

УДК 343.150.1

**ОЦІНКА СУДОМ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ ДОКАЗІВ
НА ПРЕДМЕТ ЇХ ДОПУСТИМОСТІ НА СТАДІЇ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ
В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

**EVALUATION OF THE EVIDENCE CONCERNING ITS ADMISSIBILITY
AT THE TRIAL STAGE IN CRIMINAL CASE BY COURT OF FIRST INSTANCE**

Панасюк О.А.,
*асистент кафедри правосуддя
Полтавського юридичного інституту
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена проблемі реалізації повноважень суду першої інстанції на стадії судового розгляду, що пов'язані з оцінкою допустимості доказів. Зроблено висновок про те, що визнання судом доказів недопустимими повинно вирішуватися залежно від конкретних умов та обставин. Остаточне рішення суд має ухвалити, лише якщо докази будуть оцінені з точки зору відповідності їх нормативно закріпленим, а також пропонованим у науці критеріям.

Ключові слова: допустимість доказів, оцінка доказів, повноваження суду, розсуд суду, суд першої інстанції, гносеологія судового розгляду.

Стаття посвящена проблеме реализации полномочий суда первой инстанции на стадии судебного разбирательства, которые связаны с оценкой допустимости доказательств. Сделан вывод о том, что признание судом доказательств недопустимыми должно решаться в зависимости от конкретных условий и обстоятельств. Окончательное решение суд должен принять, только если доказательства будут оценены с точки зрения их соответствия нормативно закрепленным, а также предлагаемым в науке критериям.

Ключевые слова: допустимость доказательств, оценка доказательств, полномочия суда, усмотрение суда, суд первой инстанции, гносеология судебного разбирательства.

The article is devoted to the problem of realization of the power of court of first instance at the trial stage which is connected with evaluation of admissibility of evidence. It can be concluded in this work that court decision on inadmissible evidence must be made on a case-by-case basis, depending on specific conditions and circumstances. Particular attention is paid to the fact that the final decision on this matter must be taken by court only if evidence is evaluated from the point of view of its conformity with the normative and scientific criteria.

Key words: admissibility of evidence, evaluation of evidence, power of court, judicial discretion, court of first instance, gnosiology of trial.

Постановка проблеми. Традиційно в літературі визначають допустимість доказу як зовнішню його властивість, яка пов'язана з можливістю використання цього доказу в кримінальному провадженні [1, с. 186]. Встановлюючи вимоги дотримання процесуальної форми при формуванні доказу (ч. 1 ст. 86 Кримінального процесуального кодексу України від 13.04.2012 (далі – КПК), метою закону є не тільки отримання доброякісних фактичних даних та їх джерел, здатних з достовірністю встановлювати обставини кримінального провадження, але й гарантувати дотримання основоположних прав і свобод людини в процесі їх отримання. Саме цим зумовлена така важливість цього інституту кримінального процесуального права та підвищені вимоги закону до допустимості доказів.

Стан дослідження. Допустимість як одна з обов'язкових та важливих властивостей доказів (у будь-якому разі – з точки зору сучасної загальноновизнаної доктрини кримінального процесу) не залишала поза увагою наукову думку, що формувалася вченими різних епох. Так, у різні часи проблемам допустимості доказів так чи інакше присвячували свої дослідження такі вчені¹. У дореволюційний період – С.І. Вікторський, Л.Є. Владимиров, П.І. Люблінський, М.М. Розін, В.К. Случевський, В.Д. Спасович, І.Я. Фойницький, О.П. Чебишев-Дмитрієв та ін.; у радянські часи – В.Д. Арсеньєв, Р.С. Белкін, А.Я. Вишинський, А.І. Вінберг, Г.Ф. Горський, М.М. Гродзинський, Ю.М. Грошевий, В.Я. Дорохов, О.О. Ейман, П.С. Елькінд, М.В. Жогін, Л.Д. Кокорєв, П.А. Лупинська, І.Б. Михайловська, М.М. Михеєнко, Г.М. Мінковський, Г.С. Мосеєн, І.Л. Петрухін, М.М. Полянський, О.Р. Ратінов, В.М. Савицький, Н.В. Сібілова, М.С. Строгович, Ф.Н. Фаткуллін, М.О. Чельцов-Бебутов, С.А. Шейфер та ін. Не залишилася поза увагою ця проблема й у дослідженнях сучасних вітчизняних і зарубіжних науковців, зокрема таких як: В.С. Балакшин, А.Р. Белкін, В.М. Бозров, Гармаєв Ю.П., О.В. Горбачов, Р.В. Данилова, В.І. Жажицький, В.В. Золотих, О.В. Капліна, М.М. Кіпніс, М.О. Колоколов, Р.В. Костенко, Н.В. Костовська, В.Т. Маляренко, В.Т. Нор, Ю.К. Орлов, С.В. Прилуцький, О.В. Руденко, О.В. Селіна, С.М. Стахівський, В.І. Толмосов, О.В. Хімичева, Б. Хубер, О.Г. Шило, М.Є. Шумило та ін.

Однак дозволимо собі з упевненістю констатувати, що ця тема не лише не вичерпана, але й продовжує викликати численні запитання в теорії і ще гостріше – на практиці. **Актуальність** цього питання ще більше зростає у зв'язку з прийняттям нового КПК, який вперше на законодавчому рівні закріпив правила, що стосуються допустимості доказів у кримінальному провадженні. Саме тому, **метою** статті є

подальше дослідження проблеми допустимості доказів через призму діяльності суду першої інстанції на стадії судового розгляду в кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. КПК України закріплює, що судові рішення повинні бути обґрунтованими на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтвержені доказами (ч. 3 ст. 370), а недопустимий доказ не може бути використаний під час прийняття процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд, коли ухвалює судові рішення (ч. 2 ст. 86). Однак разом з тим, що закон надає такого важливого значення допустимості доказів, правове регулювання окресленого питання потребує вдосконалення.

Сказане вище вкотре підкреслює важливість рішення суду про визнання доказу недопустимим у процесі доказування в судовому розгляді, а відповідно наголошує на значній відповідальності та складності діяльності суду в забезпеченні змагальності судового розгляду та постановлення справедливого судового рішення.

Вищевикладене наполегливо вимагає від теорії та практики кримінального судочинства розробки відповідних положень та рекомендацій, якими має керуватися суд при визначенні питання допустимості доказів у кримінальному провадженні. Тому вважаємо, що критеріями для визнання судом доказів недопустимими в судовому засіданні мають бути такі: по-перше, це істотність порушення закону під час отримання доказу, що тягне за собою істотне порушення прав людини та основоположних свобод; по-друге, вплив порушень (недотримання) процесуальної форми під час формування доказової інформації на достовірність фактичних даних, отриманих у результаті цих процесуальних дій. Розглянемо ці твердження більш детально².

Як впливає з КПК України, істотність порушення закону під час отримання доказу, формування доказової інформації, безпосередньо залежить від того, чи мало воно наслідком істотне порушення прав та свобод людини, що гарантовані Конституцією України та законами, а також міжнародними договорами України (ст. 87 КПК). Конституційний Суд України у своєму рішенні зазначив: «Перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі та ухвалення законного і справедливого рішення у справі» [2, с. 159].

Істотне порушення прав і свобод людини – це оцінке поняття кримінального процесуального права. Воно уточнюється і конкретизується в процесі правозастосування з урахуванням особливостей конкретної ситуації. Виходячи з цього, неможли-

¹До того ж зазначимо, що проблем допустимості доказів торкалися у своїх дослідженнях не лише ті науковці, які займалися питаннями доказового права в кримінальному судочинстві, але й ті, що тим чи іншим чином розробляли положення, які стосувалися провадження досудового розслідування, процесуального порядку провадження слідчих дій, або вивчали питання діяльності суб'єктів кримінального процесу.

²При цьому зазначимо, що в рамках цього дослідження ми не будемо зупинятися на характеристиці усіх тих критеріїв, що є загальноновизнаними в науці кримінального процесу, тобто вимог щодо допустимості доказів, а лише звернемо увагу на окремих проблемних аспектах їх правореалізації.

во унормувати всі ситуації з істотним порушенням прав і свобод людини, але критеріями їх оцінки слід вважати неможливість, неповноту (перешкоду) в реалізації прав та свобод людини [3, с. 256]. Законом (ч. 2 ст. 87 КПК України) передбачено ряд випадків (і перелік цей не є вичерпним), під час встановлення яких суд зобов'язаний безумовно й безальтернативно визнати порушення прав і свобод людини істотним, що тягне за собою недопустимість відповідного доказу. Отже, не будь-які порушення норм закону повинні спричинити недопустимість доказів.

Досить раціональну й виважену позицію займає, наприклад, Т.Д. Москвітін. Вона порушує проблемні питання: «Чи не є буквально тлумачення положень процесуального закону правовим ідеалізмом, фетишизмом, переоцінкою можливостей права?» При цьому вона обґрунтовано робить висновок, що питання про недопустимість тих чи інших доказів повинні вирішуватися, перш за все, через призму забезпечення права на захист [4, с. 114; 5, с. 37]. Як зазначається, незначні відступи, наприклад, від форми складення протоколів слідчих і судових дій, їх реквізитів, якщо це не порушує гарантованих конституційних і процесуальних прав учасників кримінального судочинства, не можна розцінювати як грубе порушення закону, яке спричиняє недопустимість доказу [5, с. 37].

Але не всі науковці поділяють таку точку зору, відповідно до якої не в усіх випадках порушення (недотримання) закону під час збирання доказів відбувається визнання доказу недопустимим. Так, Ю.П. Гармаєв зазначає, що в кримінально-процесуальній науці досить багато як противників, так і прибічників теорії «нешадного виключення доказів» [6, с. 30]. До числа останніх можна віднести А.С. Лобанова, В.Г. Золотих, В.В. Савицького, О.В. Чувильова тощо, які говорять про те, що будь-які процесуальні порушення недопустимі [7; 8; 9, с. 87; 10, с. 80]³. Справедливу оцінку зазначеній теорії дав В.П. Бож'єв: «Важко сказати, чого в подібних твердженнях більше: елементарного нерозуміння процесу, демагогії, лицемірства чи юридичного невігластва?!» [11, с. 5]. У розвиток цих положень І.Б. Михайловська зазначає, що в принципі навряд чи можна заперечувати необхідність поділу допущених порушень на суттєві й несуттєві, ті, що можна усунути й ті, що ні [12, с. 111]. На думку вченого, в основі цієї проблеми лежить той факт, що порушення встановлених правил можуть носити «технічний характер», тобто виключати ймовірність якого-небудь впливу як на зміст доказу, так і на реалізацію прав учасників процесу. Однак досить складно знайти ту межу, яка відділяє технічні помилки від усіх інших, тим більше, що оцінка належності

ті відомостей може змінюватися в ході судочинства [12, с. 112-114]⁴. Вважаємо, що в цьому випадку якнайкраще можна проілюструвати саме необхідність суддівського розсуду в такому питанні. Адже тільки професійний суд здатен вирішити настільки складні питання, що виникають протягом судового розгляду кримінального провадження, пов'язані із оцінкою суттєвості/несуттєвості порушення закону й, відповідно, допустимості/недопустимості доказу. Ми переконані, що формальний підхід апіорі не здатен вирішити вказані завдання, а тому суд зобов'язаний активно реалізовувати надані йому повноваження по всебічному, повному й неупередженому дослідженні наданих йому доказових матеріалів⁵.

Як уже було зазначено, закон не дає і, звичайно, не може дати вичерпного переліку випадків, коли б докази визнавалися недопустимими. Одне і те ж саме порушення, як справедливо відмічають науковці, в одній ситуації може розцінюватися як підстава для визнання доказу недопустимим, а в інших – ні. І, в першу чергу, це пов'язано з можливістю усунення цих порушень шляхом проведення додаткових процесуальних дій, а в другу – з тим, як уже говорилося, наскільки це порушення обмежило права та законні інтереси учасників кримінального провадження [1, с. 187]. І відповідно, чи є можливим поновлення (відновлення) права особи в судовому провадженні. Ці положення безумовно пов'язані із тим, чи можливо апіорі перевірити в судовому засіданні порушення норм закону при отриманні доказу (перевірюваність порушень процесуальної форми). А також важливим у цьому разі стає питання про те, яким чином (якими засобами) це зробити. Наприклад, поданням інших доказів стороною, що заявила клопотання про недопустимість доказу; перевірка судом такої інформації, проведення та призначення судом на цій підставі додаткових процесуальних дій (зокрема, призначення експертизи – ст. 332, ч. 3 ст. 358 КПК, виклик та допит нових або вже допитаних свідків тощо). Саме тому в цьому контексті особливо важливого значення набуває те, наскільки активно суд реалізує свої повноваження щодо забезпечення всебічного, повного й неупередженого дослідження всіх обставин кримінального провадження, не формально, «шаблонно», здійснює свої обов'язки, залишаючись при цьому неупередженим та забезпечуючи рівні можливості для сторін по реалізації їхніх процесуальних прав.

Вважаємо за доцільне також висловити певні зауваження стосовно власне самої можливості поновити такі порушення прав і свобод особи, шляхом проведення в судовому засіданні певних процесуальних дій. Так, наприклад, на одному аркуші протоколу

³Подібна ситуація, як відмічається в дослідженнях науковців, може призвести до того, що суб'єкти, які заслуговують на суворе покарання, часто уникають його через так звані формальні підстави [6, с. 30].

⁴Цілком обґрунтовано, вважаємо, автор робить висновок про те, що, питання про виключення доказу, при отриманні якого було порушено порядок провадження відповідної процесуальної дії, може вирішуватися неоднозначно.

⁵Як правильно зазначають учені, формальний підхід обмежує розсуд суду щодо оцінки доказів і «розмиває» принцип оцінки на основі внутрішнього переконання, «підмішуючи» до нього властивості формальної оцінки. У результаті важливі для аргументації судового рішення докази виключно з формальних підстав нерідко залишаються поза кримінальним судочинством [13, с. 43].

обшуку житла відсутній підпис одного з понятих. Як справедливо зазначають учені, формально – це порушення норми КПК. Але якщо в ході допиту цього понятю як свідка він пояснить, що це сталося випадково і підтвердить законність проведеної слідчої (розшукової) дії, то таке порушення нівелюється. Якщо понятій з різних причин не зможе засвідчити правильність проведення цієї дії, то таке, на перший погляд, незначне порушення форми фіксації результатів слідчої (розшукової) дії може призвести до визнання доказів недопустимими. Інша справа, коли обшук у житлі був проведений без ухвали слідчого судді. По-перше, у цьому випадку порушується гарантоване Конституцією України право громадянина на недоторканність житла (ст. 30), а, по-друге, які б додаткові процесуальні дії не проводилися слідчим, прокурором чи судом, усунути це порушення неможливо взагалі [1, с. 187-188]. І.Л. Петрухін щодо цього вказує на те, що в ряді випадків закон розцінює права і свободи людини як більше соціальне благо, ніж досягнення істини в кримінальній справі [14, с. 195-196].

С.А. Шейфер звертає увагу також на те, що на фоні частих обвинувачень у тому, що працівники міліції «підкидають» речові докази обшукуванням, набуває особливого значення чітке відображення в протоколі місця виявлення вилучених предметів та їх індивідуальних особливостей, що підтверджується понятими. Відсутність даних про це та безуспішність з'ясування прогалини шляхом допиту понятих створює сумніви, які не можна усунути, у достовірності отриманих доказових матеріалів [15, с. 53]. А отже спричиняє виникнення сумнів у законності проведення цієї слідчої дії та, відповідно, порушення конституційних прав особи. П.А. Лупінська вказує на те, що неясність з приводу того, як, де та за яких обставин отриманий матеріальний об'єкт, який несе ту чи іншу інформацію, позбавляє його доказової сили [16, с. 3].

Зважаючи на викладене, особливо цікавим буде продемонструвати підхід у вирішенні цього питання в деяких європейських державах. Так, наприклад, у кримінальному процесі Федеративної республіки Німеччина (далі – ФРН) в основі регламентації питання про допустимість доказів лежать два досить жорстких правила: 1) заборона отримання (тобто недопустимість отримання доказів певними способами); 2) заборона використання (тобто недопустимість використання доказів, отриманих певними способами). Заборони на використання містяться переважно в прецедентному праві, створюваному Федеральною судовою палатою (Верховним Судом Німеччини) та певним чином у КПК. Значимо, що за відсутності відповідного судового прецеденту порушення заборони на отримання доказів певним чином, автоматично не тягне за собою їх недопустимості. Таке порушення – це підстава для участі доказу в так званому «тесті пропорційності», за до-

помогою якого суддя з урахуванням доказової цінності та надійності незаконно отриманого доказу визначає, чи буде відповідати меті досягнення балансу між інтересами індивіда й суспільними інтересами визнання допустимим та використання цього доказу в кримінальній справі. Ідея щодо пропорційності між цілями, засобами та людськими цінностями, яка повинна дотримуватися при вторгненні у сферу прав і свобод індивіда, що відбувається в процесі кримінального судочинства, отримала розвиток у рішеннях Конституційного Суду ФРН, а рішеннями Верховного Суду ФРН і верховних судів земель були створені судові прецеденти по застосуванні тесту пропорційності [17, с. 257-258]. До прикладу, недотримання формальних правил стосовно доказів, отриманих шляхом прослуховування телефонних та інших переговорів (наприклад, прийняття рішення щодо прослуховування переговорів посадовою особою, що не має на це повноважень) не завжди має своїм наслідком недопустимість доказів. Вони будуть визнані суддею недопустимими тільки в тому випадку, якщо на основі тесту пропорційності, враховуючи тяжкість злочину в справі, стосовно якої ведеться провадження, характер порушення процесуальних правил та інші обставини, він вирішить, що допуск такого доказу порушить баланс між суспільними інтересами та інтересами обвинуваченого [17, с. 262]. Отже, у вирішенні цього питання розсуд суду відіграє вирішальне значення щодо використання в судочинстві доказів, отриманих із певними порушеннями процедури їх збирання. Виняток стосується порушення заборон, прямо встановлених ст. 136а КПК Німеччини⁶. У цьому разі такі порушення автоматично тягнуть за собою недопустимість показань. Це відбувається, навіть якщо обвинувачений згоден із допуском таких доказів. Також незалежно від дотримання процедури отримання недопустимими доказами є будь-чий щоденникові записи, які стосуються особистих відносин чи власних внутрішніх психологічних переживань особи. Ці рішення Верховний Суд ФРН мотивував тим, що допуск подібних доказів втручався б у внутрішню сферу індивіда та зачіпав би його людську гідність [17, с. 258-262].

Таким чином, як констатує проф. Інституту зарубіжного й міжнародного кримінального права імені Макса Планка (Фрайбург, Німеччина) Б. Хубер, сукупність правил про недопустимість доказів у кримінальному процесі Німеччини характеризуються досить гнучким підходом, що не зумовлює недопустимість доказів порушенням формальних правил їх збирання, а передбачає розгляд цього питання в більш широкому контексті, і залишає судді певну свободу розсуду. У той же час, дотримання процедури збирання доказів виступає все ж основним критерієм їх допустимості, саме її порушення є підставою для участі доказу в тесті пропорційності [17, с. 263].

Розглянемо докладніше положення про дотримання процесуальної форми під час отримання дока-

⁶У такому випадку можна провести аналогію із ч. 2 ст. 87 КПК України. Зокрема, у ст. 136а КПК ФРН йдеться про заборону використання показань, отриманих із застосуванням фізичного впливу, наркотиків, тортур, гіпнозу та ряду інших незаконних дій.

зів як умови, що забезпечує достовірність доказової інформації. Ще І. Бентам писав про те, що порядок проведення слідчої дії (наприклад допиту) є більш надійною гарантією та більш дієвим засобом для розкриття істини, аніж найсуворіші покарання за неправдиві свідчення [18, с. 41]. Н.В. Сібільова вказувала: «Недотримання вимог процесуальної форми при закріпленні об'єктивного змісту фактичних даних, що містяться в тому чи іншому джерелі інформації, може призвести до викривлення цієї інформації й потягти за собою недостовірність висновку про наявність чи відсутність фактів, що підлягають встановленню в кримінальній справі» [19, с. 17].

На думку О.Д. Бойкова, надмірне значення, надане в законі категорії допустимості доказів, призвело до того, що в ряді випадків допустимість (форма) «поглинула» зміст доказів і процес доказування в цілому, наслідком чого стало блокування самої можливості доказування [20, с. 92]. А Є.А. Доля цілком обгрунтовано вважає неприпустимою таку ситуацію, за якої суд не входить ні в оцінку достовірності доказу, ні в оцінку суттєвості допущеного порушення [21, с. 112-113].

Як справедливо зазначає Ю.К. Орлов, процесуальна форма, при усій її важливості, не є самоціллю. Вона має свій глибокий зміст і призначення. Процесуальна форма покликана забезпечити вирішення двох, хоча й тісно пов'язаних, але відмінних задач: по-перше, максимально гарантувати достовірність отриманих фактичних даних, і по-друге, захистити законні права й інтереси особистості. Звідси й процесуальні порушення, що впливають на допустимість доказів, можуть бути двох видів: а) ті, що ставлять під сумнів достовірність доказу (наприклад, пред'явлення для впізнання об'єкта в кількості одного); б) ті, що утискають права особи (незаконне проведення обшуку). Відповідно й підхід до цих видів порушень повинен бути принципово різним, оскільки перші мають гносеологічну природу, а другі – соціальну [22, с. 47]. Доказом, зазначає В.Л. Будніков, здатні стати лише такі відомості, які відносяться до досліджуваної злочинної події, правдиво й об'єктивно висвітлюють її, а також отримані належним шляхом і в належному порядку [23, с. 45]. Н.В. Сібільова наголошувала на очевидності того, що коли застосований слідчим або судом тактичний прийом ставить під сумнів достовірність інформації, отриманої в результаті цієї слідчої дії, або ж обмежує права й законні інтереси особи, то така інформація не може бути допущеною в кримінальний процес як судовий доказ [19, с. 54].

А тому, якщо порушення закону спричинило появу обгрунтованих сумнівів щодо достовірності отриманої інформації (доказу), і їх не можна усунути в судовому засіданні, то відповідний доказ також повинен бути визнаний судом недопустимим. Наприклад, на допиті ставились навідні запитання, під час пред'явлення для впізнання надано тільки два пред-

мети, і особа стверджувально відповідає на запитання, даючи обвинувальні показання [24, с. 44]. Або ж якщо, приміром, у доказуванні використовуються матеріали так званих «нетрадиційних способів» отримання доказів, які не передбачені КПК України (зокрема, застосування поліграфа, допит під гіпнозом, використання здібностей екстрасенсів тощо) та які не відповідають критеріям наукової достовірності та обгрунтованості, то отримані за їх допомогою відомості не можуть бути використані як докази в кримінальному провадженні [1, с. 202]. Правильність самого підходу, при якому є недопустимим використання відомостей, отриманих із невідомого або ж «сумнівного» джерела, як вказується вченими, виглядає очевидним [24, с. 42].

Натомість, якщо порушення встановленого законом порядку збирання й закріплення доказів не накладає «тінь сумніву» на їх достовірність і наслідки несуттєві й підлягають усуненню, то нерозумно, як зазначають дослідники, відмовлятися від доказової інформації в умовах, як правило, її гострого дефіциту при розслідуванні, розгляду й вирішенні справи [25, с. 35; 13, с. 41-47]. Адже, як зазначається в юридичній літературі, іноді на практиці під час визнання навіть лише одного, але основного доказу недопустимим, втрачається можливість винесення обвинувального вироку (наприклад, протоколу огляду місця події в справах про дорожньо-транспортні події, коли при абсолютному суперечливих показаннях сторін цей протокол зі схемами й фототаблицями є чи не єдиним об'єктивним доказом вини особи [26, с. 39; 27, с. 18]. Або коли, наприклад, огляд місця події відбувався за участі слідчого й спеціалістів у замінованому приміщенні, і поняті участі в цій слідчій дії не брали, оскільки небезпека для життя людей мала дуже високий ступінь імовірності, запобігти чому не було можливості). Якщо ж суд допустився помилки в оцінці допустимості навіть одного доказу, то це може призвести до винесення незаконного й необгрунтованого⁷, а значить – і неправосудного, підсумкового судового рішення [28, с. 8-14; 24, с. 42-43; 13, с. 41-42].

Отже, істотність порушень норм закону можна ставити в залежність не лише від того, чи спричинили вони порушення, які не можна усунути, прав, свобод чи законних інтересів особи, але й від того, чи вплинули або могли вплинути такі порушення на достовірність доказової інформації. Так, Ю.П. Гармаєв зазначає, що несуттєві порушення – це перш за все ті, які не вплинули і не могли вплинути на достовірність отриманого результату [6, с. 31]. Наприклад, коли свідка викликають способом, не вказаним у законі, а, скажімо, через іншого свідка [29, с. 58-59]. Або, наприклад, чи повинна бути помилка в назві документа, що є безсумнівним порушенням закону, причиною скасування судового рішення, помилка в назві документа? [6, с. 31]. Такими, що можуть бути усунені або подолані, повинні визнаватися порушен-

⁷Як зазначають дослідники, посилаючись при цьому на дані судової практики, «... вирок, постановлений без оцінки доказів, допустимість яких не перевірялася, не може бути визнаний обгрунтованим» [13, с. 42].

ня, які можуть бути відновлені або нейтралізовані. До таких порушень відносяться, як правило, дефекти процесуального оформлення. До таких можна віднести: відсутність підпису або запису про тривалість провадження слідчої дії тощо. Однак доказ, отриманий навіть і з більш серйозним порушенням закону, може бути відновлений у результаті заміни іншим (у тому числі аналогічним). Наприклад, слідчу дію може бути повторено (не роз'яснено потерпілому його процесуальні права – можна допитати заново, але уже з роз'ясненням прав) [29, с. 60; 27, с. 18-19].

У цьому контексті заслуговує на увагу думка І.Б. Михайловської, яка стверджує, що проблема подолання дефектів процесуальної форми доказу, а також віднесення допущених порушень до категорії суттєвих або несуттєвих виникає тоді, коли слідчу дію, що слугувала способом отримання доказу, неможливо повторити. Очевидно, наприклад, що повторне пред'явлення для впізнання завжди породжує сумнів, що не можна усунути, у достовірності його результатів, оскільки особа, яка опізнає, уже може володіти відомостями, що виключають об'єктивність її показань. Що стосується таких слідчих дій, які загалом допускають повторення, то можливість цього також може бути виключена. Так, повторний допит свідка є неможливим, якщо він помер, або ж невідоме його місце знаходження тощо [12, с. 114-115]. Якщо ж повторне провадження «покривдженої» слідчої дії з тих чи інших причин неможливе, то необхідно провадити іншу слідчу дію для встановлення того ж факту⁸. Якщо подібні випадки трапляються під час судового розгляду кримінального провадження, то вбачається доцільним для суду надати доручення на проведення відповідної слідчої (розшукової) дії (наприклад, того ж слідчого експерименту) в порядку, передбаченому ст. 333 КПК України, а якщо це можливо, то провести необхідну процесуальну дію в судовому засіданні.

Цікаво також, що навіть П.А. Лупінська, яка вважається прихильником «нешадного виключення недопустимих доказів»⁹, також цілком послідовно в своїх твердженнях доходить висновку про те, що недопустимість використання доказів (при порушенні деяких процесуальних правил) може в конкретному випадку залежати від того, чи вплинуло або могло вплинути допущене порушення на достовірність зафіксованих у процесуальному документі даних, та чи можна в суді з'ясувати причину недотримання процесуальної форми й отримати необхідні відомості, що стосуються сутності проведеної дії й достовірності її відображення в документі. Таким чином, робить висновок авторка, в тому чи іншому випадку

робиться висновок про те, чи тягнуть ці порушення визнання таких доказів недопустимими й виключення їх із судового розгляду [16, с. 4].

Сумніви в допустимості предметів і документів, як відмічає С.А. Шейфер, можуть виникнути і з таких причин, як відсутність у протоколі дати проведення слідчої дії, даних про роз'яснення понятим і особі, яку обшуковують, їх прав, пропозиції видати знайдене добровільно, не зазначення інформації про тривалість обшуку тощо. Вбачається, однак, що ці обставини призведуть до недопустимості отриманих предметів і документів тільки тоді, коли буде неможливо усунути сумніви в допустимості доказів шляхом допиту осіб, що здатні внести ясність у спірну обставину. Виявлена при цьому недбалість працівників, що здійснювали обшук, якщо вона не могла вплинути на об'єктивність отриманих результатів, не повинна тягнути за собою визнання предметів і документів недопустимими доказами [15, с. 53].

Квінтесенцією вищезазначених положень є також і міркування професора Ю.М. Грошевого, який цілком справедливо наголошує на тому, що «... боротися з порушеннями закону дійсно треба. Але обов'язковість реалізації правових норм неможливо забезпечити за рахунок безмежного розширення інституту допустимості доказів. Скасування вироку тягнуть не будь-які порушення форм судочинства, а тільки істотні. Інакше кажучи, простежується диференційований підхід до наслідків процесуальних порушень. Визнання відомостей щодо фактів такими, що не мають юридичної сили, повинно мати місце тільки при встановленні істотних порушень форм судочинства. Чи не означає це своєрідний заклик до формалізму, коли форма враховується сама по собі, а не за властивим їй змістом?» [30, с. 115-116].

Свого часу М.М. Полянський правильно вказував, що формалізм полягає у «... додержанні законом форм, без урахування їх дійсного значення та мети, у такій фетишизації форм, коли вони враховуються самі по собі» [31, с. 141].

О.В. Селіна щодо цього справедливо зазначає, що недотримання регламентації в певних деталях неминуче в будь-якій роботі. З метою забезпечення достовірності доказів це частіше за все можна компенсувати законними діями [32, с. 34]. Авторка йде навіть далі: вона робить висновок про те, що не всяке *недотримання* закону можна вважати власне його *порушенням* (курсив мій – О. П.). Порушення закону являє собою не лише його недотримання (хоча б і в найменших деталях), а й підлив сутнісних основ права. Слово «супротивний», тобто «протилежний», а значить – не сумісний, так само відрізняється за

⁸Так, наприклад, результати пред'явлення для впізнання речового доказу – ключів – були визнані недопустимим доказом внаслідок порушень порядку проведення цієї слідчої дії; однак це «упущення» було подолано провадженням слідчого експерименту, під час якого ключами вільно відмикалися й зачинялися двері будинку. Таким чином, факт виявлення ключів від будинку зберіг своє доказове значення, незважаючи на недопустимість результатів їх упізнання [27, с. 19].

⁹Такий висновок зроблений дослідниками [30, с. 117-118].

¹⁰До слова, за визначенням українського законодавця, істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону є такі порушення вимог КПК, які перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обгрунтоване судові рішення (ч. 1 ст. 412 КПК).

змістом від терміна «невідповідний», як відрізняється від нього слово «порушуючий» (тобто не сумісний з існуванням). Критерій відмежування порушення кримінального процесуального закону від його недотримання – оціночний. Сутність його близька до звичного поняття «істотне порушення кримінального процесуального закону» [32, с. 34]. Додамо до цього, що тільки суд може найбільш усесторонньо й неупереджено оцінити обставини й зробити висновок про істотність чи неістотність таких порушень. Лише суд здатен оцінити чи дійсно сталися грубі (істотні) порушення закону, чи малозначні ненавмисні відступи від нормативно встановлених вимог.

Погоджуються із поділом порушень закону на суттєві та несуттєві під час збирання доказів й інші автори. Так, Ю.І. Стецовський, О.М. Ларін, В.І. Жажицький, С.О. Новіков зазначали, що недопустимим доказ стає внаслідок не формального, а істотного порушення кримінально-процесуального закону [33, с. 303; 34, с. 24; 24, с. 42-43]. До того ж, визначення суттєвості слід віднести до прерогативи суду. Порушення належного порядку проведення слідчої чи судової дії, а тим паче незначні відступи від форми складання або реквізитів протоколу не завжди породжують сумнів у достовірності відомостей, що містяться в ньому. У цьому разі багато що залежить від характеру порушень та можливості проведення слідчих і судових дій, спрямованих на отримання таких відомостей, які усували б сумнів у достовірності доказу [5, с. 37; 35, с. 6-7].

У будь-якому разі, сторона, зацікавлена у визнанні таких доказів допустимими, повинна виявити і надати суду переконливі й аргументовані доводи на користь несуттєвості та/або усунення тієї чи іншої помилки, порушення закону [36, с. 145-151]. Суд же, як убачається, повинен неупереджено й безсторонньо дослідити, оцінити та перевірити зазначені доводи сторони; встановити, на скільки вони усувають або «компенсують» недоліки провадження (та чи можливо взагалі поновити утрачені упущення) та прийняти відповідне рішення. Реалізація цього положення буде сприяти більш раціональному підходу при ухваленні рішення про виключення недопустимих доказів [13, с. 48].

Окрім цього, Ю.П. Гармаєв, посилаючись на професорів В.П. Бож'єва та В.М. Лебедева [37, с. 968-970], зазначає про обґрунтування цими вченими того, що порушення, які не вплинули і не могли вплинути на законність, обґрунтованість і справедливості судового рішення, повинні вважатися несуттєвими¹⁰. Отже, Норми закону, отже, фактич-

но розмежовують порушення закону на несуттєві та/або які можна усунути, на протипагу суттєвим та/або які не можна усунути, передбачаючи для них протилежні правові наслідки [6, с. 31].

У контексті названих положень, цікавою є думка сучасних українських дослідників, які пропонують визнавати істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону, які перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення, використання недопустимого доказу під час прийняття судового рішення, доповнивши відповідно ст. 412 КПК України вказаною підставою [38, с. 4, 13, 16], яка на сьогодні відсутня в КПК. Не вдаючись до глибокого аналізу підстав для зміни або скасування судових рішень в порядку апеляційного провадження, відмітимо лише, що до подібних пропозицій слід ставитися досить виважено та обережно, оскільки, як уже було зазначено вище, відступи від процесуальної форми під час збирання доказів, можуть мати різні процесуальні наслідки.

Висновки. Отже, вирішення судом питання допустимості доказів у судовому розгляді кримінального провадження не повинно вирішуватися односторонньо, а лише за розсудом суду. Вважаємо, що остаточне рішення з цього питання суд має ухвалити, лише якщо докази будуть оцінені з точки зору відповідності їх нормативно закріпленям, а також пропонуваням у науці критеріям.

Окрім іншого, пропонуємо такими критеріями для визнання судом доказів недопустимими в судовому засіданні вважати такі: по-перше, це істотність порушення закону під час отримання доказу, що тягне за собою істотне порушення прав людини та основоположних свобод; і по-друге, вплив порушень (недотримання) процесуальної форми під час формування доказової інформації на достовірність фактичних даних, отриманих у результаті цих процесуальних дій. При цьому додатковою умовою, що імпліцитно пронизує ці два положення, має бути можливість або неможливість подолання відповідних порушень процесуальної форми (відновлення прав осіб або нейтралізація, усунення таких порушень у судовому засіданні).

Як бачимо, лише за дотримання таких умов, суддівський розсуд під час вирішення цього питання буде найбільшим чином обґрунтованим, виваженим і спрямованим на досягнення завдань кримінального провадження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Грошевий Ю.М. Докази і доказування Кримінальний процес : [підручник] / [Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.] ; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. – Х. : Право, 2013. – 824 с.
2. Рішення Конституційного Суду України «У справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України» № 12-рп/2011 від 20.10.2011 р. // Вісник КСУ. – 2011. – № 6. – С. 155-161.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України : [науково-практичний коментар] : у 2 т. / [О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.] ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – Т. 1. – 2012. – 768 с.
4. Москвитина Т.А. Дифференциация нарушений уголовно-процессуального закона // В сб.: Дифференциация формы и содержания в уголовном судопроизводстве (материальный и процессуал. аспекты): Сб. науч. ст. / Ярослав. гос. ун-т им. П. Г. Демидова; [Редкол.: Л. Л. Кругликов (отв. ред.) и др.]. – Ярославль: ЯГУ, 1995. – 124 с.
5. Меринов Э. Правомерна ли активность суда в решении вопросов о допустимости доказательств? / Э. Меринов // Законность. – 2006. – № 3. – С. 35-37.

6. Гармаев Ю.П. Устранение сомнений в допустимости доказательств // *Законность*. – 2011. – № 5. – С. 29-33.
7. Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе / В. В. Золотых. – М. : АСТ; Ростов на Дону : Феникс, 1999. – 286 с.
8. Чувилев А. Плоды отравленного дерева / А. Чувилев, А. Лобанов // *Российская юстиция*. – 1996. – № 11. – С. 47-49.
9. Прилуцкий С. Допустимость доказів: сучасність та перспективи кримінального процесу України / С. Прилуцкий // *Право України*. – 2006. – № 4. – С. 85-89.
10. Прилуцкий С. Проблеми допустимості доказів у кримінальному судочинстві України / С. Прилуцкий // *Бюлетень Міністерства юстиції України*. – 2006. – № 9. – С. 77-86.
11. Божьев В.П. Существенные нарушения норм УПК / В.П. Божьев // *Законность*. – 2009. – № 1. – С. 4-8.
12. Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе / И.Б. Михайловская. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 192 с.
13. Бозров В.М. Судебное решение и оценка доказательств по уголовному делу: [монография] / В. Бозров, Н.В. Котовская. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 160 с.
14. Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. 1. – М. : Проспект, 2004. – С. 195-196.
15. Шейфер С.А. Проблемы допустимости доказательств требуют дальнейшей разработки / С.А. Шейфер // *Государство и право*. – 2001. – № 10. – С. 47-54.
16. Лупинская П.А. Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств / П.А. Лупинская // *Российская юстиция*. – 1994. – № 11. – С. 2-5.
17. Хубер Б. Допустимость доказательств в уголовном процессе Германии : [параграф из коллективной монографии *Criminal Procedure in Europe*] / R. Vogler, B. Huber (eds.); Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. – Berlin : Duncker and Humblot. – 2008. – S. 336-349 // *Правоведение*. – 2011. – № 1. – С. 257-263.
18. Бентам Иеремия. О судебных доказательствах: Трактат по изданию Дюмона / Бентам Иеремия ; пер. с франц. И. Гороневича. – К. : Типография М. П. Фрица, 1876. – 421 с.
19. Сибилева Н.В. Допустимость доказательств в советском уголовном процессе : [учеб. пособие] / Н.В. Сибилева. – К. : УМК ВО, 1990. – 68 с.
20. Научно-практическая конференция «Правовая и криминологическая оценка нового УПК РФ» // *Государство и право*. – 2002. – № 9. – С. 89-120.
21. Научно-практическая конференция «Правовая и криминологическая оценка нового УПК РФ» (Окончание) // *Государство и право*. – 2002. – № 10. – С. 94-125.
22. Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе : [научно-практическое пособие] / Ю.К. Орлов. – М. : Проспект, 2002. – 138 с.
23. Будников В.Л. Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве // *Российская юстиция*. – 2003. – № 10. – С. 45-46.
24. Новиков С.А. Показания обвиняемого в уголовном процессе России: проблемы допустимости / С.А. Новиков // *Российская юстиция*. – 2014. – № 2. – С. 41-44.
25. Миронов В. Правила оценки допустимости доказательств / В. Миронов // *Законность*. – 2006. – № 5. – С. 35-36.
26. Жук М. Последствия признания судом доказательств по уголовному делу недопустимыми / М. Жук // *Законность*. – 2007. – № 7. – С. 39-40.
27. Плетнев В.В. Проблемы использования доказательств, полученных с нарушением процессуального закона / В.В. Плетнев // *Российская юстиция*. – 2014. – № 4. – С. 18-20.
28. Балакшин В.С. Соотношение допустимости доказательств с их относимостью и достоверностью / В.С. Балакшин // *Законность*. – 2014. – № 3. – С. 8-14.
29. Гришина Е.П. Дискуссионные проблемы допустимости доказательств в науке уголовно-процессуального права (теории «беспощадного исключения доказательств», «плодов отравленного дерева» и «асимметрии правил допустимости») / Е.П. Гришина, С.А. Саушкин, А.В. Абросимов // *Мировой судья*. – 2008. – № 1. – С. 58-59. – Цит. за: Гармаев Ю.П. Устранение сомнений в допустимости доказательств / Ю.П. Гармаев // *Законность*. – 2011. – № 5. – С. 29-33.
30. Прошевий Ю.М. Проблеми диференціювання порушень кримінально-процесуальних норм в доказуванні / Ю.М. Прошевий // *Вісник Академії правових наук України*. – 1997. – № 2 (9). – С. 112-121.
31. Полянский Н.Н. Вопросы теории советского уголовного процесса / Н.Н. Полянский. – М. : Моск. гос. ун-т, 1956. – 271 с.
32. Селина Е.В. Допустимость доказательств и судебское усмотрение в уголовном процессе // *Государство и право*. – 2009. – № 8. – С. 31-38.
33. Стецовский Ю.И. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту / Ю.И. Стецовский, А.М. Ларин. – М.: Наука, 1988. – 320 с.
34. Зажицкий В.И. Доказательственное право в гражданском, арбитражном и уголовном процессе: сравнительный анализ / В.И. Зажицкий // *Советская юстиция*. – 1993. – № 20. – С. 23-25.
35. Григорьева Н. Исключение из разбирательства дела недопустимых доказательств / Н. Григорьева // *Российская юстиция*. – 1995. – № 11. – С. 5-7.
36. Гармаев Ю.П. Квалификация и расследование взяточничества : [учебно-практическое пособие] / Ю.П. Гармаев, А.А. Обухов. – М. : Изд-во «Норма», 2009. – 303 с.
37. Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.М. Лебедева ; науч. ред. В.П. Божьев. – 6-е изд. перераб. и доп. – М. : Изд-во Юрайт; Юрайт-Издат, 2010. – 970 с. – Цит. За : Гармаев Ю.П. Устранение сомнений в допустимости доказательств / Ю.П. Гармаев // *Законность*. – 2011. – № 5. – С. 29-33.
38. Кашка О.С. Повноваження суду апеляційної інстанції в кримінальному процесі України : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / О.С. Кашка. – К., 2014. – 20 с.