

Шифр «damnatio memoriae»

**КОНЦЕПЦІЇ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ
ПРОЦЕСІ**

ЗМІСТ

ВСТУП	3
РОЗДІЛ I. ДОКАЗИ ЯК ОДНА З ОСНОВНИХ КАТЕГОРІЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ: ПОНЯТТЯ, ВЛАСТИВОСТІ ТА ОЗНАКИ	6
1.1. Поняття доказів у кримінальному процесі.....	6
1.2. Властивості та ознаки доказів	9
РОЗДІЛ II. КОНЦЕПЦІЇ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ.....	12
2.1. Значення концепцій допустимості доказів для кримінального процесу...	12
2.2. Концепція «асиметрії» допустимості доказів	13
2.3. Концепція «срібного блюдця»	16
2.4. Концепція «плодів отруєного дерева»	21
2.5. Інші концепції допустимості доказів	24
ВИСНОВКИ.....	28
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	31

ВСТУП

Актуальність дослідження. Докази є основою на якій ґрунтується весь процес здійснення кримінального судочинства. Лише за допомогою доказів ми можемо встановити дійсні обставини вчинення кримінального правопорушення, особу або осіб, які його вчинили, та призначити останнім справедливе покарання. Виходячи з дефініції, наведеної у Кримінальному процесуальному кодексі України, доказами є дані, тобто інформація. Проте не будь-яка інформація може бути доказом, а лише та, яка володіє певними властивостями. Так, докази повинні бути допустимими, тобто отриманими, лише у встановленому законодавством порядку, відповідати певним критеріям. У разі невідповідності будь-якому з них, доказ буде визнаватися недопустимим. Такий підхід законодавця, з одного боку, є правильним, оскільки під час і за результатами кримінального провадження обмежуються права людини і громадянина, і такі обмеження не можуть ґрунтуватися на доказах, які були отримані з порушенням кримінального процесуального законодавства. Проте, з іншого, визнаючи всі такі докази недопустимими ми створюємо перспективу втрати цінної доказової інформації та невиконання завдань кримінального процесу в цілому, оскільки інших доказів для доведення вини чи невинуватості особи може і не бути. Тому дослідження концепцій допустимості, які пояснюють як доказ, отриманий з порушенням належної правової процедури, може бути використаний у процесі доказування, є актуальним.

Об'єктом дослідження є докази та доказування у кримінальному процесі.

Предметом дослідження є основні концепції допустимості доказів та їх застосування у кримінальному процесі України.

Метою наукового дослідження є виділення основних концепцій допустимості доказів, дослідження механізму їх застосування та оцінка перспектив впровадження таких концепцій у вітчизняний кримінальний процес.

Відповідно до мети дослідження, поставлено такі **завдання**:

- 1) визначити основні підходи до поняття «докази»;
- 2) проаналізувати властивості та ознаки доказів у кримінальному процесі;

3) з'ясувати значення концепцій допустимості доказів для кримінального процесу;

4) дослідити концепцію «асиметрії» допустимості доказів та сформулювати критерії, з дотриманням яких така концепція може застосовуватися у національному кримінальному судочинстві;

5) розкрити сутність концепції «срібного блюда», проаналізувати практику її застосування та виділити критерії використання цієї концепції у національному кримінальному процесі, а також проаналізувати умови, за яких вона не може застосовуватися;

6) охарактеризувати концепцію «плодів отруєного дерева» та практику застосування цієї концепції національними судовими органами та Європейським судом з прав людини;

7) визначити зміст інших концепцій допустимості доказів та перспективи їх використання у вітчизняному кримінальному процесі.

Відповідно до поставлених мети та завдань була обрана **методологічна основа** дослідження. Використовувалися як загальнонаукові, так і спеціальні методи. Діалектичний метод, зокрема, був застосований при аналізі базових теоретичних даних, які стосуються підходів до визначення поняття «докази» й при виділенні основних концепцій допустимості доказів та їх характеристики. Застосування аналітичного методу виражається у виділенні переваг та недоліків кожної концепції та визначенні, які з них можуть бути застосовані у кримінальному процесі України. За допомогою формально-логічного методу проаналізовано норми чинного законодавства, та, з використанням методу моделювання, запропоновано критерії, за дотримання яких та чи інша концепція може бути застосована у вітчизняному кримінальному процесі. Порівняльно-правовий метод застосовувався при дослідженні практики національних судів та практики Європейського суду з прав людини, з'ясуванні спільних та відмінних рис їх судових рішень.

Теоретичну основу дослідження складають норми національного законодавства України та зарубіжних країн, а також праці науковців.

Дослідженню доказів та концепцій допустимості доказів у кримінальному процесі приділяли увагу багато вчених, зокрема, В. В. Вапнярчук, І. В. Гловюк, Л. М. Гуртієва, В. І. Крупницька, Т. В. Лукашкіна, П. А. Lupинська, О. В. Малахова, Ю. К. Орлов, А. В. Смирнов, М. М. Стоянов та інші.

Наукова новизна дослідження. На основі дослідження концепції «асиметрії» допустимості доказів, була визначена можливість впровадження такого підходу в Україні та вироблені критерії для його належного застосування. Після дослідження концепції «срібного блюдця» запропоновано виділяти критерії допустимості доказів, отриманих неналежним суб'єктом, а також випадки, коли такі докази у будь-якому разі будуть визнаватися недопустимими. Визначено, що хоча застосування такої концепції як «добросовісна помилка» не передбачено положеннями кримінального процесуального закону України, проте вона застосовується на практиці національними судами, але досить неоднозначно. З урахуванням цього сформовано перелік факторів, які повинен брати до уваги суд при прийнятті подібних рішень задля уникнення неоднозначності та досягнення мети кримінального судочинства.

Теоретична значимість проведеного дослідження полягає у тому, що описані концепції допустимості доказів та вироблені критерії їх застосування у кримінальному процесі сприятимуть розвитку доктрини кримінального процесуального права, а саме такої його підгалузі як доказове право.

Практичне значення одержаних результатів. Наукове дослідження може використовуватися під час викладання дисципліни «кримінальний процес», при розробці спецкурсів з теорії доказів. Крім того, запропоновані критерії застосування окремих концепцій допустимості доказів, можуть бути використані законодавцем у подальшій законотворчій діяльності з метою удосконалення положень Кримінального процесуального кодексу України та кримінального процесуального законодавства в цілому.

Структура наукової роботи обумовлена метою та завданнями дослідження та складається зі вступу, двох розділів, які містять в собі сім підрозділів, висновків та списку використаних джерел.

РОЗДІЛ І. ДОКАЗИ ЯК ОДНА З ОСНОВНИХ КАТЕГОРІЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ: ПОНЯТТЯ, ВЛАСТИВОСТІ ТА ОЗНАКИ

1.1. Поняття доказів у кримінальному процесі

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

Поняття доказів є одним з ключових у будь-якому процесі, в тому числі і кримінальному. Не дивлячись на те, що законодавством закріплена офіційна дефініція цього поняття, в науці існують різні підходи (моделі) до розуміння його суті. Найбільш вдало, на нашу думку, такі підходи систематизує Ю. К. Орлов. Зокрема, він виділяє п'ять основних моделей розуміння поняття «докази»: архаїчну, логічну, «подвійну», інформаційну та змішану.

За архаїчним, або донауковим, підходом, поняття доказів визначалося на буденному рівні як те, за допомогою чого можна встановити фактичні обставини конкретної справи. Докази, по суті, ототожнювалися з будь-якими обставинами, явищами, процесами, особами та їх діями, а судовими вони вважалися лише тому, що потрапляли в поле зору судового процесу і були, або могли бути, засобом, за допомогою якого суд мав змогу встановити факти, що мали значення для правильного вирішення справи. Таке розуміння доказів було розповсюджене до прийняття у 1958 році Основ кримінального судочинства Союзу Радянських Соціалістичних Республік [2, с. 59-60].

Після прийняття цього нормативно-правового акту, в якому вперше на законодавчому рівні було закріплене поняття доказів, виникла нова модель – логічна. Її суть полягала у розумінні доказів лише як фактів, що об'єктивно існують у реальній дійсності. Таке тлумачення було засноване на визначенні законодавцем доказів як фактичних даних, а прихильники цієї концепції

вважали, що під такими даними можна розуміти тільки факти. Фактом визнавалося достовірне знання, пізнаний проміжок дійсності, що використовувалося в якості логічного посилення, аргументу для отримання нового знання [2, с. 60].

В порівнянні з попередньою концепцією, розуміння цієї спиралося на законодавче визначення категорії «докази». Вона встановлювала єдине і однозначне тлумачення цього терміну, що давало змогу відрізнити його від інших понять, які використовувалися в теорії доказів. В той же час, докази розумілися лише в одному аспекті доказування – логічному, а весь процес доказування базувався на оперуванні фактами-доказами. Одним із недоліків цього підходу була надмірна односторонність, що спричиняло чимало проблем як в теорії, так і на практиці. По-перше, якщо вважати докази фактами, то кожен такий факт також повинен на чомусь базуватися і чимось доводитися, отже, повинен існувати якийсь первинний «доказ доказів», який був би основою, першоджерелом всіх інших доказів. В той же час, неоднозначному тлумаченню підлягали прямі докази, оскільки, фактично, прямі факти підтверджували самі себе. Незрозумілою залишалася і ситуація з джерелами таких доказів, оскільки по відношенню до фактів не можна говорити ні про їх надання, ні про їх витребування. Ці, та інші суттєві недоліки такої концепції, призвели до появи альтернативного підходу, який умовно називається «подвійним» [2, с. 60-61].

За такої моделі доказами визнавалися як факти, так і ті джерела, з яких ці факти отримувалися. В порівнянні з попередньою концепцією, «подвійна» розв'язувала багато суттєвих проблем. Так, наприклад, тепер ставало зрозумілим, звідки беруться факти і чим вони доводяться, а до поняття «докази» стали повною мірою застосовуватися вимоги щодо їх перевірки та оцінки, властивість допустимості.

Проте, були в цій концепції і протиріччя. Основний недолік полягав у тому, що у джерелах містяться, все таки, не факти. Докази можуть бути визнані фактами лише після відповідної їх перевірки та оцінки. Крім того, доказ може

бути як істинним, так і хибним, тому, не перевіряючи та не оцінюючи докази, не можна стверджувати, що вони є фактами. Таким чином, розуміння доказів як фактів та джерел їх отримання, повністю не розкривало сутності цього поняття. Крім того, до кінця не вирішеним залишалося питання, що стосувалося прямих доказів. Доказами-фактами, як і раніше, можна було визнавати лише непрямі докази, в яких зміст не співпадає з предметом доказування. По відношенню до прямих доказів, доказами-фактами можна вважати лише джерела їх отримання, а не їх зміст, оскільки, як вказувалося вище, факт не може бути доказом самого себе [2, с. 61-62]. Таким чином, терміну «факт», навіть у сукупності з джерелом його отримання, все ще було недостатньо для розкриття поняття «доказ».

У зв'язку з цим виник новий підхід, який отримав назву інформаційний. Саме такого підходу дотримується український законодавець у ч. 1 ст. 84 КПК України. Ця модель розглядає докази як єдність інформації та її джерела. До змісту досліджуваного поняття, таким чином, включаються не самі факти, а інформація про них [2, с. 62]. Таке трактування вирішує чимало суперечностей. По-перше, пізнати факти минулого можна лише шляхом отримання будь-якої інформації про них. Така інформація може зберігатися як у свідомості людей, так і на матеріальних носіях. Тому, можна говорити про отримання не безпосередньо фактів, а лише даних та інформації про них.

До того ж, по відношенню до інформації, на відмінну від фактів, можна говорити про її достовірність або недостовірність, тобто про її перевірку та оцінку уповноваженими суб'єктами. В той же час, вирішується суперечність, яка стосувалася прямих доказів, оскільки змістом будь-якого доказу є не факт, а лише інформація про нього [2, с. 62].

Хоча такий підхід, у порівнянні з вищенаведеними, має ряд суттєвих переваг, можна виділити й деякі його недоліки. Основним з них є те, що ця модель розглядає докази лише з одного, «інформаційного» боку, ігноруючи, в той же час, їх логічну складову та зведення всього процесу доказування лише до інформаційного процесу. Тому, зважаючи на деяку односторонність такого підходу, виникла нова модель, яку називають змішаною або синтезованою.

Згідно з таким підходом, доказами є, по-перше, факти, по-друге, інформація про них, а також джерела отримання таких фактів. Це, з одного боку, дозволяє запобігти вказаним вище протиріччям щодо односторонності, властивим логічній та інформаційній моделям. Проте, в той же час, одним терміном позначаються достатньо різнопланові гносеологічні категорії, що створює небезпеку термінологічної плутанини [2, с. 63-64]. Зважаючи на те, що єдність термінології має превентивний характер, оскільки однакове вживання термінопонять як під час правотворчості, так і в процесі правозастосування запобігає різночитанню, колізіям, неоднозначності, правовим спорам і юридичним конфліктам, точність вживання термінопонять має особливе значення [3, с. 11].

Проаналізувавши кожну з вищенаведених моделей, вважаємо, що не доцільно виділяти одну, єдиноправильну модель. Ми виходимо з того, що вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство тлумачить поняття «доказ» в контексті інформаційного підходу. Проте, використання тієї чи іншої моделі залежить, все таки, від особливостей кримінального процесуального законодавства конкретної країни, а також від поглядів конкретного вченого чи декількох вчених на сутність та зміст категорії «докази».

1.2. Властивості та ознаки доказів

Властивості доказів – це такі їх необхідні якості, відсутність яких не дозволяє використовувати відомості (інформацію) як докази. Властивостями доказів є належність та допустимість [4, с. 14].

В юридичній науці існують різні погляди щодо розмежування понять «властивості» та «ознаки» доказів. Так, деякі вчені, зокрема С. В. Некрасов та Ю. К. Орлов, вважають, що властивостями є також достовірність та достатність і не відділяють властивості доказів від їх ознак [5, с. 5; 2, с. 65]. Інші науковці стверджують, що достовірність та достатність є ознаками, а не властивостями доказів [4, с. 14]. Вважаємо, що більш логічною та обґрунтованою є остання точка зору, оскільки властивості доказів виражають їх суть, а ознаки – є їх описом. Мається на увазі, що будь-який доказ спочатку перевіряється на

предмет належності та допустимості. Якщо доказ визнається таким, що відповідає цим критеріям, можна говорити про те, що доцільною є перевірка його достовірності. Так, достовірність встановлюється лише в процесі відповідної оцінки уповноваженими суб'єктами належних та допустимих доказів. Аналогічно цьому, про достатність ми можемо говорити лише після відповідної оцінки всієї сукупності доказів, які є, перш за все, належними та допустимими, а також достовірними.

Характеризуючи достовірність як ознаку доказів, її можна визначити як відповідність інформації, яка міститься в джерелах доказів, об'єктивній дійсності. Встановлення факту чи наділений доказ такою ознакою, є однією з гарантій встановлення істини в процесі розслідування та розгляду в суді кримінального провадження. Достовірність доказів встановлюється шляхом співставлення їх з іншими доказами, проведення слідчих дій, спрямованих на перевірку того чи іншого доказу тощо.

Достатність є ознакою сукупності доказів. Достатнім можна вважати такий об'єм доказів, який дозволяє прийняти правильне, законне й обґрунтоване проміжне або кінцеве рішення [6, с. 190].

Відповідно до ст. 85 КПК України, «належними є докази, які прямо чи непрямо підтверджують існування чи відсутність обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження, а також достовірність чи недостовірність, можливість чи неможливість використання інших доказів» [1]. Таким чином, належність – це така властивість доказів, яка означає, що за допомогою них можна з'ясувати факти та обставини, які мають відношення до кримінального провадження, сприяють його правильному вирішенню та прийняттю вірних процесуальних рішень [4, с. 14-15].

Згідно з положеннями ст. 86 КПК України, «доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення» [1].

Ця властивість доказів означає, що останні повинні бути отримані із додержанням вимог, встановлених законодавством. Для того, щоб визначати, чи є доказ допустимим, необхідно перевірити останній на відповідність таким критеріям:

1. одержання лише суб'єктами, уповноваженими на це законодавством;
2. одержання із належного джерела (ч. 2 ст. 84 КПК України);
3. додержання належної процедури отримання, тобто дотримання процесуального порядку їх збирання та закріплення відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства [4, с. 15].

Невідповідність зібраних доказів вказаним критеріям означає, що вони є недопустимими. Проте, у деяких випадках, із дотриманням певних умов, докази, що є недопустимими в силу невідповідності одному або декільком критеріям, можуть визнаватися допустимими та використовуватися в процесі доказування. Аналізуючи положення науки кримінального процесуального права, можна стверджувати, що існує ряд концепцій, за якими докази, зібрані без дотримання встановлених законодавством вимог, можуть визнаватися допустимими. Основні концепції, підстави та можливість їх застосування у вітчизняному кримінальному процесі, розглянуті у Розділі 2 цього наукового дослідження.

РОЗДІЛ II. КОНЦЕПЦІЇ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ

2.1. Значення концепцій допустимості доказів для кримінального процесу

Тлумачний словник визначає «концепцію» як систему доказів певного положення, систему поглядів на те чи інше явище [7]. Виходячи з цього, концепцію допустимості доказів можна охарактеризувати як систему поглядів на порушення встановленого порядку отримання доказів та наслідки таких порушень.

Дослідження різних концепцій дає нам можливість зрозуміти які наслідки в тій чи іншій ситуації матиме порушення або недотримання встановленого порядку одержання доказів (збирання фактичних даних, наприклад, не уповноваженим суб'єктом); встановити чи завжди такі докази будуть визнаватися недопустимими; визначити яким чином можна використовувати отримані дані тощо.

Оскільки кожна концепція по-різному розглядає порушення порядку отримання доказів і недопустимість останніх, дослідження різноманітних концепцій допустимості доказів дозволяє з'ясувати, яку з них можливо та доцільно застосувати у кожному конкретному випадку і, на основі цього, визначити перспективи впровадження різних концепцій в національне кримінальне процесуальне законодавство.

Це, в свою чергу, запобігатиме втраті цінної доказової інформації, необхідної для правильної кваліфікації та вирішення вчиненого правопорушення, з одного боку, а з іншого – сприятиме реалізації завдань кримінального провадження з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура [7].

2.2. Концепція «асиметрії» допустимості доказів

Концепція «асиметрії правил допустимості доказів» набула широкого поширення у науці кримінального процесуального права. В найзагальнішому розумінні її суть полягає у різних правових наслідках порушень, допущених під час отримання доказів, для сторін кримінального провадження.

Думки науковців щодо сфери застосування цієї концепції відзначаються неоднозначністю. Так, деякі з них вважають, що правило визнання доказів допустимими навіть у тому разі, якщо останні були отримані з порушенням законодавства, може бути застосовано лише щодо виправдувальних доказів, які зібрані стороною обвинувачення, а реалізувати таке право, в свою чергу, може тільки сторона захисту [8, с. 105-106].

У той же час інші вчені, наприклад А. М. Стуліков, виступають проти застосування такої концепції в кримінальному процесі та наголошують на тому, що не повинні виникати підстави для «подвійного стандарту» зі збирання, представлення та оцінки обвинувальних та виправдувальних доказів [9, с. 10]. Також, деякі фахівці підкреслюють, що застосування цієї концепції ставить сторони кримінального провадження у нерівне правове становище, що створює, тим самим, своєрідну «асиметрію» прав учасників кримінального судочинства [10, с. 3].

Існує також позиція про доцільність введення так званої «рівносторонньої асиметрії в оцінці юридичної сили доказів» [11, с. 11]. Це означає право сторони обвинувачення на відновлення юридичної сили доказів, що були визнані недопустимими внаслідок порушення порядку їх отримання стороною захисту, з одного боку, а з іншого – таке ж право сторони захисту, якщо порушення були допущені з вини суб'єктів, до компетенції яких належить обов'язок здійснювати кримінальне провадження щодо конкретної особи.

Така концепція знайшла своє нормативне закріплення і в законодавстві зарубіжних країнах. Зокрема, в ст. 105 Федеральних правил про докази США дається визначення обмежених допустимості: «у випадку, якщо доказ, що є допустимим для однієї сторони або для однієї мети, але є недопустимим для

іншої сторони або для іншої мети, визнається допустимим, то суддя за клопотанням сторони обмежує сферу застосування такого доказу й інструктує про це присяжних засідателів» [12, с. 47].

Після аналізу наведених вище позицій можна виділити переваги та недоліки кожної. Так, розглядаючи аргументи вчених, які виступають проти застосування цієї концепції, можна погодитися з тим, що дійсно, застосування різного правового режиму по відношенню до сторін кримінального провадження повинно вважатися порушенням принципу змагальності процесу. І концепція «рівносторонньої асиметрії» могла б бути непоганим вирішенням такої суперечності, однак, все не так просто.

По-перше, варто звернути увагу на те, що юридично проголошена «рівність» сторін кримінального провадження на практиці реалізована бути не може, оскільки, в дійсності, сторона захисту має набагато менший обсяг прав щоб сформувавши доказову базу для належного правового захисту. Свідченням цього є, наприклад, ст. 93 КПК України, якою регламентується збирання доказів сторонами. Так, вказано, що сторона захисту здійснює збирання доказів, зокрема, шляхом ініціювання слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій [1]. З одного боку все добре, сторона захисту може збирати докази вказаним способом і отримувати таким чином докази, які можуть бути покладені в основу виправдувального вироку, проте, що стосується суб'єктів проведення таких процесуальних дій, то положеннями КПК України таке право закріплене лише за стороною обвинувачення, і ось тут уже можуть виникнути складнощі, оскільки слідчий, прокурор, розуміючи, наприклад, що при проведенні обшуку можуть бути отримані виправдувальні докази може або не задовольнити клопотання сторони захисту, або навмисно недотримуватися норм процесуального законодавства чим спричинить визнання отриманих доказів недопустимими.

По-друге, згідно з ст. 62 Конституції України, обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях [13]. В той же час, для захисту такого обмеження не встановлено.

Отже, на підставі викладених аргументів, логічно буде погодитися з підходом, що передбачає право сторони захисту на відновлення допустимості доказів, якщо порушення порядку отримання останніх сталося з вини сторони обвинувачення, тобто підтримати пропозиції використання «асиметрії», оскільки, як зазначає О. В. Малахова, ця концепція, будучи однією зі складових *favor defensionis* (інститут сприяння стороні захисту), створює реальні умови функціонування принципу змагальності в кримінальному провадженні України, забезпечуючи баланс можливостей між сторонами кримінального процесу відстоювати власні інтереси перед судом [14, с. 713].

У той же час, варто погодитися з думкою В. І. Крупницької, яка зазначає, що правило про відновлення юридичної сили недопустимих доказів не може застосовуватися, якщо доказ був поданий самою стороною захисту [15, с. 49]. Тому, з метою уникнення ігнорування можливих процесуальних порушень з боку таких суб'єктів, вважаємо за доцільне розповсюджувати застосування такої концепції лише на докази, зібрані стороною обвинувачення, в тому числі за клопотанням сторони захисту, оскільки відсутність цього обмеження може призвести до зловживання стороною захисту наданим правом.

При застосуванні такої концепції потрібно враховувати те, що не можна поширювати її дію на визнання допустимими доказів, які були отримані з неналежного джерела. Вдалий тому приклад наводить П. А. Лупінська, яка стверджує, що у випадку, якщо про алібі підсудного відомо лише зі слів свідка, показання якого визнані недопустимими якщо він, наприклад, душевнохворий, то посилатися на таке алібі недопустимо» [16, с. 2].

Такі докази також повинні бути належними, тобто стосуватися обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Крім того, ці докази мають бути достовірними. Достовірність останніх може бути підтверджена іншими доказами. Так, наприклад, висновок експерта може підтверджувати кількість та якість знайдених під час обшуку житла предметів тощо.

З урахуванням цього, застосування концепції «асиметрії правил допустимості доказів» можливе, якщо докази:

- 1) отримані стороною обвинувачення, в тому числі у випадках, коли їх збирання ініційоване стороною захисту;
- 2) підтверджують невинуватість особи або вчинення інкримінованих особі дій іншими суб'єктами;
- 3) є належними (ст. 85 КПК України);
- 4) отримані з належного джерела (ч. 2 ст. 84 КПК України);
- 5) є достовірними, тобто підтверджуються іншими доказами, їх сукупністю, або результатами слідчих дій, спрямованих на підтвердження цієї ознаки доказів.

2.3. Концепція «срібного блюдця»

Концепція «срібного блюдця» є ще однією концепцією, в основі якої лежить твердження, що докази, здобуті недопустимим шляхом, за певних обставин можуть бути визнані допустимими. Так, на думку її автора, О. В. Смирнова, дані, що були отримані з порушенням закону особою, яка не є стороною кримінального провадження, можуть бути представлені суб'єктом доказування й використані як докази [17, с. 23-26]. Дослідження цієї концепції є актуальним з точки зору можливості отримувати будь-які докази хоча й без дотримання встановлених на те вимог законодавства, проте, по суті, і не порушуючи його.

Обґрунтовуючи свою точку зору автор наводить такий приклад, коли докази були зібрані не суб'єктом доказування. Так, наприклад, колишній оперативний співробітник таємно, керуючись почуттями ревності, за власною ініціативою встановив в житлі своєї знайомої спеціальну апаратуру для відеозапису, яка випадково зафіксувала момент вчинення злочину, а також особу самих злочинців. З однієї точки зору, такі докази не можуть бути використані в процесі доказування, оскільки були отримані без дотримання встановленого порядку, і, до того ж, не уповноваженим на те суб'єктом. Проте, з іншого боку, оскільки особа, яка встановила таку апаратуру, не є стороною у

процесі, то згаданий відеозапис може бути визнаний допустимим доказом у такому кримінальному провадженні [17, с. 23-26].

Хоча використання цієї концепції не передбачено вітчизняним кримінальним процесуальним законом, проте, на думку В. В. Вапнярчука, такий підхід було використано в Рішенні Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 р. (справа № 1-31/2011) Так, зокрема, на думку судді Конституційного Суду України 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, с. 165; 19].

Використання цієї концепції можна простежити і в справах Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Так, зокрема, прикладом цього є справа «Биков проти Росії», в якій аудіозапис, здійснений не стороною кримінального процесу, був визнаний допустимим доказом у кримінальному провадженні. Предметом розгляду у вказаній справі стала наступна ситуація: намагаючись викрити заявника в організації вбивства на замовлення, В. прийшов до нього за місцем проживання де заявник прийняв його у гостьових приміщеннях свого маєтку. На тілі В. був закріплений радіопередавач, за допомогою якого здійснювався запис розмови та про який заявник не знав. Як наслідок, цей запис став одним із доказів, на основі яких суд визнав Бикова винним в організації такого вбивства. Предметом скарги заявника, серед іншого, була законність здійснення запису, оскільки останній вважав, що такий доказ був отриманий з порушенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яке виражалось в тому, що такі дії «представляли

собою незаконне вторгнення в його житло і ... в тому, що прослуховування його розмови з В. порушило його право на повагу до особистого життя» [20].

Що стосується здійснення самого запису, то з рішення ЄСПЛ стає зрозумілим, що ніякого дозволу на отримання такої інформації не було. Як зазначалося у доводах держави-відповідача, для прослуховування будь-яких телефонних розмов необхідно отримувати відповідний дозвіл, проте, оскільки в національному (російському) законодавстві не передбачається порядку, що регулює прослуховування чи запис інформації за допомогою радіопередавачів, то не можна в такому випадку застосовувати по аналогії існуючу регламентацію прослуховування телефонних розмов і до цього випадку. Навпаки, держава підкреслила відмінність між цими двома заходами і, таким чином, вважала, що ніякого дозволу на використання подібних методів отримувати не потрібно [20].

Хоча ЄСПЛ і висловив думку, що такий запис фактично можна прирівняти до прослуховування телефонних розмов і для його здійснення потрібно отримувати відповідний дозвіл, оскільки «норма закону повинна бути сформульована достатньо чітко, щоб давати громадянам адекватне уявлення про обставини та умови, при яких публічна влада може застосувати таке негласне і потенційно небезпечне втручання в здійснення права на повагу до особистого життя та кореспонденції», проте такий запис все ж був визнаний допустимим доказом і використовувався в процесі доказування вини заявника в організації вбивства на замовлення [20]. Можна виділити фактори, які приймав до уваги Суд, визнаючи такий доказ допустимим: 1) заявник мав можливість оскаржити такі докази в змагальному процесі в усіх інстанціях; 2) аудіозапис не був єдиним доказом, яких враховував національний суд при прийнятті обвинувального вироку щодо заявника. Його вина підтверджувалася іншими достовірними доказами; 3) в процесі розгляду справи Європейським судом не було знайдено жодних свідчень того, що права заявника, пов'язані зі здійсненням захисту, були порушені; 4) не було доведено, що оцінка доказів національними судами була проведена з порушеннями законодавства.

Спираючись зокрема на це, ЄСПЛ прийшов до висновку, що, в цілому, кримінальне провадження щодо заявника не суперечило вимогам принципу справедливого судового розгляду [20]. В той же час, у справі «М.М. проти Нідерландів» Суд прийшов до висновку, що норми Конвенції були порушені. Суть цієї справи полягала в тому, що для доведення вини заявника у вчиненні злочину, були використані аудіозаписи телефонних розмов останнього з С. І хоча, як стверджувала держава-відповідач, С. могла отримати такі докази і без втручання публічної влади, проте, як вбачається з рішення Суду, саме прокурор був ініціатором здійснення таких записів, крім того, саме працівники поліції підключили записуючі пристрої до телефону С., запропонували спрямовувати розмови з заявником в русло сексуальних домагань з боку останнього. Також, вони пояснили їй як користуватися апаратурою та приходили до неї додому для того, щоб забирати записи таких розмов. З урахуванням цього, ЄСПЛ встановив, що в цьому разі порушення мало місце, оскільки органи публічної влади «внесли значний вклад в здійснення цієї операції, а також відповідали за її початок» [21].

Аналізуючи дві вищенаведені справи, можна виділити їх відмінні риси. По-перше, у справі «Биков проти Росії» ініціатором здійснення запису розмови був В., а не органи влади, оскільки саме він звернувся до них із заявою про те, що заявник доручив йому організацію вбивства. У справі ж «М. М. проти Нідерландів» така ініціатива виходила не від С., а від прокурора. По-друге, у справі Бикова перебіг розмови в основному контролювався В., який не мав ніяких початкових установок щодо цього, в іншій справі, навпаки, перебіг розмови спрямовувався не С., а органами поліції. По-третє, у першій справі вина заявника, крім запису розмови, була підтверджена і іншими суттєвими доказами, а, як зазначається в рішенні по іншій справі, доказом сексуальних домагань заявника до С. слугували лише здійснені записи телефонних розмов. Таким чином, в одному випадку докази були прийняті до розгляду як допустимі, а в іншому – відхилені.

В цілому, вважаємо, що використання концепції «срібного блюдця» у вітчизняному кримінальному процесі цілком можливе. Проте, необхідно розробити критерії, за якими докази можна визнати допустимим навіть тоді, коли вони отримані не суб'єктом доказування. При цьому, потрібно зауважити, що у певних ситуаціях ці дані будуть визнані недопустимими в будь-якому разі. Так, на думку О. В. Смирнова, навряд чи можна розраховувати на використання в якості допустимого доказу звукозапис зізнання особи у вчиненні нею злочину, якщо таке зізнання було отримано із застосуванням тортур [17, с. 23-26]. Також, враховуючи вимоги ст. 88 КПК України, недоцільно визнавати допустимими докази, які стосуються судимостей підозрюваного, обвинуваченого або вчинення інших правопорушень, що не є предметом конкретного кримінального провадження, а також інших відомостей, вказаних в ч. 1 цієї статті. В той же час, враховуючи ч. 2 цієї статті, оскільки такі відомості можуть за певних умов визнаватися допустимими [1], такі ж правила повинні розповсюджуватися і на випадки, коли ці відомості були отримані з порушенням порядку, встановленого процесуальним законом, а саме – неналежним суб'єктом.

З урахуванням вищевикладеного, пропонуємо виділяти такі критерії допустимості доказів за концепцією «срібного блюдця»:

- 1) ініціатором збирання доказів виступає суб'єкт, що не є стороною у кримінальному провадженні;
- 2) зібрані відомості підкріплюються іншими доказами;
- 3) сторони мають можливість оскаржити такі докази в змагальному судовому процесі.

Також, враховуючи вимоги законодавства, потрібно брати до уваги, що в жодному разі не можуть бути визнані допустимими докази, які:

- 1) отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини;
- 2) стосуються судимостей підозрюваного, обвинуваченого або вчинення ним інших правопорушень, що не є предметом конкретного кримінального провадження, крім випадків, встановлених законом;

3) стосуються характеру або окремих рис характеру підозрюваного, обвинуваченого та можуть бути використані на підтвердження винуватості останнього, крім випадків, встановлених законом.

2.4. Концепція «плодів отруєного дерева»

Дослідження концепції «плодів отруєного дерева» цікаве хоча б з тієї точки зору, що вона віднайшла своє нормативне закріплення у положеннях КПК України. Так, у ч. 1 ст. 87 КПК України вказано, що недопустимими є докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок суттєвого порушення прав та свобод людини, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини [1].

В літературі виділяють широке та вузьке розуміння такої концепції. За широкого тлумачення її суть зводиться до того, що будь-яке винне порушення поліцейськими конституційних прав громадян, що має навіть не безпосередній, а лише опосередкований зв'язок із самим процесом виявлення, вилучення і фіксації доказів, тягне втрату останніми юридичної сили. Тобто, це означає безумовну недопустимість доказів при будь-якому порушенні встановленого порядку їх збирання незалежно від характеру і ступеня такого порушення [22, с. 194]. За своїм змістом таке розуміння співпадає з теорією «нешадного виключення доказів», основним постулатом якої є визнання доказів недопустимими незалежно від характеру допущених порушень закону [23, с. 3].

У вузькому сенсі доктрина «плодів отруєного дерева» зводиться до заборони використання даних, отриманих на підставі або з використанням доказів, визнаних недопустимими. Тобто, в другому значенні концепція пов'язується з проблемою використання доказів, хоча і законних за формою, але збиткових за змістом [24, с. 357]. Наприклад, не можна визнати допустимими докази, що зібрані на підставі щиросердного зізнання підозрюваного, у разі, коли таке зізнання було отримано внаслідок катування останнього. У кримінальному процесі України використовується саме вузьке

розуміння цієї концепції, оскільки вказані конкретні випадки, коли докази втрачають юридичну силу та визнаються недопустимими.

Аналіз вітчизняної судової практики приводить до висновку, що правило «плодів отруєного дерева» досить часто застосовується на практиці. Підтвердженням цьому є численні судові рішення. Наприклад, у вирокі Київського районного суду м. Одеси від 22 травня 2018 р. щодо обвинувачення ОСОБА_3 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 263 Кримінального кодексу України, докази, які були отримані внаслідок проведення обшуку, були визнані недопустимими, оскільки сам обшук був проведений з порушенням права обвинуваченого на захист (слідчий не допустив до участі у проведенні обшуку захисника ОСОБА_3). Як наслідок, обвинуваченого було визнано невинуватим у вчиненні злочину та виправдано за недоведеністю висунутого обвинувачення [25].

Ще одним рішенням, в якому реалізовано таку концепцію, є вирок Ананьївського районного суду Одеської області від 8 червня 2018 р. Відповідно до цього рішення, ОСОБА_1 обвинувачувався у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 Кримінального кодексу України. Обвинувачення ґрунтувалося, зокрема, на результатах проведення негласних слідчих (розшукових) дій та доказах, які були отримані внаслідок їх проведення. Оскільки дозволу на проведення таких процесуальних дій отримано не було, суд визнав недопустимими усі докази, отримані внаслідок їх проведення, а також і докази, які не були б отримані, якби такі дії не проводилися. На основі цього, ОСОБА_1, як і в попередньому прикладі, був визнаний невинуватим у пред'явленому обвинуваченні та виправданий у зв'язку з недоведеністю вчинення ним кримінального правопорушення [26].

Така концепція реалізується також і в рішеннях ЄСПЛ. Так, у справі «Балицький проти України», докази, що були отримані з порушенням права заявника на захист, а також всі інші відомості, які були виявлені за допомогою таких доказів були визнані недопустимими [27]. Схожий підхід прослідковується у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» в якій Суд

визнав дії працівників поліції, спрямовані на викриття заявника як торговця наркотиками, порушенням норм Конвенції, оскільки жодного дозволу на проведення будь-яких негласних дій працівниками отримано не було. Таким чином, докази, отримані внаслідок проведення таких дій, були визнані недопустимими і не могли прийматися до уваги при ухваленні рішення про вину чи невинуватість заявника [28].

В той же час, в практиці ЄСПЛ зустрічаються й приклади інакшого застосування досліджуваної концепції. Зокрема, у справі «Праде проти Німеччини», Суд визначив зібрані стороною обвинувачення докази як допустимі незважаючи на те, що останні були отримані в ході незаконного обшуку житла. Як зазначено в рішенні, визнання юридичної сили таких доказів ґрунтувалося на тому, що обставини, при яких ці докази були отримані, не викликали сумнівів в достовірності останніх так як між сторонами не було ніяких спорів відносно того, що вони були виявлені в тому місці, доступ до якого мав виключно заявник. Крім того, кількість та якість знайдених заборонених речовин були встановлені висновком експерта, до якого заявник не пред'являв жодних претензій на будь-якому етапі судового розгляду. І хоча ці речовини, по суті, були єдиним доказом проти заявника, проте, оскільки був відсутнім ризик «ненадійності» такого доказу, він був визнаним допустимим і таким, що має «вагоме значення» для кримінального провадження. До того ж, Суд зауважив, що національні суди у своїх рішеннях керувалися співвідношенням суспільних інтересів, що виражалися в притягненні до відповідальності за вчинення такого злочину як зберігання наркотиків, з інтересами заявника щодо поваги до його житла. За таких обставин, а також враховуючи значний розмір виявлених незаконних речовин, ЄСПЛ визнав судовий розгляд справедливим і таким, що не свідчить про прояв свавілля або необґрунтованого втручання з боку правоохоронних органів, оскільки суспільні інтереси у цьому разі превалюють над конституційними правами заявника [29].

Враховуючи положення національного законодавства важко погодитися з таким розумінням цієї концепції. Так, беручи до уваги

ст. 3 Конституції України відповідно до якої «людина, її життя та здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю», а «утвердження та забезпечення її прав і свобод є головним обов'язком держави», [13] можна стверджувати, що незаконне обмеження прав людини з мотивів захисту суспільних інтересів є недопустимим. До того ж, оскільки у ч. 2 ст. 87 КПК України закріплена імперативна вимога щодо недопустимості доказів отриманих, зокрема, шляхом проведення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих вимог [1], відомості, які можуть бути отримані в результаті проведення незаконного обшуку в будь-якому разі не будуть мати жодної юридичної сили та не використовуватимуться в процесі доказування.

2.5. Інші концепції допустимості доказів

Концепція «чаю та чорнил». Ця концепція отримала таку назву завдяки фразі «навіть ложка чорнила псує склянку чаю». Її зміст полягає в тому, що будь-яке, навіть незначне, порушення встановленого порядку отримання доказів тягне за собою недопустимість останніх [23, с. 3]. В цілому, сутність такого підходу збігається із широким розумінням концепції «плодів отруєного дерева» та концепцією «нещадного виключення доказів».

Застосування цієї концепції у вітчизняному кримінальному процесі, на нашу думку, є недоцільним. По-перше, це суперечить положенням КПК України, оскільки ст. 87 Кодексу передбачено, що недопустимими є не всі докази, а лише ті, які отримані з порушеннями, передбаченими положеннями цієї статті, зокрема, докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини. Так, у будь-якому разі недопустимими є докази, отримані внаслідок катування або докази, отримані з порушенням права особи на захист тощо [1]. По-друге, такий підхід видається надто формалістичним, а його використання призводитиме до втрати доказів, які можуть бути використані для встановлення обставин вчиненого правопорушення і притягнення до відповідальності осіб, які його вчинили.

Концепція «розбите дзеркало». Основна ідея цієї концепції – оцінка доказів не з точки зору єдиного масиву інформації, яка міститься в передбаченому законом джерелі, а відносно самостійних її блоків, кожен з яких пов'язаний єдиним змістом та 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) [30, с. 146]. Прихильники такої концепції схиляються до того, що використання правил диференціації наслідків порушення порядку отримання доказів є правомірним лише у випадках, коли такі порушення стосуються не всього доказу, а лише певної його частини. В обґрунтування своєї позиції вони наводять приклад ситуації, коли допустимою буде визнана лише окрема частина доказу. Так, відповідно до чинного законодавства, зокрема ст. 63 Конституції України та ст. 18 КПК України, ніхто не зобов'язаний давати показання або пояснення щодо себе, членів своєї сім'ї чи близьких родичів, якщо такі відомості можуть стати підставою для підозри або обвинувачення у вчиненні цими особою кримінального правопорушення [1; 13]. В той же час, ніхто не звільняється від обов'язку давати такі показання або пояснення щодо інших осіб. В деяких випадках у показаннях свідка, який не був повідомлений про таке своє право, може міститися інформація яка, з одного боку, стосується його особисто або членів його родини, а з іншого – й інформація щодо інших обставин, подій та осіб, на яких не розповсюджується таке право. За цією концепцією недопустимими мають бути визнані лише ті відомості, які стосуються причетності особи або її близьких родичів до вчиненого злочину [18, с. 166].

Такий підхід є досить цікавим. Застосувавши його ми можемо відстежити кожен етап одержання доказів, виявити істотні та неістотні порушення закону тощо. Проте, аналізуючи вищенаведений приклад, варто сказати, що така реалізація вказаної концепції суперечить положенням КПК України, зокрема, п. 4 ч. 2 ст. 87 цього Кодексу. Згідно з положеннями Кодексу, особа повинна бути повідомлена про своє право не говорити нічого з приводу себе або членів

своїєї сім'ї чи близьких родичів, і не виконання такого обов'язку, відповідно, спричиняє недопустимість показань в цілому, а не лише їх окремої частини [1].

Беручи до уваги практику ЄСПЛ, зокрема, вже згадану вище справу «Праде проти Німеччини», можна стверджувати, що така концепція реалізується в діяльності Суду. У цій справі допустимими були визнані не всі докази, отримані внаслідок незаконно проведеного обшуку, а лише частина з них [29]. На основі цього, можна виділити правила, якими керувався ЄСПЛ: достовірність таких доказів не викликала сумнівів; факт визнання цих доказів допустимими не оскаржувався сторонами; суспільні інтереси превалювали над правами заявника.

Як зазначалося вище, оскільки національним законодавством закріплений пріоритет прав людини, то погодитися з останнім пунктом важко. Щодо перших двох пунктів, то, беручи до уваги п. 1 ч. 2 ст. 88 КПК України, де вказано, що докази, зазначені в ч. 1 цієї стаття (які стосуються судимостей підозрюваного, обвинуваченого тощо) можуть бути визнані допустимими, якщо сторони погоджуються на це [1], можна стверджувати, що одне з цих правил реалізовується в національному законодавстві. Тому, вважаємо, що концепція «розбитого дзеркала» вітчизняним законодавством частково реалізується.

Концепція «добросовісна помилка». Сутність її зводиться до того, що у разі, якщо суб'єкт доказування не знав та, при розумному допущенні, не міг знати, що його дії мають незаконний характер, то здобуті ним у результаті проведення таких дій докази не втрачають своєї юридичної сили [18, с. 164]. Використання положень цієї концепції дає можливість, зокрема, визнати допустимими результати окремих процесуальних дій (наприклад, негласних слідчих (розшукових) дій), які були проведені у зв'язку з вчиненням кримінального правопорушення, яке спочатку було кваліфіковане як тяжкий злочин, проте згодом, з урахуванням інших доказів та обставин, перекваліфіковане на злочин середньої тяжкості, що не дозволяє проведення таких процесуальних дій. При цьому, не можна вважати добросовісною

помилкою ситуацію, коли слідчий, прокурор навмисно кваліфікують той чи інший злочин як більш чи менш тяжкий з метою отримання певних доказів.

Положеннями вітчизняного кримінального процесуального законодавства питання використання результатів проведення подібних процесуальних дій не врегульовано. Проте, такий підхід використовується на практиці. Так, наприклад, вироком Первомайського міськрайонного суду Миколаївської області від 4 серпня 2016 р. результати проведення процесуальних дій були визнані допустимими доказами, не зважаючи на перекваліфікацію злочину на менш тяжкий [31]. В той же час, вироком Новозаводського районного суду міста Чернігова від 28 січня 2016 р. проведення цих дій було визнано неправомірним, а відомості, отримані в результаті їх проведення – недопустимими та не враховувалися при прийнятті остаточного рішення [32].

Відсутність регламентації подібних ситуацій є прогалиною у національному законодавстві. Лишаючи прийняття рішення про допустимість / недопустимість таких доказів на розсуд суду, ми, тим самим, створюємо перспективу неоднорідної та неоднозначної судової практики щодо вказаного питання. Так, зокрема, не завжди зрозуміло якими мотивами керується суд коли приймає чи відхиляє відповідні докази.

Задля уникнення розбіжностей при прийнятті подібних рішень, необхідно брати до уваги наступні фактори: причину перекваліфікації; обізнаність суб'єктів, уповноважених приймати відповідні рішення, про обставини, що вказують на неправильну кваліфікацію; момент, коли такі обставини могли бути або стали відомими. Спираючись на такі дані суд зможе чітко визначити чи було отримання цих доказів наслідком «добросовісної помилки» і чи дійсно сторона обвинувачення не знала та не могла знати про можливість перекваліфікації вчиненого діяння у менш тяжкий злочин, що в свою чергу буде сприяти виконанню завдань та дотриманню принципів кримінального процесу, і, в той же час, уніфікації правозастосовної практики.

ВИСНОВКИ

Поняття доказів є одним із ключових у кримінальному процесі, основою на якій базується весь процес здійснення кримінального судочинства. Не зважаючи на існування офіційної дефініції цього поняття, науковці виділяють різні підходи щодо його суті. Так, можна виділити п'ять основних: архаїчний, логічний, «подвійний», інформаційний та змішаний. І хоча у вітчизняному законодавстві використано «інформаційний» підхід, проте виділяти один із них як головний недоцільно, оскільки переважання того чи іншого підходу залежить від особливостей національного законодавства певної країни, а також від поглядів конкретного вченого чи групи вчених на зміст категорії «докази».

Властивості доказів є їх необхідними якостями, за відсутності яких інформація доказом визнана бути не може. Властивості потрібно відмежовувати від ознак, оскільки останні є описом конкретно явища, тоді як властивості виражають суть такого явища. Властивостями доказів є належність та допустимість, а ознаками – достовірність та достатність.

Допустимість, як одна з основних властивостей, є показником того чи доказ був отриманий із дотриманням вимог, встановлених законодавством. Для того, щоб визначати, чи доказ є допустимим, потрібно, щоб він відповідав деяким критеріям, недотримання яких означає його недопустимість. Проте, невідповідність процесу отримання доказів цим критеріям не завжди повинна означати їх автоматичну недопустимість. Так, можна виділити декілька концепцій, які обґрунтовують можливість застосування, на перший погляд, недопустимих доказів у кримінальному процесі.

Суть концепції «асиметрії правил допустимості доказів» полягає у різних правових наслідках порушень, допущених під час отримання доказів, для сторін кримінального провадження. На нашу думку, варто підтримати положення, які обґрунтовують застосування такої концепції стороною захисту, оскільки це сприятиме реалізації принципу змагальності і ефективному виконанню завдань кримінального процесу. При цьому, варто виходити з того, що такі докази повинні: бути отримані стороною обвинувачення, в тому числі у

випадках, коли їх збирання ініційоване стороною захисту; підтверджувати невинуватість особи або вчинення інкримінованих особі дій іншими суб'єктами; бути належними; бути отриманими з належного джерела; бути достовірними, тобто підтверджуватися іншими доказами, їх сукупністю, або результатами слідчих дій, спрямованих на підтвердження цієї ознаки доказів.

В основу концепції «срібного блюдця» покладено твердження про те, що докази, які були отримані з порушення кримінального процесуального законодавства особою, що не бере участі у процесі доказування, можуть бути, за певних умов, визнані допустимими. Така концепція реалізується, зокрема, у практиці ЄСПЛ. З урахуванням цього та положень вітчизняного кримінального процесуального законодавства, пропонуємо виділяти такі критерії допустимості доказів за концепцією «срібного блюдця»: ініціатором збирання доказів виступає суб'єкт, що не є стороною у кримінальному провадженні; зібрані відомості підкріплюються іншими доказами; сторони мають можливість оскаржити такі докази в змагальному судовому процесі. У той же час, в жодному разі не можуть бути визнані допустимими докази, які: отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини; стосуються судимостей підозрюваного, обвинуваченого або вчинення ним інших правопорушень, що не є предметом конкретного кримінального провадження, крім випадків, встановлених законом; стосуються характеру або окремих рис характеру підозрюваного, обвинуваченого та можуть бути використані на підтвердження винуватості останнього, крім випадків, встановлених законом.

Концепція «плодів отруєного дерева» віднайшла своє нормативне закріплення у положеннях КПК України. Така концепція застосовується також і ЄСПЛ, проте, дещо в іншому контексті, ніж вона реалізована у положеннях вітчизняного законодавства.

Сутність концепції «чаю та чорнил» полягає у тому, що будь-яке порушення порядку отримання доказів, автоматично спричиняє їх недійсність. Вважаємо, що застосування такої концепції у вітчизняному кримінальному процесі є недоцільним, оскільки це, по-перше, суперечить положенням

КПК України, і, по-друге, таких підхід видається надто формалістичним, а його використання може призвести до втрати доказів, які можуть бути використані для встановлення обставин вчиненого правопорушення і притягнення до відповідальності осіб, які його вчинили.

Концепція «розбите дзеркало» оцінює докази з точки зору не єдиного масиву інформації, а відносно самостійних її блоків, що пов'язані одним змістом і спрямовані на підтвердження або спростування будь-яких обставин, що підлягають доказуванню в кримінальному провадженні. Ця концепція реалізується у практиці ЄСПЛ, а також, частково, у національному законодавстві.

Зміст концепції «добросовісна помилка» виявляється у тому, що у разі, якщо суб'єкт доказування не знав та не міг знати, що його дії є незаконними, то отримані внаслідок цього докази можуть бути визнані допустимими. Хоча такі положення не закріплені у КПК України, проте, на основі аналізу судової практики, можна зробити висновок, що ця концепція застосовується при здійсненні судочинства, і використовується досить неоднозначно. Задля уніфікації судової практики, з метою недопущення неоднозначного тлумачення, судам, при прийнятті процесуальних рішень, необхідно брати до уваги наступні фактори: причину перекваліфікації; обізнаність суб'єктів, уповноважених приймати таке рішення, про обставини, що вказують на неправильну кваліфікацію; момент, коли такі обставини могли бути або стали відомими.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від № 2341-III 13 квітня 2012 р.. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n2835> (дата звернення: 20.12.2018).
2. Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. Москва : Юристъ, 2009. 175 с.
3. Батан Ю. Д. Поняттєво-категорійний апарат превенції як призначення права. *Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка*. 2017. № 4 (80). С. 11-19.
4. Гуртієва Л. М., Лукашкіна Т. В. Теорія доказів у кримінальному судочинстві: навчально-методичний посібник. Одеса : Фенікс, 2016. 80 с.
5. Некрасов С. В. Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве. Москва : Экзамен, 2005. 126 с.
6. Кримінальний процес : підручник / за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. Харків : Право, 2013. 824 с.
7. Концепція. *Словник української мови: в 11 томах*. Том 4. URL: <http://sum.in.ua/s/koncepcija> (дата звернення: 26.12.2018).
8. Савицкий В. М. Уголовный процесс России на новом витке демократизации. *Государство и право*. 1994. № 6. С. 105-106.
9. Стуликов А. Н. Уголовно-процессуальные и криминалистические аспекты представления доказательств : автореф. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2002. 22 с.
10. Балакшин В. «Асимметрия» правил оценки допустимости доказательств. *Законность*. 2007. № 3. С. 2-5.
11. Терехин В. В. Недопустимые доказательства в уголовном процессе России : теоретические и прикладные аспекты : автореф. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2006. 27 с.
12. Ляхов Ю. А. Допустимость доказательств в российском уголовном процессе. Москва : Экспертное бюро, 1999. 80 с.

13. Конституція України : прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 29.12.2018).
14. Малахова О. В. Асиметрія правил допустимості доказів. *Правове життя сучасної України : матеріали Міжнародної наукової конференції професорсько-викладацького та аспірантського складу*. Одеса : Фенікс, 2014. Т. 1. С. 712-713.
15. Крупницкая В. И. Состязательность уголовного процесса и гарантии допустимости доказательств. *Юрист-Правоведъ*. 2007. № 3 (22). С. 45-51.
16. Лупинская П. А. Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств. *Российская юстиция*. 1994. № 11. С. 2-5.
17. Смирнов А. В. Решение вопроса о допустимости в качестве доказательств сведений, полученных с нарушением закона. *Уголовный процесс*. 2009. № 1. С. 23-26.
18. Вапнярчук В. В. Щодо концепцій допустимості доказів. *Право і суспільство*. 2016. №5. С. 162-167.
19. Граждане имеют право собирать доказательства по уголовному делу – судья Конституционного Суда : Разъяснение судьи Шишкина от 24 июля 2015 г. URL: <http://roadcontrol.org.ua/node/2747> (дата звернення: 29.12.2018).
20. Bykov v. Russia : Judgment of the European Court of Human Rights of 10 March 2009 (Application no. 4378/02). URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91704> (дата звернення: 30.12.2018).
21. M v. the Netherlands : Judgment of the European Court of Human Rights of 25 July 2017 (Application no. 2156/10). URL : <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-175667> (дата звернення: 30.12.2018).
22. Холочко О. Гуманізація доказування у кримінальному провадженні. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 4. С. 187-196.

23. Стоянов М. М. Концепції допустимості доказів : проблеми теорії, нормативної регламентації та правозастосовної практики. *Часопис Академії адвокатури України*. 2009. № 4. С. 1-6.
24. Павлишин А. Окремі питання допустимості доказів за Кримінальним процесуальним кодексом України. *Вісник Львівського університету*. 2014. № 59. С. 356-364.
25. Вирок Київського районного суду міста Одеси від 22 травня 2016 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74207278> (дата звернення: 20.12.2018).
26. Вирок Ананьївського районного суду Одеської області від 8 червня 2018 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74576737> (дата звернення: 20.12.2018).
27. Balitskiy v. Ukraine : Judgment of the European Court of Human Rights of 03 November 2011 (Application no. 12793/03). URL : <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-107185> (дата звернення: 30.12.2018).
28. Teixeira de Castro v. Portugal : Judgment of the European Court of Human Rights of 09 June 1998 (Application no. 25829/94). URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193> (дата звернення: 30.12.2018).
29. Prade v. Germany : Judgment of the European Court of Human Rights of 03 March 2016 (Application no. 7215/10). URL : <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-160990> (дата звернення: 30.12.2018).
30. Астапенко О. Допустимість доказів при їх оцінці у ході кримінально-процесуального доказування. *Підприємництво, господарство і право*. 2005. № 10. С. 144-146.
31. Вирок Первомайського міськрайонного суду Миколаївської області від 04 серпня 2016 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/59434202> (дата звернення: 21.12.2018).
32. Вирок Новозаводського районного суду міста Чернігова від 28 січня 2016 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/55305797> (дата звернення: 21.12.2018).

АНОТАЦІЯ

Актуальність дослідження. Докази є основою на якій ґрунтується весь процес здійснення кримінального судочинства. Лише за допомогою доказів ми можемо встановити дійсні обставини вчинення кримінального правопорушення, особу або осіб, які його вчинили, та призначити останнім справедливе покарання. Виходячи з дефініції, наведеної у Кримінальному процесуальному кодексі України, доказами є дані, тобто інформація. Проте не будь-яка інформація може бути доказом, а лише та, яка володіє певними властивостями. Так, докази повинні бути допустимими, тобто отриманими, лише у встановленому законодавством порядку, відповідати певним критеріям. У разі невідповідності будь-якому з них, доказ буде визнаватися недопустимим. Такий підхід законодавця, з одного боку, є правильним, оскільки під час і за результатами кримінального провадження обмежуються права людини і громадянина, і такі обмеження не можуть ґрунтуватися на доказах, які були отримані з порушенням кримінального процесуального законодавства. Проте, з іншого, визнаючи всі такі докази недопустимими ми створюємо перспективу втрати цінної доказової інформації та невиконання завдань кримінального процесу в цілому, оскільки інших доказів для доведення вини чи невинуватості особи може і не бути. Тому дослідження концепцій допустимості, які пояснюють як доказ, отриманий з порушенням належної правової процедури, може бути використаний у процесі доказування, є актуальним.

Метою наукового дослідження є виділення основних концепцій допустимості доказів, дослідження механізму їх застосування та оцінка перспектив впровадження таких концепцій у вітчизняний кримінальний процес.

Відповідно до мети дослідження, поставлено такі **завдання**:

- 1) визначити основні підходи до поняття «докази»;
- 2) проаналізувати властивості та ознаки доказів у кримінальному процесі;
- 3) з'ясувати значення концепцій допустимості доказів для кримінального процесу;
- 4) дослідити концепцію «асиметрії» допустимості доказів та сформулювати

критерії, з дотриманням яких така концепція може застосовуватися у національному кримінальному судочинстві;

5) розкрити сутність концепції «срібного блюда», проаналізувати практику її застосування та виділити критерії використання цієї концепції національним кримінальним процесом, а також проаналізувати умови, за яких вона не може застосовуватися;

6) охарактеризувати концепцію «плодів отруєного дерева» та практику застосування цієї концепції національними судовими органами та Європейським судом з прав людини;

7) визначити зміст інших концепцій допустимості доказів та перспективи їх використання у вітчизняному кримінальному процесі.

Відповідно до поставлених мети та завдань була обрана **методологічна основа** дослідження. Використовувалися як загальнонаукові, так і спеціальні методи. Діалектичний метод, зокрема, був застосований при аналізі базових теоретичних даних, які стосуються підходів до визначення поняття «докази» й при виділенні основних концепцій допустимості доказів та їх характеристики. Застосування аналітичного методу виражається у виділенні переваг та недоліків кожної концепції та визначенні, які з них можуть бути застосовані у кримінальному процесі України. За допомогою формально-логічного методу проаналізовано норми чинного законодавства, та, з використанням методу моделювання, запропоновано критерії, за дотримання яких та чи інша концепція може бути застосована у вітчизняному кримінальному процесі. Порівняльно-правовий метод застосовувався при дослідженні практики національних судів та практики Європейського суду з прав людини, з'ясуванні спільних та відмінних рис їх судових рішень.

Наукова новизна дослідження. На основі дослідження концепції «асиметрії» допустимості доказів, була визначена можливість впровадження такого підходу в Україні та вироблені критерії для його належного застосування. Після дослідження концепції «срібного блюда» запропоновано виділяти критерії допустимості доказів, отриманих неналежним суб'єктом, а

також випадки, коли такі докази у будь-якому разі будуть визнаватися недопустимими. Визначено, що хоча застосування такої концепції як «добросовісна помилка» не передбачено положеннями кримінального процесуального закону України, проте вона застосовується на практиці національними судами, але досить неоднозначно. З урахуванням цього сформовано перелік факторів, які повинен брати до уваги суд при прийнятті подібних рішень задля уникнення неоднозначності та досягнення мети кримінального судочинства.

Теоретична значимість проведеного дослідження полягає у тому, що описані концепції допустимості доказів та вироблені критерії їх застосування у національному кримінальному процесі сприятимуть розвитку доктрини кримінального процесуального права, а саме такої його підгалузі як доказове право.

Практичне значення одержаних результатів. Наукове дослідження може використовуватися під час викладання дисципліни «кримінальний процес», при розробці спецкурсів з теорії доказів. Крім того, запропоновані критерії застосування окремих концепцій допустимості доказів, можуть бути використані законодавцем у подальшій законотворчій діяльності з метою удосконалення положень Кримінального процесуального кодексу України та кримінального процесуального законодавства в цілому.

Структура наукової роботи обумовлена метою та завданнями дослідження та складається зі вступу, двох розділів, які містять в собі сім підрозділів, висновків та списку використаних джерел. У вступі визначено актуальність, об'єкт, предмет, мету, завдання, методологію дослідження, його джерельну базу, наукову новизну, теоретичне та практичне значення результатів дослідження. Перший розділ присвячений поняттю доказів, їх властивостям та ознакам. У другому розділі досліджено основні концепції допустимості доказів та проаналізовано можливість їх застосування у кримінальному процесі України. У висновках підсумовано результати дослідження.