості доказів і використання їх у судовому процесі, може стати рішення ЄСПЛ у справі "*Свєтіна проти Словенії*" (2018). Так, згідно з обставинами цієї справи, Верховний суд Словенії визнав незаконність експертизи мобільного телефону заявника, проте визнав, що докази, які випливають із неї, все ж можуть бути використані в судовому процесі, оскільки "інформація ... була б неминуче виявлена". Тим самим, Верховний суд Словенії дещо поступився буквою закону, і між концепціями "*плодів отруєного дерева*" та "*неминучого виявлення*", пристав до останньої.

ЄСПЛ укотре вдався до гнучкої судової політики, зазначивши, що роль суду не в тому, щоб у принципі, визначити, чи можуть бути визнані допустимими конкретні

види доказів (наприклад, докази, отримані незаконно з погляду національного законодавства), або, встановити вину заявника. Питання, на яке необхідно відповісти, полягає в тому, чи був справедливим судовий розгляд у цілому, включаючи спосіб отримання доказів. Це передбачає розгляд питання "незаконності" і – у тих випадках, коли йдеться про порушення іншого права, гарантованого Конвенцією, – характеру виявленого порушення (див. "*Биков проти Росії*" (2009), і "*Праде проти Німеччини*" (2016)).

Суд вважає, що у процесі визначення справедливості розгляду в цілому слід враховувати, чи було забезпечено право на захист. Зокрема, необхідно встановити, чи була в заявника можливість оскаржувати достовірність доказів і опротестовувати їх використання. Крім того, необхідно враховувати якість доказів, зокрема, чи не викликають сумніви у їхній достовірності або точності ті обставини, за яких вони були отримані. Хоча проблема справедливості не обов'язково виникає там, де отримані докази не підкріплені іншими матеріалами, треба зазначити, що у випадках, коли докази є досить вагомими й немає ризику щодо їхньої недостовірності, потреба у підтверджуючих доказах, відповідно, є меншою.

Обґрунтовуючи свою позицію рядом інших аргументів, Суд дійшов висновку, що порушення § 1 ст. 6 Конвенції не було [3].

На мій погляд небезпечність цієї позиції ЄСПЛ полягає в тому, що в такий спосіб відбувся крок до "освячення" права держави використовувати незаконні докази, що в подальшому може стати інструментом для національних судів і правоохоронців у виправданні свого беззаконня. На жаль суд оминув своєю увагою те, що саме дотримання законності слідчих дій у процесі збирання доказів є однією із ключових гарантій захисту прав особи, яка обвинувачується у скоєнні злочину. Водночас Суд трактуючи право на справедливий судовий захист досить однобоко підійшов до презумпції невинуватості та ідеї змагальності у кримінальному процесі.

Вбачається, що в цій справі більшої уваги заслуговує окрема думка судді Пінто де Альбукерке, який зазначив: "*Я вважаю, що суд повинен скористатися цією можливістю, і заявити, що доктрина "неминучого виявлення" несумісна з Конвенцією і прецедентною практикою суду. У принципі, обвинувальний вирок не повинен ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним засобами, зокрема в спосіб, який порушує права за Конвенцією, як це сталося в цій справі. Ні незаконні первинні докази, ні сумнівні вторинні докази не можуть бути просто збережені, із припущенням, що вони неминуче були б виявлені. У справі Гефгене Суд виклав єдино можливі винятки із правила про неприйняття доказів, отриманих незаконним шляхом, які застосовні відповідно до Конвенції. З одного боку, суд визнав докази "забезпечені незалежно" від незаконно отриманих доказів. Із іншого – суд стверджував, що допускається прийняття доказів, якщо "стався розрив причинно-наслідкового ланцюга, що веде від заборонених методів розслідування до засудження і обвинувального вироку щодо заявника". Ці ситуації відповідають тому, що в американській доктрині називають "незалежне джерело" і "очищена пляма". Я вважаю, що цей стан судової практики суду має бути збережено, і ніякі нові винятки не повинні додаватися до правила про неприйняття доказів, отриманих незаконним шляхом.*

Прагнення до правосуддя, особливо до кримінального правосуддя, не виправдовує використання будь-яких засобів, таких як примус до визнання. Обґрунтовуючи використання незаконних засобів для досягнення бажаних каральних цілей, доктрина "неминучого виявлення" не виправдовує гарантій Конвенції, якою так дорожать європейські громадяни. Гірше того, цей вигідний законний спосіб обходу правила про недопустимість доказів, отриманих незаконним шляхом, відкриває лазівки для всіх видів державних неправомірних дій на підставі практично недосяжних і практично необмежених гіпотетичних доводів. Доктрина "неминучого виявлення" застосовується незалежно від того, наскільки кричущим може бути порушення прав обвинуваченого, оскільки тип і ступінь державної неправомірної поведінки ніяк не пов'язані з визначенням "неминучості". На мій погляд, дивлячись в очі очевидним небезпекам, притаманним цій доктрині, суд повинен уважно прислухатися до думки судді Стівенса у справі Нікса: *"Більшість посилається на "соціальні витрати" від виключення доказів ... На мій погляд, більш значні витрати будуть від того, що буде нав'язуватися суспільству співробітниками поліції, які вирішать "зрізати кути" під час процедур, замість дотримання закону"*" [3].

Вочевидь, національне законодавство суттєво розходиться з існуючими позиціями та підходом до вирішення питань щодо законної сили доказів, яке формулює ЄСПЛ.

Водночас, вимушений констатувати, що у вітчизняному законодавстві та правовій доктрині існує певна суперечність і неузгодженість із питань правової природи доказів якими оперують під час досудового розслідування. Як вже зазначалось на початку цієї статті, конституційним імперативом (ч. 3 ст. 62) є те, що в основу кримінального обвинувачення мають покладатися ***докази***. Тому, уже на досудовому розслідуванні учасники кримінального провадження мають оперувати доказами, а не чимось іншим.

Проте, згідно з ч. 2 ст. 23 КПК України встановлено, що не можуть бути визнані доказами відомості, які містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених КПК України.

Із такої позиції законодавця доказом у кримінальному провадженні мають визнаватись лише ті відомості, які були безпосередньо досліджені судом.

Чи досліджуються докази судом на стадії досудового розслідування? Видається, що так. Варто зазначити, що кримінально-процесуальна репресія (примус) може бути застосована до особи, ще до моменту застосування кримінально-правової відповідальності та покарання, тобто до моменту встановлення факту злочину та винуватості особи, у його вчиненні. Основою допустимості кримінально-процесуальної репресії (примусу), крім іншого, є стандарт обґрунтованої підозри, який не так давно визнала Україна. Як справедливо з цього приводу зазначає Г. Р. Крет, обґрунтована підозра є припущенням про причетність особи до вчинення кримінального правопорушення, засноване на наявних у кримінальному провадженні доказах і сформоване на рівні, необхідному для ухвалення відповідного процесуального рішення.

Термін "обґрунтована підозра" використовується вітчизняним законодавцем у кримінальному процесуальному законі для позначення необхідної умови: 1) ухвалення рішення про застосування заходів забезпечення кримінального провадження (п. 1 ч. 3 ст. 132 КПК України); 2) вжиття уповноваженою службовою особою, що здійснила затримання, слідчим, слідчим суддею ряду процесуальних дій, спрямованих на забезпечення прав затриманої особи (ч. 2, 6 і 7 ст. 206,

ч. 3 ст. 210 і ч. 1 ст. 213 КПК України); 3) звернення прокурора до слідчого судді з клопотанням про дозвіл на проведення моніторингу банківських рахунків як негласної слідчої (розшукової) дії (ч. 1 ст. 269-1 КПК України); 4) здійснення повідомлення про підозру (ч. 1 ст. 276 КПК України) [4, с. 362]. Згідно зі ст. 194 КПК України судова перевірка законності кримінального переслідування відбувається під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу, коли слідчий суддя, суд будучи зобов'язані встановити, чи доводять надані сторонами кримінального провадження ***докази*** обставини, які свідчать про: 1) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; 2) наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 КПК України, і на які вказує слідчий, прокурор; 3) недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні.

Водночас, згідно з ч. 3 ст. 17 КПК України встановлено, що підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на ***доказах***, отриманих незаконним шляхом.

Зміст категорії "обвинувачення" розкривається у п. 13 ст. 3 КПК України, де зазначається, що обвинувачення – це твердження про вчинення певною особою діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, висунуте в порядку, встановленому КПК України. Згідно з існуючим кримінально-процесуальним порядком (ст. 276–279 КПК України) формальним моментом початку обвинувачення особи у вчиненні кримінального правопорушення слід вважати повідомлення особі про підозру. Тим самим, на момент повідомлення особі про підозру, суб'єкти (органи) кримінального переслідування повинні володіти доказами, які підтверджують висунуту підозру, і ці докази повинні бути законними та відповідати критеріям допустимості. Оскільки повідомлення про підозру є однією із юридичних форм обвинувачення, то таке обвинувачення не повинно ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. У цьому контексті постає логічне питання, на які органи (суб'єкти) покладено обов'язок забезпечувати законність доказів обвинувачення, та у який процесуальний спосіб він має це здійснювати під час досудового розслідування?

Шукаючи відповідь на поставлене питання, варто зазначити таке. Згідно з ч. 2 ст. 6 КПК України прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язаний всебічно, повно й неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та *забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень*. Отже, забезпечення законності обвинувачення в рівній мірі є обов'язком як слідчого, так і прокурора з керівником органу досудового розслідування. Вважаю, що під час допущення (виявлення) помилок чи порушень у ході збирання доказів, уповноважений суб'єкт процесуальним шляхом має усунути допущені помилки, а за неможливості усунення порушень закону має визнати отримані фактичні дані недопустимими. Вважаю, що слідчий (прокурор) у випадку встановлення недопустимості отриманого доказу, зобов'язані прийняти процесуальне рішення (постанову), про визнання таких фактичних даних як недопустимих. Отже має відбуватися процедура виключення (усунення) із доказів фактичних даних, які суперечать критерію їхньої законної сили – допустимості.

Натомість Я. П. Зейкан вважає, що суд є єдиним суб'єктом визнання фактичних даних недопустимими як докази із винесенням відповідного процесуального рішення [5, с. 98]. Також, як стверджує А. В. Панова, згідно норм КПК, що регулюють порядок визнання фактичних даних недопустимими як докази, єдиним суб'єктом, до компетенції якого належить розв'язання цього питання, є суд, який здійснює судовий розгляд кримінального провадження. Водночас суд розв'язує вказане питання як за клопотанням сторін, так і за власною ініціативою. Слідчий, прокурор, слідчий суддя здійснюють оцінку фактичних даних під час досудового розслідування, результати якої являють підстави прийняття відповідних процесуальних рішень у кримінальному провадженні. Утім, у жодному разі ці суб'єкти не уповноважені законом приймати рішення про визнання фактичних даних недопустимими як докази [6, с. 215].

Справді, вітчизняне кримінально-процесуальне законодавство покладає головну роль щодо критичної оцінки доказів на предмет їхньої допустимості на суд. Проте, у законності зібраних (отриманих) доказів передусім зацікавлена сторона, яка ними оперує, і на які посилатиметься під час відстоювання своєї позиції, зокрема, обвинувачення в суді. Тому усунення "недоброякісних" доказів (матеріалів) – це не лише диспозитивне право прокурора, але і його службовий обов'язок (ч. 2 ст. 9 КПК). Прокурор не має права і не повинен подавати до суду докази (матеріали) у законності яких він сумнівається, або не вірить. Більш того, обвинувачення, яке будуватиметься на "плодах отруєного дерева" в правовій державі має бути приреченим. Якщо ж сторона обвинувачення умисно оперуватиме незаконно отриманими доказами, то такі дії, на мою думку, можуть розцінюватись як ознака злочину, відповідальність за який передбачена ст. 372 КК України (притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності). Варто нагадати, що кваліфікуючою ознакою цього правопорушення є штучне створення доказів обвинувачення або інша фальсифікація (ч. 2 ст. 372 КК України).

Вважаю, що положення чинного КПК України потребують уточнення щодо повноважень слідчого, детектива, керівника органу досудового розслідування, а також прокурора, слідчого судді в питаннях повноважень і процесуального порядку усунення (виключення) із доказів фактичних даних, які не відповідають критерію допустимості. Зокрема, ч. 2 ст. 36 КПК України варто доповнити окремим положенням, згідно з яким прокурор буде уповноважений приймати рішення про визнання недопустимими матеріалів, які містять фактичні дані, і виключення їх із доказів.

Відкритим вбачається й питання щодо участі слідчого судді (суду) у перевірці законності доказів, отриманих на досудовому розслідуванні, як складової механізму судового контролю.

Вбачається, що під час досудового розслідування слідчий суддя (суд), ухвалюючи рішення, які пов'язані з обмеженням конституційних прав і свобод особи, і зокрема, встановлюючи обґрунтованість підозри щодо особи, під час ухвалення таких рішень повинен керуватися законними доказами, а не гіпотезами слідчого чи прокурора тощо. Встановивши ж порушення закону у процесі отримання фактичних даних, які допустила сторона обвинувачення і якими вона обґрунтовує свої клопотання, слідчий суддя мав би давати їм первинну судову оцінку на предмет їхньої законності та допус-

тимості, а відповідно й можливості подальшого використання у провадженні.

Для прикладу, у кримінально-процесуальному законодавстві Російської Федерації існує самостійний процесуальний механізм виключення з доказів не лише під час судового провадження, але й на стадії попереднього розслідування. Так, згідно зі ст. 88 КПК РФ встановлено правила оцінки доказів, які передбачають, що прокурор, слідчий, а також дізнавач мають право визнавати докази недопустимими за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого чи за власною ініціативою. Водночас доказ, який буде визнано недопустимим, не підлягає включенню в обвинувальний висновок, обвинувальний акт чи обвинувальну постанову.

Водночас, суд наділений правом визнавати докази недопустимими за клопотанням сторін чи за власною ініціативою в порядку, встановленому ст.ст. 234 і 235 КПК РФ під час попереднього слухання.

Як зазначає О. О. Зубарєв, "суб'єкти правозастосування повинні прагнути нейтралізувати будь-який вплив недопустимого доказу на учасників кримінального судочинства. У цьому відношенні законодавцю потрібно детально опрацювати питання про можливість вилучення з кримінальної справи докази, які були визнані недопустимими, із метою недопущення їхнього впливу на суддю у процесі ознайомлення з матеріалами кримінального провадження. Науковець вважає, що натепер момент існує необхідність вказати у ч. 2 ст. 88 КПК РФ на обов'язок суду, прокурора, слідчого, дізнавача із вжиття заходів для нейтралізації впливу недопустимих доказів на подальше провадження у кримінальній справі" [7, с. 23].

На думку Р. В. Костенка, клопотання про виключення доказу, отриманого з порушенням процесуального закону, має розглядатись і розв'язуватися безпосередньо після його подачі. Згідно зі ст. 121 КПК РФ у випадках, коли прийняти негайне рішення за клопотанням (заявою) під час попереднього розслідування неможливо, воно повинно бути розв'язане не пізніше трьох діб із дня його подачі.

За власною ініціативою слідчий (дізнавач) може визнати доказ недопустимим під час його перевірки й оцінки. Слідчий (дізнавач) перевіряє й оцінює допустимість доказів у декількох випадках. По-перше, під час безпосереднього їхнього отримання, тобто в ході збирання доказів шляхом слідчих чи інших процесуальних дій. По-друге, у ході прийняття слідчим (дізнавачем) процесуальних рішень у кримінальній справі, для обґрунтування яких виступають конкретні докази. Такими рішеннями, які може винести слідчий (дізнавач), є обвинувальний акт, обвинувальна постанова, а також постанова про припинення кримінальної справи або припинення кримінального переслідування. Ці рішення повинні ґрунтуватись на допустимих доказах. Тому ч. 3 ст. 88 КПК РФ передбачає, що доказ, визнаний неприпустимим, не підлягає включенню до обвинувального висновку, обвинувального акту або обвинувальної постанови. Проте в цій нормі законодавець, на думку Р. В. Костенка, необґрунтовано обмежився тільки названими видами рішень. Учений вважає, що у випадку визнання доказів недопустимими, вони не повинні включатися у всі основні процесуальні рішення під час попереднього розслідування. Інший висновок буде означати, що перевірка й оцінка допустимості доказів на попередньому розслідуванні відбуваються лише під час винесення обвинувального висновку, обвинувального акта або обвинувальної постанови. По-третє, слідчий (дізнавач) зобов'язаний перевірити й оцінити законність отримання доказів під час прийняття кримінальної справи до свого провадження в тому випадку, коли у кримінальній справі збиралися докази іншими особами, у провадженні яких перебувала кримінальна справа. [8, с. 114–115].

Як уточнює з цього питання Ю. О. Кожевнікова, у клопотанні повинно міститися: 1) назва доказу з номерами аркушів справи; 2) конкретна підстава згідно зі ст. 75 КПК РФ для визнання його недопустимим; 3) якщо підставою є порушення закону, то конкретні вимоги конкретних статей Кодексу (Конституції РФ, інших правових актів), які порушені; якщо підстава інша, то підтвердження зв'язку між "плодами" і "отруєним деревом", або підтвердження невідомості походження оспорюваного доказу, або підтвердження незначної доказової цінності матеріалу, порівняно з небезпекою упередженості присяжних тощо; у будь-якому випадку можливе долучення додаткових доказів; 4) оцінка суттєвості допущених порушень; 5) висновок про необхідність виключити доказ із метою винесення законного, обґрунтованого і справедливого вироку (іншого рішення) з цієї кримінальної справи [9, с. 173–174].

Зважаючи на те, що згідно з вітчизняною конституційною конструкцією фактичні дані повинні визнаватися доказами вже на стадії досудового розслідування, вбачається необхідністю в гарантуванні права особи на справедливий суд, запровадження чіткого механізму оцінки фактичних даних на предмет їхньої допустимості на стадії досудового розслідування й зокрема, запровадити інститут виключення з доказів. Такий механізм повинен передбачати дієві інструменти самоконтролю та нейтралізації незаконних джерел фактичних даних як самими органами кримінального переслідування, так і судом, під час реалізації судового контролю за досудовим розслідуванням у процесі ухвалення ключових рішень щодо обмеження гарантованих прав і свобод особи.

Список використаної літератури

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 // Вісн. Конституційного Суду України. – 2011. – № 6. – С. 155.
2. "Справа Хан проти Об'єднаного Королівства" [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_020 (дата звернення 22.01.21)
3. Справа "Свєтіна проти Словенії". [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://napu.com.ua/wp-content/uploads/2018/08/SVETINA-proti-Sloveniyi.pdf (дата звернення 23.12.20)
4. Крет Г. Р. Міжнародні стандарти доказування у кримінальному процесі України: теоретико-правові та практичні основи : монографія / Г. Р. Крет. – Калуш : Петраш К.Т., 2020.
5. Зейкан Я. П. Про недопустимі докази / Я. П. Зейкан. – Х. : Фактор, 2019. – С. 128.
6. Панова А. В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні : монографія / А. В. Панова. – Х. : Право, 2017.
7. Зубарев А. А. Правовые последствия признания доказательств недопустимыми в уголовном процессе : автореф. дис. … канд. юрид. наук А. А. Зубарев. – М., 2010.
8. Костенко Р. В. Исключение доказательств, полученных с нарушением требований УПК РФ, в ходе досудебного производства по уголовным делам / Р. В. Костенко // Общество и право. – 2016. – № 3(57). – С. 113–117.
9. Кожевникова Ю. А. Исключение недопустимых доказательств из разбирательства уголовного дела : дис. … канд. юрид. наук / Ю. А. Кожевникова. – Воронеж, 2005.

References

1. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Sluzhby bezpeky Ukrainy shchodo ofitsiinoho tlumachennia polozhennia chastyny tretoi statti 62 [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional petition of the Security Service of Ukraine regarding the official interpretation of the provisions of part three of Article 62] (2011). *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy* [Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine], (6), 155 (in Ukrainian).

2. Sprava Khan proty Obiednanoho Korolivstva [The case of Khan v. The United Kingdom]. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_020 in Ukrainian).
3. Sprava Svietina proty Slovenii [The case of Svetina v. Slovenia]. http://napu.com.ua/wp-content/uploads/2018/08/SVETINA-proti-Sloveniyi.pdf (in Ukrainian).
4. Kret, H.R. (2020) *Mizhnarodni standarty dokazuvannia u kryminalnomu protsesi Ukrainy* [International standards of proof in the criminal process of Ukraine: theoretical, legal and practical foundations]. Kalush: Petrash K.T. (in Ukrainian).
5. Zeikan, Ya.P. (2019) *Pro nedopustymi dokazy* [On inadmissible evidence]. Kh.: Faktor, (in Ukrainian).
6. Panova, A.V. (2017) *Vyznannia dokaziv nedopustymymy u kryminalnomu provadzhenni* [Recognition of evidence inadmissible in criminal proceedings]. Kh.: Pravo (in Ukrainian).
7. Zubarev, A.A. (2010) Pravovыe posledstvyia pryznanyia dokazatelstv nedopustymыmy v uholovnom protsesse [Legal consequences of recognition of evidence inadmissible in criminal proceedings] [avtoref. dys. kand. yuryd. nauk]. M. (in Russian).
8. Kostenko, R. V. (2016) Yskliuchenye dokazatelstv, poluchennыkh s narushenyem trebovanyi UPK RF, v khode dosudebnoho proyzvodstva po uholovnым delam []. Obshchestvo y pravo [], (3 (57), 113-117 (in Russian).
9. Kozhevnykova, Yu.A. (2005) Yskliuchenye nedopustymыkh dokazatelstv yz razbyratelstva uholovnoho dela [Exclusion of inadmissible evidence from criminal proceedings] [dys. kand. yuryd. nauk]. Voronezh (in Russian).

Received: 05/01/2021
1st revision: 30/01/2021
Accepted: 10/02/2021

S. Prylutskyi, Dr of Law, Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

INSTITUTE OF EXCLUSION FROM EVIDENCE AT THE STAGE OF PRE-TRIAL INVESTIGATION: CURRENT PROBLEMS AND WAYS TO SOLVE THEM

The study focuses on both theoretical and applied aspects of evidentiary law. The subject of this study is the legal institution of admissibility of evidence in criminal proceedings, as well as the legal mechanism for declaring evidence inadmissible.

The author relies on the constitutional postulate (Part 3 of Article 62 of the Constitution of Ukraine) according to which the accusation cannot be based on evidence obtained illegally, as well as on assumptions. Based on this constitutional imperative, it is stated that the prosecution has no right to form charges and go to court if the accusation is based on illegal evidence or subjective assumptions, and emphasizes that the subject who forms the prosecution must operate on legal evidence. Thus, a legal contradiction is revealed between the provisions of the Constitution of Ukraine and Part 2 of Article 23 of the CPC of Ukraine regarding the legal nature of evidence in the pre-trial investigation.

Given that according to the domestic legal structure, factual data must be recognized as evidence at the stage of pre-trial investigation, there is a legal need to guarantee the right of a person to a fair trial, the introduction of a clear mechanism for verifying factual data for admissibility at the stage of pre-trial investigation. The author argues that such a mechanism should provide effective tools for self-control and neutralization of illegal sources of factual data by both the prosecuting authorities and the court, during the implementation of judicial control over pre-trial investigation in making key decisions to restrict guaranteed rights and freedoms.

Keywords: evidence, accusation, suspicion, admissibility of evidence, exclusion from evidence.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv. Legal Studies, 2021; 1 (116): 53–57
УДК: 347.9
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/1.116-11

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv, Publishing center "Kyiv University", 2020

О. Снідевич, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-4255-3194
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ЗАХОДИ ПРИМУСОВОГО ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ЯК ПРОЯВ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ ВИКОНАВЧОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ

Присвячено аналізу поняття заходів примусового виконання рішень як прояву диференціації виконавчої процесуальної форми.

Обумовлено, що виконавча процесуальна форма під час виконання судових рішень і рішень інших органів не є єдиною для всіх виконавчих проваджень. Виконавець та інші учасники виконавчого провадження вчиняють у виконавчому провадженні різні за своєю зовнішньою формою та спрямування дії. Висловлено припущення, що у виконавчому процесі визначені законодавством про виконавче провадження заходи примусового виконання рішень є найбільш яскравим проявом диференціації виконавчої процесуальної форми.

У правовій науці поняття заходів примусового виконання рішень є дискусійним. Автор виокремлює в науці три підходи до розуміння цього поняття, які називає матеріально-правовим, матеріально-процесуальним і процесуальним.

Згідно з матеріально-правовим підходом заходи примусового виконання рішень є санкцією за невиконання зобов'язання. Згідно з матеріально-процесуальним підходом заходи примусового виконання рішень є засобами реалізації санкцій. Згідно з процесуальним підходом заходи примусового виконання рішень розглядаються як сукупність процесуальних дій на виконання рішення. Зроблено висновок, що кожен із зазначених підходів є обґрунтованим та усі вони в сукупності характеризують заходи примусового виконання рішень як багатоаспектне явище. Зосереджено увагу на більш детальному аналізі заходів примусового виконання рішень у процесуальному значенні.

Обґрунтовано, що заходи примусового виконання рішень є категорією, що диференціює виконавчу процесуальну форму. Ці заходи – це певна процесуальна модель виконання, певна сукупність процесуальних дій щодо виконання тих чи інших видів рішень. Кожен із виконавчих документів повинен виконуватися в межах визначеного заходу примусового виконання рішень.

За наслідками дослідження сформульовано авторське визначення заходів примусового виконання рішень.

Ключові слова: виконавче провадження, виконавча процесуальна форма, виконавчий процес, способи захисту прав, виконавець, виконавчий документ, заходи примусового виконання рішень.

ВСТУП. Поняття заходів примусового виконання рішень у правовій науці є дискусійним. Заходи примусового виконання рішень є багатоаспектним поняттям, а тому досліджуються і в матеріально-правовому, і у процесуальному аспектах. У зв'язку з цим, висловлюються й різні підходи до розуміння цієї категорії виконавчого процесу.

Окремі дослідження щодо з'ясування сутності поняття "заходи примусового виконання рішень" здійснювали М. М. Агарков, Ю. В. Білоусов, І. В. Бондар, П. П. Заворотько, І. І. Зеленкова, Л. С. Малярчук, М. П. Омельченко, О. С. Снідевич, С. Я. Фурса, М. Й. Штефан, С. В. Щербак та інші. Однак, комплексно поняття

© Снідевич О., 2021