

Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого

А. В. Панова

**ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ
НЕДОПУСТИМИМИ
У КРИМІНАЛЬНОМУ
ПРОВАДЖЕННІ**

Монографія

Харків
«Право»
2017

УДК 343.13(477)
ББК 67.9(4УКР)311
П16

*Рекомендовано до друку рішенням вченої ради
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(протокол № 12 від 21 квітня 2017 р.)*

Рецензенти:

М. А. Погорецький – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка, заслужений діяч науки і техніки України;

О. М. Толочко – кандидат юридичних наук, професор, перший проректор Національної академії прокуратури України, заслужений юрист України

Панова А. В.

П16 Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні :
монографія / А. В. Панова. – Харків : Право, 2017. – 256 с.

ISBN 978-966-937-201-7

У роботі досліджено актуальні питання теорії і практики визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні. Зокрема, підстави, процесуальний порядок та правові наслідки визнання доказів недопустимими. Проаналізовані правові позиції Європейського суду з прав людини, а також зроблено узагальнення правозастосовної практики щодо підстав, порядку та правових наслідків визнання доказів недопустимими. Здійснено порівняльно-правове дослідження процесуального порядку визнання доказів недопустимими, сформульовано низку науково обґрунтованих висновків та пропозицій, спрямованих на удосконалення його чинного правового регулювання.

Для науковців, викладачів, практичних працівників, студентів вищих навчальних закладів.

**УДК 343.13(477)
ББК 67.9(4УКР)311**

ISBN 978-966-937-201-7

© Панова А. В., 2017
© Видавництво «Право», 2017

Перелік умовних позначень

ВС США	– Верховний суд Сполучених Штатів Америки
ВС ФРН	– Верховний суд Федеративної Республіки Німеччина
ВССУ	– Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ
ВСУ	– Верховний Суд України
ЄКПТ	– Європейський комітет з попередження тортур і нелюдського або принижуючого гідність поводження чи покарання
ЄРДР	– Єдиний реєстр досудових розслідувань
ЄСПЛ	– Європейський суд з прав людини
ЗУ	– Закон України
Інструкція про проведення НС(Р)Д	– Інструкція «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні», затверджена наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України 114/1042/516/1199/936/1687/5
КЗПЛ	– Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
КК	– Кримінальний кодекс України
КПК	– Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 року; Кримінально-процесуальний кодекс (із назвою країни)
КПК 1960 р.	– Кримінально-процесуальний кодекс України 1960 року
КРФ	– Конституція Російської Федерації
МПГПШ	– Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
НС(Р)Д	– негласні слідчі (розшукові) дії
ПВС РФ	– Пленум Верховного суду Російської Федерації
ППВСУ	– постанова Пленуму Верховного Суду України
РМ	– Республіка Молдова
РФ	– Російська Федерація
С(Р)Д	– слідчі (розшукові) дії
ФРН	– Федеративна Республіка Німеччина

Передмова

З прийняттям Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. (далі – КПК) нормативне закріплення отримали багато правових інститутів, які мають багаторічну історію доктринальної розробки, проте до 2012 р. не набули власної нормативної форми. Зокрема, істотно змінилися підходи до розуміння доказів і доказування у кримінальному провадженні, що зумовлено впровадженням європейських стандартів захисту прав людини та новелізацією нормативного змісту і розширенням сфери дії таких засад кримінального судочинства, як змагальність і безпосередність. У зв'язку з цим уперше отримали нормативне закріплення інститут допустимості доказів, а також положення, які стосуються підстав і порядку визнання фактичних даних недопустимими для використання у доказуванні, що в сукупності утворюють зміст окремого правового інституту.

Новизна нормативного забезпечення визнання фактичних даних недопустимими як докази обумовлює необхідність ґрунтовної наукової розробки цієї проблеми, що, з огляду на її наявне висвітлення у науці кримінального процесу, є недостатнім. Зазначене спонукало до вирішення наукового завдання, зміст якого полягає в отриманні нових результатів у вигляді наукових висновків щодо характеристики інституту визнання фактичних даних недопустимими як докази, підстав і порядку прийняття відповідного процесуального рішення, а також вирішення теоретичних і практичних питань, пов'язаних із удосконаленням нормативної моделі вказаного інституту та правозастосування у цій сфері. Це викликало необхідність проведення комплексного дослідження, визначило його основні напрями та зумовило вибір теми монографії.

Розгляд питань доказового права є неможливим без звернення до вагшого спадку, який залишили видатні вчені минулого І. Бентам, С. І. Вікторський, Л. Є. Владимиров, М. В. Духовський, О. А. Квачевський, А. Ф. Коні, В. К. Случевський, Дж. Стіфен, С. Д. Спасович, Д. Г. Тальберг, І. Я. Фойницький та інші процесуалісти дореволюційного періоду.

У радянські часи спостерігалось посилення наукового інтересу до цієї проблематики, яка склала основу досліджень Г. Ф. Горського, М. М. Гродзинського, В. Я. Дорохова, М. В. Жогіна, В. В. Зажицького, В. В. Золотих, П. С. Елькінд, Н. М. Кіпніса, Л. Д. Кокорева, П. А. Лупинської, І. Л. Петрухіна, М. М. Михеєнка, В. М. Савицького, Н. В. Сибільової, М. С. Строговиця, О. І. Трусова, С. А. Шейфера, М. Л. Якуба та інших видатних представників науки кримінального процесу.

Сучасна концепція допустимості фактичних даних як доказів у кримінальному провадженні, а також підстави, процесуальний порядок та наслідки визнання їх недопустимими розробляються у роботах П. П. Андрушка, О. С. Александрова, В. І. Баєва, В. С. Балакшина, Н. М. Басай, В. В. Вапнярчука, А. А. Васяєва, М. А. Верещагіної, В. П. Гмирка, Ю. М. Грошевого, Е. А. Долі, В. А. Журавля, Я. П. Зейкана, А. А. Зубарєва, О. В. Капліної, В. О. Коновалової, С. В. Некрасова, В. А. Лазаревої, О. В. Литвина, Л. М. Лобойка, Ю. К. Орлова, М. А. Погорецького, С. В. Прилуцького, Д. Б. Сергєєвої, Н. В. Сизої, С. М. Стахівського, М. М. Стоянова, К. І. Сутягіна, В. В. Терьохіна, О. М. Толочка, В. В. Тютюнника, Д. В. Філіна, В. Ю. Шепітька, М. Є. Шумила, Г. І. Юдківської та інших учених.

Незважаючи на наявність значної кількості наукових праць, які тією чи іншою мірою стосуються заявленої проблематики, ця робота є однією із перших в Україні, в якій комплексно досліджено проблему визнання фактичних даних недопустимими як докази та сформульовано висновки, що ґрунтуються на аналізі практики застосування КПК.

Автор висловлює безмежну вдячність і глибоку повагу своєму науковому керівникові, заслуженому діячу науки і техніки України, доктору юридичних наук, професору, члену-кореспонденту Національної академії правових наук України, завідувачу кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Ользі Георгіївні Шило – за спрямування

творчого пошуку, справедливу критику, всебічну допомогу та постійну підтримку під час написання цієї роботи.

Окремі слова вдячності колективам кафедр кримінального процесу і кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого за цінні поради та допомогу у написанні цієї роботи.

Автор щиро вдячна за доброзичливе ставлення та конструктивні зауваження вельмишановним рецензентам монографії – заслуженому діячу науки і техніки України, доктору юридичних наук, професору Київського національного університету імені Тараса Шевченка, завідувачу кафедри правосуддя Миколі Анатолійовичу Погорецькому, заслуженому юристу України, кандидату юридичних наук, професору, першому проректору Національної академії прокуратури України Олександрю Миколайовичу Толочку.

Особливі слова подяки висловлюю своїй дорогій родині – за постійну підтримку, розуміння, терпіння та любов, без допомоги якої ця робота навряд чи побачила б світ.

Розділ 1

Визнання фактичних даних недопустимими як докази як інститут кримінального процесуального права України

1.1. Категорії «докази» і «допустимість доказу» у кримінальному процесуальному праві України

На сучасному етапі розвитку кримінального процесуального законодавства України нормативне закріплення отримали правові інститути, які мають багаторічну історію доктринальної розробки, проте до прийняття КПК не набули власної нормативної форми. Зокрема, у ст. 86 КПК законодавець вперше надав легальну дефініцію допустимості доказу, зазначивши, що доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Відповідно до ч. 2 цієї ж статті недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посылатися суд при ухваленні судового рішення¹.

Законодавче закріплення положень щодо допустимості доказів та визнання їх недопустимими є гарантією забезпечення конституційних

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: станом на 16 січ. 2017 р.: відповідає офіц. тексту. Харків: Право, 2017. 386 с.

прав, свобод і законних інтересів кожного учасника кримінального провадження, їх захисту від неправомірних дій і зловживання владою особами, які здійснюють кримінальне провадження, дотримання належної процедури та ухвалення законного, обґрунтованого і справедливого рішення суду. Як слушно зазначає В. В. Терьохін, інститут допустимості – це, по суті, ключовий елемент соціального договору між владою і суспільством, тому допустимість слід розглядати як баланс між публічними і приватними інтересами у питанні застосованих засобів кримінального переслідування і захисту від нього, як компроміс між владою і соціумом у питанні умов, за яких допускається обмеження конституційних прав і свобод громадян¹.

Вихідне значення для дослідження сутності інституту визнання фактичних даних недопустимими як докази мають категорії «доказ» та «допустимість доказу». Це обумовлює необхідність звернення до їх аналізу, що має здійснюватися, виходячи із чинного законодавства України, у якому знайшла закріплення змагальна парадигма кримінального процесуального доказування та сучасні доктринальні позиції з цього питання.

Перш за все, слід констатувати істотну зміну підходів законодавця до доказів і доказування. Системне тлумачення норм сучасного доказового права дозволяє, як видається, стверджувати, що доказами в кримінальному провадженні є ті фактичні дані, які визнані судом як такі. При цьому, однак, необхідно зазначити, що таке твердження не є загальноприйнятим у науці кримінального процесу, адже існує й інша думка, а саме – докази поділяються на досудові та судові.

Утім, як вказує М. Є. Шумило, у ході досудового розслідування сторони збирають матеріали про джерела майбутніх доказів, які на етапі судового провадження можуть визнаватися доказами за результатами їх інтерпретації лише судовим органом². А тому і така влас-

¹ Терехин В. В. Допустимость доказательств в уголовном процессе (методологический, правовой, этический аспекты): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09/МВД России, Нижегород. акад. Нижний Новгород, 2016. С. 31.

² Шумило М. Є. Поняття «докази» у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі. *Вісн. Верхов. Суду України*. 2013. №2. С. 48.

тивість доказів, як їх допустимість, підлягає оцінці на етапі провадження в суді першої інстанції. Слушними з цього приводу видаються й висновки Л. М. Лобойка, який, розглядаючи проблему співвідношення даних досудового розслідування і доказів, звертає увагу на те, що згідно з чинним КПК дані, здобуті слідчим, прокурором (стороною обвинувачення), вони ж оцінюють як докази (ст. 94). Але ж фактично ці дані («докази») отримуються переважно не в тих умовах, у яких вони повинні отримуватися згідно з європейськими стандартами (у змагальній процедурі, з наданням стороні захисту можливості ставити питання свідкам тощо) і здоровим глуздом. Сторона обвинувачення прагне зберегти практику, яка існувала за КПК 1960 р., згідно з якою слідчий і прокурор визнавали доказами дані, зібрані й оцінені ними ж. Це, як вказує учений, не відповідає європейським стандартам щодо оцінки доказів виключно судом. Дані, здобуті у досудовому і судовому провадженнях, за КПК мають різне доказове значення, правове регулювання, їх співвідношення є нечітким і потребує удосконалення в напрямі розмежування даних досудового розслідування і доказів. Л. М. Лобойко вказує, що допустимість доказів повинна визначатися, як правило, в момент подання їх до розгляду. Але доказове значення деяких фактичних даних має бути виявленим раніше, ніж вони будуть досліджені як докази¹.

Неоднозначному вирішенню вказаного питання сприяє законодавча конструкція, що знайшла своє відображення у чинному КПК². Адже легальна дефініція доказів, закріплена у ст. 84 КПК, визначає їх як фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Оскільки суб'єктами в цьому контексті названі слідчий і прокурор, то і стверджується, що докази з'являються під час досудового розслідування. Також відповідно до ст. 93 КПК збирання доказів здій-

¹ Лобойко Л. М. Співвідношення даних досудового розслідування і доказів. *Право України*. 2014. № 10. С. 82–88.

² Кримінальний процесуальний кодекс України: станом на 16 січ. 2017 р.

снюється сторонами кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, у порядку, передбаченому цим Кодексом. Сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом. Сторона захисту, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів. Таким чином, за змістом указаної статті сторони кримінального провадження під час досудового розслідування здійснюють збирання доказів.

Разом із тим усі нормативні приписи, що стосуються підстав і порядку визнання доказів недопустимими, розраховані виключно на одного суб'єкта, а саме – суд (яким, виходячи із змісту глави 3 КПК, є суддя або колегія суддів, які здійснюють правосуддя). Зокрема, відповідно до частин 1, 2 ст. 89 КПК суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. У разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочато. Згідно з ч. 2 ст. 23 КПК не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом.

Віднесення до виключної компетенції суду вирішення питання щодо визнання отриманих фактичних даних допустимими доказами відповідає змагальній моделі кримінального процесу, в якій сторони можуть отримувати до суду будь-які відомості на підтвердження власної позиції, проте такі відомості мають бути досліджені судом за участю протилежної сторони, що забезпечує реалізацію права на справедливий суд як у його матеріальному, так і процесуальному аспектах. У цьому контексті заслуговує на окрему увагу позиція В. П. Гмирка, який зазначає, що: а) діяльність доказування здійснюється в рамках двох основних «технологічних» процедур – підготовчого та головного доказових проваджень, конструйованих і реалізованих на власних засадах; б) доказова продукція, виготовлена на підготовчому доказовому провадженні, має вагу лише для потреб діяльності досудового провадження, а для головного доказового провадження вона має характер «вихідного» матеріалу, перероблюваного відтак у продукт діяльності доказування як замкненого цілого; в) кримінально-процесуальними доказами *sensu stricto* мають визнаватися тільки докази, сформовані в результаті судової комунікації учасників головного доказового провадження; їх можна називати, зберігаючи історичну традицію, кримінально-судовими, або скорочено – судовими доказами; г) процесуальну продукцію, виготовлену в перебігу підготовчого доказового провадження, доцільно називати «матеріалами», якими поліція й обвинувальна влада виправдовують слушність власних рішень; для суду ці *sit venia verbo* «докази» попросту не існують, так би мовити, *ex definitione*¹. Разом із тим автор наголошує на відсутності як практичної, так і наукової необхідності визначення у законодавстві єдиного поняття процесуальних доказів та вичерпного переліку їх джерел. Більш важливим є нормативне закріплення виразних критеріїв недопустимості доказів, а також процедур їх включення у доказовий обіг. Юридична природа доказів – сфера процесуальної доктрини, тоді як оперативне реагування на проблеми, що виникають у практиці доказування, – домен вищої судової інстанції². З цього приводу слушно, на наш погляд,

¹ Гмирко В. П. Спосіб діяльності доказування в кримінальному процесі: діяльнісний погляд. *Вісн. Запорізь. нац. ун-ту*. 2011. №2, ч. 2. С. 170.

² Гмырко В. П., Зинченко И. А. Парадоксы доказательственного права. *Библиотека криминалиста*. 2014. №2. С. 17.

є висловлена у літературі позиція, відповідно до якої, у зв'язку з тим, що закріплене в законодавстві поняття доказу стає таким лише на стадії остаточної оцінки судом, стосовно інших стадій провадження необхідно використовувати термін «інформаційний процесуальний аргумент». Інформаційний, оскільки змістом цього поняття є інформація, яка ще не стала відомостями для публічного суб'єкта процесуального пізнання, але адресується йому. Процесуальний, оскільки ця інформація набула встановленої законом процесуальної форми. Аргумент, оскільки основною функцією процесуальної інформації є обґрунтування суб'єктами доказування (сторонами) своєї позиції адресату – публічному суб'єкту процесуального пізнання¹. Також слід погодитись із позицією О. С. Александрова, який справедливо зазначає, що на сьогодні основною стратегією захисту є процедурна деконструкція доказових фактів, а саме: породження у судді сумнівів щодо допустимості доказів – протоколів слідчих дій – у зв'язку з наявністю допущених органами досудового розслідування порушень².

Таким чином, лише після дослідження у змагальній процедурі надані сторонами кримінального провадження фактичні дані набувають значення доказів (за умови їх належності та допустимості, констатованої судом).

У зв'язку з цим слід визнати за необхідне виключити із поняття доказів, що міститься у ст. 84 КПК, слідчого, прокурора, оскільки ці особи не є суб'єктами визнання фактичних даних доказами, адже вони виступають лише суб'єктами формування доказів³.

¹ Боруленков Ю. П. Юридическое познание, доказательство и доказывание (методология, теория, практика): монография. Москва: Юрлитинформ, 2016. С. 413; Коваленко А. Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. Москва: Норма, 2002. С. 72; Трусев А. И. Основы теории судебных доказательств: краткий очерк. Москва: Госюриздат, 1960. С. 32–33.

² Александров А. С. «Похвала» теории формальных доказательств. *Известия вузов. Правоведение*. 2002. № 4. С. 34–47.

³ З огляду на це, більш вдалим видається формулювання, запропоноване С. А. Шейфером, який як альтернативу «збиранню доказів» запропонував вираз «формування доказів». На погляд автора цієї роботи, формування доказів більш точно відображає сутність тієї діяльності сторін кримінального провадження, яка здійснюється ними під час досудового розслідування. Див.: Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования: монография. Москва: Норма, 2008. С. 23.