

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-235-0-9>

Жуковська О. Ю.,

суддя

Дубенського міськрайонного суду Рівненської області,

м. Рівне

Кравчук С. М.,

orcid.org/0000-0002-3485-1343

старший викладач кафедри суспільно-гуманітарних наук

Української академії друкарства,

присяжна

Шевченківського районного суду міста Львова,

м. Львів

**ВИПРАВДУВАЛЬНИЙ ВИРОК У КОНТЕКСТІ ПРАВОВИХ
ПОЗИЦІЙ ЩОДО НЕДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ УНАСЛІДОК
НЕРОЗТАЄМНЕННЯ ДОКУМЕНТІВ, ЩО СТАЛИ ПІДСТАВОЮ
ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ**

Анотація. Дослідження розкриває теоретичні аспекти правових позицій щодо недопустимості доказів унаслідок нерозтаємнення документів, що стали підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Робота сприяє розв'язанню важливого наукового завдання – з'ясувати взаємозв'язки теорії та практики у контексті права людини на приватність. Порушується практична проблематика незначної кількості виправдувальних вироків та акцентується увага на потребі наукових пошуків подолання цієї проблеми, нових теоретико-правових розробок. Таємниця приватного життя має стати не лише інтересом законодавця, а й реальним практичним утіленням у руках судової влади за умов наявності у державі відповідного досконалого «інструментарію», наданого законодавцем. Узагальнено основні проблемні аспекти розширення меж особистого життя людини та модифікацій його сучасних форм. Визнання доказів недопустимими розглядається як неконкретизована кримінально-процесуальна санкція, застосування якої пов'язане з установленням правозастосовувачем обставин, які свідчать про наявність

порушень вимог закону під час збирання та фіксації фактичних даних, які унеможливають їх використання в доказуванні в кримінальному провадженні. Аналізуються доктрини «плодів отруєного дерева» та «срібного блюда» у контексті виправдального вироку.

Вступ

Із метою відходу від радянського обвинувального ухилу в судочинстві й задля наближення українського законодавства до європейського у сфері захисту прав людини у 2012 році в новому Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК) уведено інститут слідчого судді [1]. Завданням останнього став контроль за дотриманням прав людини на стадії досудового розслідування. З огляду на це, право на таємницю приватного життя отримало підвищений захист.

Згідно з ч. 1 ст. 258 КПК ніхто не може зазнавати втручання у приватне спілкування без ухвали слідчого судді. Цим втручанням (за ч. 4 цієї ж статті) є доступ до змісту спілкування за умов, якщо його учасники мають достатні підстави вважати, що спілкування є приватним. Різновидами є: 1) аудіо-, відеоконтроль особи; 2) арешт, огляд і виїмка кореспонденції; 3) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; 4) зняття інформації з електронних інформаційних систем. І лише слідчий суддя відповідного апеляційного суду чи Вищого антикорупційного суду України, якщо кримінальне провадження стосується кримінального правопорушення, що підсудне цьому суду, вповноважені санкціонувати втручання у приватне спілкування (ч. 1 ст. 247 КПК). Водночас заборонено втручатись у приватне спілкування захисника, священнослужителя з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим, виправданим (ч. 5 ст. 247 КПК). Крім того, слідчий суддя апеляційного суду зобов'язаний розглянути клопотання про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії (далі – НСРД) протягом шести годин із моменту його отримання (ч. 1 ст. 248 КПК), а не впродовж періоду 24–72 годин як слідчий суддя місцевого загального суду в інших випадках здійснення контролю за дотриманням прав людини. Загалом, усе вищезазначене свідчить про наявність підвищеного рівня уваги з боку законодавця до охорони права на таємницю спілкування. До 2012 року схожих положень не існувало.

Незважаючи на новели, кількість виправдувальних вироків в Україні відтоді не збільшилась. Згідно з доповіддю однієї з авторок (О.Ю. Жуковської) на XI Всеукраїнській науково-практичній конференції «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні» (Рівненський інститут Київського університету права Національної академії наук України, 20.04.2021) за результатами дослідження співвідношення виправданих загальними місцевими судами до засуджених за вироками, що набули чинності, спостерігається тенденція до зменшення кількості виправданих осіб у 2018–2019 роках майже вдвічі порівняно з попередніми роками: від 0,41% і 0,40% у 2016–2017 рр. до 0,19; і 0,24% у 2018–2019 відповідно, а загалом, упродовж 2014–2020 рр. в Україні фактично виправдано 2 086 осіб проти 561 542 засуджених, тобто лише 0,37%. Як доречно зауважує дослідник Г.І. Алейніков, навіть у репресивні 1937–1940 роки виправдувальні вирoki в загальній статистиці розглянутих справ становили 10% [2, с. 13].

Низький відсоток виправдувальних вироків, що набули чинності, створює враження про «каральний ухил» «судової машини». Як наслідок, у широкого загалу виникає відчуття неможливості досягти справедливості в суді. Тому дослідження судової практики та оцінка процесуальних документів, які стали правовою підставою для втручання у приватне спілкування через призму зв'язку з виправдувальними вироками, є надзвичайно актуальними, оскільки вони зумовлять можливість віднайти та запропонувати законодавцю зміни на підставі новітніх теоретико-правових розробок у цій царині.

1. Виправдувальний вирок та визнання доказів недопустимими (теоретичні та практико-прикладні аспекти)

Система неупередженого правосуддя є запорукою становлення громадянського суспільства та правової держави, у якій захист прав людини є основоположним критерієм її безпеки. Суддівське переконання має бути позбавлене будь-якої ірраціональності, а це і тверда впевненість у винуватості або у відсутності вини обвинуваченого. Переконливість вироку зумовлюється як суворим дотриманням засад кримінального процесу протягом усього розслідування, так і розглядом конкретної справи.

Результатом негативної оцінки судом неналежного виконання стороною обвинувачення юридичного обов'язку, встановленого для неї об'єктивним правом щодо доведення винуватості особи, є ухвалення виправдувального вироку.

Вирок – найважливіший акт правосуддя, у правильності якого не може виникати жодних суддівських сумнівів та яке (на переконання судді) є єдиноможливим у відповідній справі.

Термін «засудити» охоплює вибір міри покарань та постановлення обвинувального вироку. У «побутовому» розумінні цей термін уживається як констатація невдоволення кимось/чимось. А ось виправдання – це не засудження, а вирок суду, в якому визнається невинуватість підсудного. Отож, поняття «засудити» тут буде не тільки не логічним, а й таким, що не узгоджується з нормами КПК. Виправдувальний вирок не допускає вживання й формулювань, які містять сумнів щодо невинуватості виправданого.

Ухвалення судами виправдувальних вироків свідчить про ретельне ставлення до доказової бази та її оцінки. А обвинувальний нахил правосуддя відходить у минуле як атавізм пострадянського суспільства. Його відсутність – характерний показник демократичного суспільства.

Непоодинокими є випадки виправдувальних вироків, пов'язані з недопустимістю доказів унаслідок нерозтаємнення документів, що стали підставою для проведення НСРД.

Загалом, проблематиці допустимості доказів присвячені дослідження таких учених, як О.С. Александров, Н.С. Алексєєв, В.Д. Арсенєв, В.С. Балакшин, А.Р. Белкін, Р.С. Белкін, Ю.П. Боруленков, Т.В. Варфоломєєва, В.П. Гмирко, Г.Ф. Горський, Т.М. Добровольська, В.Я. Дорохов, П.С. Елькінд, О.О. Ейсман, В.В. Золотих, Л.М. Карнеєва, М.М. Кіпніс, Л.Д. Кокорев, М.П. Кузнецов, А.А. Кухта, В.О. Лазарева, О.М. Ларін, Л.М. Лобойко, В.З. Лукашевич, Г.М. Мінковський, І.Б. Михайловська, Я.О. Мотовиловкер, Ю.К. Орлов, П.С. Пастухов, С.О. Пашин, П.Ф. Пашкевич, Г.М. Резнік, В.М. Савицький, Н.В. Сибільова, С.М. Стахівський, Ю.І. Стецовський, О.І. Трусов, Ф.Н. Фаткуллін, С.А. Шейфер та ін.

Недопустимі докази є важливим елементом забезпечення права людини на справедливий суд. Право ж на свободу та особисту недоторканність, право на гідність особи, право на недоторканність приватного життя, свобода совісті та свобода

думки – класичні права людини, права першого покоління, тоді як права інших поколінь, на думку багатьох учених, є лише «соціальними домаганнями». Вони становлять основу інституту прав людини. Проте сучасний інститут прав людини, які належать до першого покоління, є надзвичайно динамічним. Він чутливо реагує на суспільні зміни, які мають місце. Розширились межі особистого життя та модифікувались форми. Сьогодні приватне життя та його недоторканість пов'язані із соціальними мережами, особистісним спілкуванням та листуванням через них, спілкування з чат-ботами, а завтра це вже буде приватна інформація таких спілкувань із машинами зі штучним інтелектом (далі – ШІ). Люди готові ділитися зі ШІ своїми хвилюваннями, таємницями. Пошукові системи використовуються як бази даних. Продукти людської свідомості (спілкування в чатах, коментарі в соціальних мережах, уподобання тощо) зможуть бути перенесеними в штучний носій, а інформація перед цим – зчитаною тим самим ШІ. Пов'язані з цим відносини стають реальністю й потребують появи нової правової матерії та ретельного захисту, адже значна їх частина міститиме приватні моменти. Злонамірність окремих осіб ніхто не скасовував, як і неправдиві обвинувачення щодо людини, яка невинна. Повне анулювання негативу не є властивим людській природі.

Визнання доказів недопустимими за юридичною природою є неконкретизованою кримінально-процесуальною санкцією. Її застосування пов'язане з установленням правозастосовувачем обставин, які свідчать про наявність порушень вимог закону під час збирання та фіксації фактичних даних, які унеможливають їх використання в доказуванні в кримінальному провадженні.

В англосаксонській системі права відсутня вичерпна процесуальна регламентація діяльності щодо збирання доказів на досудовому провадженні, а тому положення стосовно визнання доказів недопустимими має характер загальної санкції, яка застосовується під час порушення конкретних правил. У романо-германській правовій системі застосовується інший підхід – правила про недопустимість доказів діють у разі порушень, передбачених законом, або ж у разі суттєвого порушення процесуальних прав сторін [3].

Загалом, виходячи із сьогодення, виправдувальний вирок в Україні є не досить частим явищем. У сучасній науковій доктрині також існує низка невіршених питань. А окремим аспектам

ухвалення виправдувального вироку присвячено незначну кількість робіт порівняно з обвинувальним. Вищенаведене свідчить про актуальність дослідження окресленої проблематики виправдувального вироку як важливого акту здійснення правосуддя. Окремої наукової уваги також потребує дослідження причин, які є його підґрунтям.

Ухвалення вироку досліджувалось такими науковцями, як М.І. Бажанов, Ю.М. Грошевий, В.Р. Заблоцький, Р.Н. Ласточкіна, Е.А. Матвієнко та ін. Окремим теоретико-правовим аспектам виправдувального вироку приділяли увагу Г.І. Алейніков, О.В. Капліна, О.М., Лупинська, О.Г. Яновська та ін. Цікавими з теоретико-правової точки зору є дослідження гносеологічної природи виправдувального вироку, проведені В.С. Дяковим. Так, серед іншого, останній робить висновок про те, що причинами ухвалення виправдувальних вироків є помилка у кримінальному процесі або кримінально процесуальне правопорушення. Він наводить теоретико-правову інтерпретацію своїх поглядів та формує відповідні визначення:

1. У діяльнісному сенсі феномен юридичної помилки у кримінальному процесі може трактуватися як наслідок апостеріорного виявлення невідповідності знання, сформованого суб'єктами кримінального провадження, досліджуваному об'єктові пізнання. Виникнення цієї невідповідності спричинено неусвідомленим процесом формування помилкових *de facto* висновків через роботу з недоброякісною інформацією, дефектами правосвідомості, браком життєвого та/або професійного досвіду, спеціальних знань, а також особистісними якостями юриста. Хибне уявлення правознавця, який здійснює кримінальне провадження, може також зумовлюватися складністю самого об'єкта процесуального пізнання та недосконалістю засобів діяльності доказування.

2. На відміну від юридичної помилки кримінальне процесуальне правопорушення становить усвідомлене, винне, суспільно небезпечне діяння, вчинене суб'єктом кримінальних процесуальних правовідносин у супереччя вимогам чинного законодавства України, що завдає шкоду правам і законним інтересам учасників процесу [4, с. 219].

Таким чином, юридична помилка завжди є неусвідомленою, а кримінальне процесуальне правопорушення відрізняється саме усвідомленістю, коли суб'єкт знає, що порушує закон і завдає

шкоду правам учасників кримінального процесу, що призводить до ухвалення судом першої інстанції виправдувального вироку.

Не становить сумнівів те, що причинами ухвалення виправдувальних вироків є юридична помилка та/або кримінальне процесуальне правопорушення. Погоджуючись із висновками В.С. Дякова, спірним видається таке: дослідник зараховує до вчинених органами досудового розслідування кримінальних процесуальних правопорушень і порушення вимог допустимості доказів [1, с. 24]. Тому можна зробити висновок, що докази визнаються судом недопустимими саме через свідоме порушення кримінального процесуального закону органами досудового розслідування. Але чи завжди це так? Чи практично можливе визнання доказів недопустимими через помилку, зумовлену, наприклад, складністю предмета пізнання? Відповідь на це питання і є метою нашого дослідження.

Згідно з вимогами ч. ч. 1, 2 ст. 290 КПК, визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акту, прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні. Частиною 11 цієї статті визначено, що сторони кримінального провадження зобов'язані здійснювати відкриття одна одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду. Водночас частина 12 встановлює, що якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Тривалий час існувала практика, за якою за клопотанням органу досудового розслідування гриф таємності знімався відповідними експертними комісіями лише з матеріалів, що містили результати реалізації негласних слідчих (розшукових) дій, але не з процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання). Зазвичай, це стосувалось кримінальних проваджень у корупційних справах чи справах, пов'язаних з обігом наркотичних засобів та психотропних речовин. Тому під час ознайомлення з матеріалами кримінального провадження в порядку ст. 290 КПК стороною обвинувачення стороні захисту надавались для ознайомлення лише ті матеріали, що були в наявності, тобто які містили відомості про результати реалізації

НСРД. І за результатами судового розгляду суди не застосовували доктрину «плодів отруйного дерева» та не визнавали докази недопустимими через нерозсекречення на стадії досудового розслідування та, як наслідок, невідкриття стороні захисту під час виконання ст. 290 КПК України процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД, оскільки самі по собі такі матеріали не є доказами у кримінальному провадженні. Крім того, експертні комісії з питань таємниць окремих апеляційних судів не розтаємнювали матеріальні носії інформації внаслідок відсутності правового механізму розсекречення матеріалів, що стали підставою для здійснення оперативно-розшукових заходів, а тому сторона обвинувачення надавала суду першої інстанції різні довідки чи листи з таких апеляційних судів і цього було достатньо, щоб підтвердити існування ухвали слідчого судді відповідного апеляційного суду про надання дозволу на проведення НСРД у конкретному кримінальному провадженні. Проте не є достатньо того, щоб суд мав можливість з'ясувати, чи існували підстави для санкціонування НСРД щодо конкретної особи та чи дотримано органом досудового розслідування під час реалізації НСРД суттєвих умов попереднього дозволу апеляційного суду для здійснення таких процесуальних дій. Тому з часом судова практика, як ми дослідили, змінилась.

2. Короткий огляд правових позицій та загальний аналіз розвитку практики щодо недопустимості доказів унаслідок нерозтаємнення документів, що стали підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій

Загалом, проблематиці правозастосування ст. 290 КПК України в аспекті відкриття процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД, присвячено низку правових висновків, що містяться в постановах Верховного Суду України (далі – ВСУ) у справах № 5-364 кс 16 від 16.03.2017 р. [5] та № 5-237 кс (15) 17 від 12.10.2017 р. [6], у постановах Великої Палати Верховного Суду (далі – ВП ВС) від 16 січня 2019 року та 16 жовтня 2019 року в провадженнях № 13-37 кс 18 [7] та № 13-43 кс 19 [8] відповідно. Така кількість правових висновків найвищої судової інстанції свідчить про існування виключно теоретико-правової проблеми, яку судова практика розв'язувала поступово, на підставі власних кропітких досліджень та аналізу

об'єктивного права. Останнє також підтверджує складність предмета пізнання.

На прикладі судової справи № 567/169/15-к за обвинуваченням особи у вчиненні корупційного правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 368 Кримінального кодексу України (далі – КК України), можемо проілюструвати, як процес тривалого формування правового висновку виявляє себе на практиці [9].

Сторона захисту клопотала перед судом першої інстанції про визнання усіх доказів, здобутих під час проведення оперативно-розшукових заходів та НСРД, а також похідних від них недопустимими через порушення права особи на захист. Так, у зв'язку з невідкриттям стороні захисту під час ознайомлення з матеріалами кримінального провадження в порядку ст. 290 КПК України процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД (ухвали слідчого судді Апеляційного суду м. Києва про зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та аудіо-, відеоконтроль особи, постанови заступника прокурора Рівненської області про проведення НСРД – контроль за вчиненням злочину у формі імітування обставин злочину з використанням заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів). При цьому сторона захисту посилалась на правовий висновок ВСУ в справі № 5-364 кс 16 від 16.03.2017, а саме: не відкриття матеріалів сторонами одна одній в порядку статті 290 КПК після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, є підставою для визнання судом відомостей, що містяться в них, недопустимими як докази [5].

Суд першої інстанції під час задоволення клопотання сторони захисту про визнання доказів недопустимими поділив їх на три групи:

1. Згідно з текстом вироку [10] частина відомостей, здобутих у результаті негласних оперативно-розшукових заходів у межах оперативно-розшукової справи, містились у матеріалах кримінального провадження і була відкрита стороні захисту на виконання ст. 290 КПК України в момент завершення досудового розслідування, а частина – ні. Під час судового розгляду прокурор намагався виправити цей дефект і додати як докази фактичні дані, здобуті в межах оперативно-розшукової справи, проте суд

погодився зі стороною захисту і відмовив у задоволенні клопотання про долучення доказів на стадії судового розгляду. Зокрема, суд послався на принцип «рівності зброї» та ч. 12 ст. 290 КПК України, адже матеріали були у сторони обвинувачення від початку і, як видається, відсортувались на ті, які використовувались у процесі досудового розслідування і з якими ознайомлювали захист, і ті, з якими сторону захисту ознайомили після спливу понад трьох років судового розгляду.

А відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) складником права на справедливий суд, гарантований статтею 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод, є принцип «рівності зброї», тобто рівності сторін у процесі розуміння «справедливого балансу» між сторонами, який вимагає, щоб кожній стороні надавалася розумна можливість представити справу в таких умовах, які не ставлять цю сторону в суттєво не вигідне становище щодо другої сторони. Сторона обвинувачення не може приховувати, не надавати обвинуваченому матеріали, що перебувають у неї або доступні їй, які можуть допомогти обвинуваченому звільнитися від кримінальної відповідальності чи отримати менш суворий вирок (рішення ЄСПЛ у справах *Jasper* проти Сполученого Королівства», 16.02.2000, *Dombo Beheer B.V.* проти Нідерландів, 27.10.1993 та *Ankerl* проти Швейцарії, 23.10.1996) [11].

Досудове розслідування у згаданому кримінальному провадженні тривало 5 тижнів. Відомості ж збирались упродовж 5 місяців до внесення інформації в Єдиний реєстр досудових розслідувань, а також, за твердженням сторони захисту, і після не були використані під час досудового розслідування і не відкривались стороні захисту роками. Як наслідок, ці відомості не допущені ухвалою суду як докази відповідно до реалізованої фактичної кримінальної процесуальної санкції, передбаченої ч. 12 ст. 290 КПК України [12]. Тобто відомості були в наявності у сторони обвинувачення від початку, але використати їх та відкрити стороні захисту вирішили лише в той момент, коли судовий розгляд добігав кінця, адже згідно з текстом вищезазначеної ухвали суду впродовж вісімнадцяти місяців прокурори в цьому кримінальному провадженні не надали усіх, які вважали за необхідне, доказів зі сторони обвинувачення, незважаючи на те, що суд, згідно з ч. 6 ст. 22 КПК України, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створив необхідні

умови для реалізації сторонами процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків.

У теоретичному контексті причиною визнання доказів недопустимими у вищенаведеному прикладі якраз і стало кримінальне процесуальне правопорушення, адже сторона обвинувачення усвідомлено діяла всупереч вимогам процесуального закону, коли приховала від сторони захисту увесь масив відомостей, що мали доказове значення і, ймовірно, могли свідчити про перебування особи під контролем держави задовго до події кримінального правопорушення.

2. Крім того, згідно з вироком [10] частина доказів, здобутих під час проведення негласних оперативно-розшукових заходів у межах оперативно-розшукової справи використовувалась стороною обвинувачення як доказ. За твердженням сторони обвинувачення, втручання у приватне спілкування (зняття інформації з каналів зв'язку, аудіо- та відеоконтроль особи) було санкціоноване відповідними ухвалами слідчих суддів Апеляційного суду м. Києва, проте під час судового розгляду експертна комісія з питань таємниць відповідного суду відмовила у розтаємненні (розтаємниченні) матеріальних носіїв через відсутність відповідної правової процедури. За результатами судового розгляду встановлено, що ухвали слідчого судді Апеляційного суду м. Києва, згідно з якими, за твердженням сторони обвинувачення, було дозволено втручання у приватне спілкування, відсутні. Також ці ухвали не відкривались стороні захисту під час виконання ст. 290 КПК України. Тому під час судового розгляду процесуальних документів щодо наявності правових підстав втручання у приватне спілкування обвинуваченого суд не досліджував. Суттєві умови попереднього дозволу суду для здійснення процесуальних дій чи взагалі наявність такого дозволу від слідчого судді не були встановлені. Як наслідок, суд констатував, що втручання у приватне спілкування відбулось у результаті оперативно-розшукової діяльності з порушенням порядку, встановленого КПК України, оскільки ні суду, ні стороні захисту не надано ухвали слідчого судді Апеляційного суду м. Києва, яка б санкціонувала подібне втручання і визначала його суттєві умови. Тому суд виконав обов'язок, покладений п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК України, і через істотне порушення прав людини та основоположних свобод, а також відповідно до ч. 12 ст. 290 КПК

України через невідкриття матеріалів, які є правовою підставою для проведення НСРД, застосовуючи запозичене з англосаксонського доказового права правило «плодів отруйного дерева», визнав недопустимими доказами всі фактичні дані, здобуті під час втручання у приватне спілкування особи та похідні від них, які містились на відповідних носіях (диски, касети, протоколи) та у висновках експертиз.

У цьому прикладі документи, що стали процесуальною підставою для проведення НСРД, взагалі не відкривались стороні захисту в порядку ст. 290 КПК України (ні під час досудового розслідування, ні під час судового розгляду), а також їх не досліджував і суд. Для відповіді на питання про те, чи відбулося тут кримінальне процесуальне правопорушення сторони обвинувачення, чи це була помилка, зумовлена складністю об'єкта пізнання, необхідно з'ясувати, зокрема, практику експертних комісії з питань таємниць не лише одного апеляційного суду, а й інших, а також проаналізувати правові підстави процедури зняття грифу таємності, що є перспективним напрямом теоретичних пошуків. Із наведеного прикладу видається, що однозначно стверджувати про умисне порушення кримінального процесуального закону, як мінімум органом досудового розслідування, не є можливим.

3. Третю групу доказів, що стосувались НСРД, становили відомості, здобуті під час реалізації НСРД, санкціонованих заступником прокурора області: контролю за вчиненням злочину у формі імітування обстановки злочину з використанням заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів.

Сторона захисту посилалась на правовий висновок ВСУ в справі № 5-364 кс 16 від 16.03.2017 р., про який ішлося вище [5], і просила визнати недопустимими докази, бо їх не відкрили в порядку статті 290 КПК після закінчення досудового розслідування.

Проте суд першої інстанції у вирок мотивував [10], що у зазначеному правовому висновку аналізувалась оперативна закупка, яка відбулась до внесення відомостей про кримінальне правопорушення в ЄРДР, а відомості були розтаємнені та долучені прокурором на стадії апеляційного оскарження, тому ВСУ зробив висновок, що право обвинуваченого на захист порушено, оскільки він був змушений захищатися від так званих нових доказів без надання достатніх можливостей і часу для їх

спростування, що призвело до порушення балансу інтересів у кримінальному процесі. ВСУ зробив висновок, що невідкриття матеріалів сторонами одна одній в порядку статті 290 КПК після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, є підставою для визнання судом відомостей, що містяться в них, недопустимими як докази. Але фактичні обставини в цьому кримінальному провадженні щодо НСРД контролю за вчиненням злочину суттєво відрізнялись від тих, що спричинили постановлення вищезазначеного правового висновку ВСУ.

Так, згідно з текстом вироку [10] обвинувачений був повідомлений про НСРД згідно з постановою прокурора про контроль за вчиненням злочину на стадії досудового розслідування і всі наявні на той час матеріали у сторони обвинувачення відкрито стороні захисту в порядку ст. 290 КПК України. Але гриф секретності знято з документів, на підставі яких проведено НСРД у формі контролю за вчиненням злочину, вже в процесі судового розгляду, після чого сторона обвинувачення відкрила ці документи стороні захисту, а суд першої інстанції надав достатньо часу стороні для підготовки позиції, яка була озвучена через місяць. За результатами дослідження доказів суд ухвалив розв'язати питання щодо їх допустимості чи недопустимості одночасно з ухваленням кінцевого рішення у кримінальному провадженні, таким чином надавши захисту ще час для їх спростування. Досудове розслідування у даному кримінальному провадженні тривало близько 5-ти тижнів. Процесуальні документи подано всього на чотирьох аркушах, що стали підставою для проведення НСРД, відкрито одразу після отримання стороні захисту, якій надано достатні можливості й час терміном майже 10 місяців для спростування відомостей, що перевищує більше ніж у 9 разів увесь строк досудового розслідування. Таким чином, ці докази не є новими для сторони захисту і не призвели до порушення балансу інтересів у кримінальному процесі. Тому підстав визнавати їх недопустимими через порушення права на захист суд не знайшов і продовжив аналізувати як процесуальні документи, що стали підставою для проведення НСРД, так і відомості, здобуті внаслідок реалізації цієї НСРД. За результатами судового розгляду 29.12.2018 р. суд першої інстанції ухвалив вирок, згідно з яким за одним епізодом особу визнано винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 2

ст. 190 КК України, та призначено покарання. Але за іншим епізодом щодо вимагання та отримання хабаря – виправдано за обвинуваченням у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК України на підставі п. 3 ч. 1 ст. 373 КПК України за недоведеністю в його діях складу кримінального правопорушення [10].

Також у провадженні № 13-37 кс 18 колегія суддів Касаційного кримінального суду відступила від правових позицій ВСУ та сформулювала свій правовий висновок про те, що процесуальні документи, які стали правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій (ухвали, постанови, клопотання), що не були відкриті стороні захисту на момент звернення до суду з обвинувальним актом, оскільки вони не були у розпорядженні сторони обвинувачення – за наявності відповідного клопотання, можуть бути відкриті під час судового розгляду у суді першої чи апеляційної інстанції. Таке відкриття на цих стадіях кримінального провадження процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій, не тягне за собою за вказаних обставин визнання відомостей, які містяться у них, та результатів проведення таких дій недопустимими доказами відповідно до ст. 290 КПК, у зв'язку з чим колегія суддів Касаційного кримінального суду звернулася до Великої палати Верховного суду, яка 16.01.2019 р. сформулювала і свій правовий висновок [7].

Так, у п. 57 постанови ВП ВС у справі в провадженні № 13-37 кс 18 вказано, що документи, які стали правовою підставою проведення НСРД (зокрема, не розсекречені на момент звернення до суду з обвинувальним актом), не можуть вважатися додатковими матеріалами до результатів проведених негласних слідчих (розшукових) дій, отриманими до або під час судового розгляду, оскільки є їх частиною. І в п. 63 підсумовано, що за наявності відповідного клопотання процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) і які не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК, оскільки їх тоді не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні, але суд не має допустити відомості,

що містяться в цих матеріалах кримінального провадження, як докази [7].

Такий правовий висновок означав, що абсолютно у всіх кримінальних провадженнях, у яких на завершальній стадії досудового розслідування під час ознайомлення з матеріалами в порядку ст. 290 КПК України стороні захисту не було відкрито документи, що стали процесуальною підставою для проведення НСРД, зокрема через незняття грифу таємності, суд повинен був визнавати докази недопустимими. Незалежно від наявності чи відсутності необхідних матеріалів у сторони обвинувачення, незалежно від поведінки органів досудового розслідування, незалежно від того, вчасно задовольнили чи відмовили експертні комісії в клопотанні про зняття грифу таємності з документів, усі докази, здобуті під час реалізації НСРД та похідні від них, на кшталт висновків відповідних експертиз чи показань свідків реалізації НСРД, вилучених речових доказів тощо, суд повинен був визнавати недопустимими. Місця для суддівського розсуду в кожній конкретній ситуації задля вирішення справи по суті, фактично, не лишили, адже варіант поведінки був один, як-от невідкриття процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД саме під час виконання ст. 290 КПК України на стадії досудового розслідування автоматично спричиняло недопустимість усіх здобутих доказів унаслідок такої НСРД.

Як же це вплинуло на долю кримінального провадження з нашого прикладу, в якому було ухвалено вирок за три тижні до появи вищезазначеної правової позиції?

12 червня 2019 року колегія суддів Волинського апеляційного суду в справі №567/169/15-кс посланням на правовий висновок ВП ВС, сформульований у постанові від 16 січня 2019 року (провадження №13-32к18) констатувала:

- в основу обвинувачення покладено низку доказів, які отримані за результатами проведення НСРД, а також похідні від цього докази, зокрема постанова заступника прокурора Рівненської області про проведення негласної (розшукової) дії – контроль за вчиненням злочину;
- як убачається з матеріалів справи, процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД, не були відкриті стороні захисту в порядку ст. 290 КПК України, тобто під

час досудового розслідування, а лише на стадії судового розгляду;

– водночас під час винесення вироку суд першої інстанції допустив відомості, що містяться в матеріалах кримінального провадження та стосуються документів, які стали підставами для проведення НСРД як докази. І за наведених обставин, висновок суду про винуватість особи є передчасним, зробленим без повного, всебічного та об'єктивного аналізу наявних у кримінальному провадженні доказів, а тому не може визнаватися законним, обґрунтованим та вмотивованим [13].

Це стало підставою для скасування вироку та направлення кримінального провадження на новий розгляд у суді першої інстанції.

30.07.2019 р. колегія суддів Касаційного кримінального суду відмовила обвинуваченому у відкритті касаційного провадження за його касаційною скаргою на ухвалу Волинського апеляційного суду від 12 червня 2019 року, оскільки зазначене судове рішення не може бути перевірене в касаційному порядку, тому що в касаційній скарзі ставиться питання про перегляд ухвали апеляційного суду, якою вирок місцевого суду скасовано та призначено новий розгляд кримінального провадження у суді першої інстанції. Таке рішення апеляційного суду не перешкоджає подальшому кримінальному провадженню, а тому не підлягає перегляду в касаційному порядку [14].

Проте 16.10.2019 р. практика ВП ВС дещо змінилась, адже в провадженні №13-43 кс 19 було постановлено новий правовий висновок, яким уточнено попередній від 16.01.2019 р. [8]. Так, ВП ВС мотивувала: оскільки загальні висновки, викладені раніше судами України вищих інстанцій, не охопили повністю всіх випадків, які можуть виникати у практиці правозастосування, і проблема загалом не вирішена, то з метою встановлення чіткого критерію визначення умов допустимості результатів проведення НСРД як доказів у кримінальному провадженні та документів, які стали підставою для їх проведення, в контексті виконання вимог статті 290 КПК України, ВП ВС вважає за необхідне уточнити висновки щодо застосування норми права, зроблені раніше у постанові ВП ВС від 16 січня 2019 року в справі № 751/7557/15-к (провадження № 13-37к18). У цьому кримінальному провадженні, яке розглядалося ВП ВС, ухвали слідчих суддів на проведення НСРД не були відкриті стороні захисту ні в порядку

ст. 290 КПК України, ні під час судового розгляду в суді першої інстанції, ні навіть на момент касаційного перегляду. Однак у практиці правозастосування можливі інші випадки, коли процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД, надаються стороною обвинувачення в суд і сторони у змагальному процесі висловлюють свої позиції щодо них.

Загалом, ВП ВС вважає, що за умови належної процесуальної поведінки прокурора, якщо процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (зокрема ухвала слідчого судді) були надані суду під час судового розгляду і стороні захисту в змагальному процесі була забезпечена можливість довести перед судом свої аргументи щодо допустимості відомостей, отриманих у результаті НСРД, в сукупності з оцінкою правової підстави для проведення НСРД, то суд повинен оцінити отримані докази та розв'язати питання про їх допустимість і не повинен автоматично визнавати такі докази недопустимими. Якщо відповідні документи будуть надані суду, що розглядає кримінальне провадження, то суд на основі оцінки доказів у їх сукупності, а також з урахуванням процесуальних підстав для проведення НСРД та з урахуванням позицій сторін, зокрема позиції сторони захисту, може прийняти рішення про їх допустимість. Таким чином, у кожному конкретному випадку розкриття стороні захисту процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД поза часовими межами, визначеними статтею 290 КПК України, необхідно встановити, що сторона захисту могла реалізувати своє право на розгляд справи у судовому засіданні з дотриманням принципу змагальності. Суд має забезпечити стороні захисту достатній час і реальну можливість ефективно здійснювати захист та наводити під час судового розгляду свої аргументи щодо допустимості доказів, отриманих у результаті НСРД [8].

Як наслідок, серед інших висновків, ВП ВС вказала, як застосовувати норму права, яка викликала правову проблему:

– процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) та які на стадії досудового розслідування не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому статтею 290 КПК України з тієї причини, що їх не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не були розсекречені на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального

провадження), можуть бути відкриті іншій стороні під час розгляду справи у суді за умови своєчасного вжиття прокурором всіх необхідних заходів для їх отримання;

- якщо процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД, розсекречені під час судового розгляду, і сторона захисту у змагальному процесі могла довести перед судом свої аргументи щодо допустимості доказів, отриманих у результаті НСРД, в сукупності з оцінкою правової підстави для їх проведення, то суд повинен оцінити отримані докази та вирішити питання про їх допустимість;

- випадку розкриття процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД після передання кримінального провадження до суду, суд зобов'язаний забезпечити стороні захисту достатній час та реальну можливість для доведення перед судом своєї позиції щодо належності та допустимості доказів, отриманих у результаті НСРД у комплексі з процесуальною підставою для проведення НСРД з метою реалізації принципу змагальності [8].

Отже, з 16.10.2019 р. сформовано судову практику, за якої за умови належної процесуальної поведінки прокурора, невідкриття стороні захисту процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД, під час виконання вимог ст. 290 КПК України на стадії досудового розслідування вже не тягне автоматичного визнання всіх доказів, здобутих у результаті НСРД та похідних від них, недопустимими. Суди повинні оцінювати процесуальну поведінку прокурора в кожному конкретному випадку. А також після відкриття матеріалів стороні захисту вже на стадії судового розгляду надавати достатній час для підготовки правової позиції, щоб забезпечити реалізацію принципу змагальності. Отож, більше не відбувається автоматичне визнання доказів недопустимими, а тому суд має вирішувати вже не теоретичне питання юридичної помилки чи кримінального процесуального правопорушення суб'єкта кримінальних процесуальних правовідносин на практиці. Розмежування означених понять та їх дослідження дуже актуальні.

Аналізуючи вищевикладене, можна зробити висновок: оскільки судова практика розвивається в напрямі надання оцінки процесуальній поведінці прокурора під час виконання ст. 290 КПК України в аспекті відкриття матеріалів, що стали

правовою підставою для здійснення негласних слідчих (розшукових) дій, то не у всіх випадках існує кримінальне процесуальне правопорушення сторони обвинувачення, а лишається ймовірність юридичної помилки, тобто варіативність поведінки. А це має велике значення, оскільки у разі констатації судом учинення стороною обвинувачення кримінального процесуального правопорушення наслідком стане застосування кримінально процесуальної санкції, передбаченої ч. 12 КПК України та визнання доказів, здобутих під час реалізації НСРД та похідних від них, недопустимими. На противагу цьому висновок суду про допущення юридичної помилки, наприклад через складність об'єкта пізнання, не призведе до безумовного визнання доказів недопустимими та ухвалення виправдувального вироку, а зобов'яже суд надати стороні захисту час для підготовки правової позиції заради забезпечення принципу змагальності сторін. І за результатами може бути ухвалено як рішення про визнання доказів недопустимими, так і покладення цих доказів у основу обвинувального висновку.

3. Доктрина «плід отруєного дерева» та доктрина «срібного блюдця» (загальнотеоретичні аспекти недопустимості доказів та практика)

Доктрина ЄСПЛ «плід отруєного дерева» (Fruit of the poisonous tree) була застосована Європейським судом із прав людини в багатьох справах, а саме: *Gäfgen* проти Німеччини, [ВП], № 22978/05, ЕСНР 2010, *Shabelnik* проти України, № 16404/03, 19.02.2009, *Teixeira de Castro* проти Португалії, 09.06.1998, *Balitskiy* проти України, № 12793/03, 03.11.2011, *Yaremenko* проти України, № 32092/02, 12.06.2008, *Nechiporuk and Yonkalo* проти України, № 42310/04, 21.04.2011 та ін. [11].

Змістовна сутність доктрини полягає у такому: коли основне джерело доказів здобуто з порушенням прав і основоположних свобод людини, то похідні від нього докази (отримані на його підставі чи за його допомогою) також заборонено використовувати для обвинувачення особи.

В Україні допустимим є доказ, отриманий у порядку, встановленому КПК (ч. 1 ст. 86 КПК). Отже, з норми випливає відповідний теоретичний критерій – порушення порядку його отримання. Ч. 1-3 ст. 87 КПК визначено недопустимість доказів, отриманих унаслідок істотного порушення прав та свобод

людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-яких інших доказів, здобутих завдяки інформації, отриманій унаслідок істотного порушення прав та свобод людини [1].

Основною думкою ЄСПЛ є те, що оцінка допустимості всіх доказів базується на певній їх послідовності, виключаючи автономію окремого з них. Так, порушений порядок приводить до несправедливості загалом.

ЄСПЛ виходить із такого: якщо був несправедливим процес отримання визначального доказу, то похідні від нього та отримані у зв'язку з ним теж є несправедливими.

За умов практичного розгляду справ суд повинен бути поставлений в умови коли він «бачить» усю послідовність того, як один недопустимий доказ вплинув чи міг вплинути на недопустимість інших у цьому ж кримінальному провадженні, адже саме доведений похідний характер інформації, яка стає фактичною підставою для проведення відповідної слідчої (розшукової) дії, тих дій, які істотно порушили права людини, повинні стати у майбутньому реальною «канвою» судового рішення. Отож, суд фактично встановлює цей зв'язок: між безпосередньо «деревом» і «плодами» цього ж дерева. Похідний характер інформації – обов'язкова умова (теоретична конструкція: підстава та наслідки).

В аспекті з'ясування походження доказу надзвичайної важливості набуває питання фіксації результатів слідчих (розшукових) дій та НСРД. Згідно з п. 3 ч. 2 ст. 105 КПК стенограма, аудіо-, відеозапис процесуальної дії є додатком до протоколу, що має бути долучений. Одночасно до складу слідчої (розшукової дії) входять також дії щодо належного упакування речей і документів <...> (ч. 2 ст. 106 КПК). Аналогічно фіксація перебігу і результатів НСРД повинна відповідати загальним правилам кримінального провадження (ч. 1 ст. 252 КПК). Але заради захисту інформації, отриманої в результаті НСРД, виготовлення копій протоколів про проведення НСРД та додатків до них до прийняття рішення про їх розсекречування, не допускається (ч. 3 ст. 254 КПК) [1]. На жаль, на практиці непоодинокі випадки долучення стороною обвинувачення як доказу додатків, на яких зафіксовані, за твердженням органу досудового розслідування, результати слідчих (розшукових) дій,

але без опечатування, без підписів слідчого та/або понятих, без зазначення часу тощо, що в сукупності позбавляє суд можливості перевірити результати процесуальних дій. Або ж результати НСРД копіюють, хоч інформація засекречена.

Також мають місце спроби замаскувати процесуальну дію, для реалізації якої потрібен дозвіл слідчого судді, під процесуальну дію, для якої не вимагається судовий контроль. Розповсюджена практика органу досудового розслідування – це проведення обшуку під виглядом огляду місця події. Для того, аби порушити недоторканість житла чи іншого володіння особи, необхідно отримати дозвіл слідчого судді, якому орган досудового розслідування повинен довести потребу настільки серйозного втручання у права та основоположні свободи людини (ст. 234–235 КПК). Також обшук обов'язково фіксується за допомогою аудіо- та відеозапису і є невіддільним додатком до протоколу, відсутність якого позбавляє результати обшуку доказового значення через недопустимість (ч. 1 ст. 104, ч. 10 ст. 236 КПК). Судова практика в Україні сформувала позицію визнання доказів недопустимими у відповідь на подібні дії органу досудового розслідування. Отож, якщо суд робить висновок, що огляд місця події був обшуком особи, її житла чи іншого володіння, то застосовує доктрину «плодів отруйного дерева». Ще гірше, якщо орган досудового розслідування маскує кримінальне правопорушення, зокрема кримінальний проступок або нетяжкий злочин під тяжкий чи особливо тяжкий злочин, щоб добитись дозволу слідчого судді відповідного суду на втручання у приватне спілкування особи. Річ у тім, що у передбачених кримінальним процесуальним законодавством випадках НСРД проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів (ч. 2 ст. 246 КПК) [1], а в інших ситуаціях орган досудового розслідування повинен обмежуватись слідчими (розшуковими) діями.

На практиці трапляються випадки, коли *de facto* підозрюваний перебуває у *de iure* статусі свідка майже весь період досудового розслідування і не може користуватись комплексом прав, якими володіє підозрюваний, чим грубо порушується право на захист. Питання відновлення справедливості процесу належить до компетенції суду в кожному конкретному випадку, бо згідно зі ст. 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» завданням суду є не лише здійснення

правосуддя на засадах верховенства права, а й забезпечення кожному права на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [15]. Одночасно необхідно зазначити, що докази, отримані з показань такого свідка, який надалі став підозрюваним або обвинуваченим у цьому ж кримінальному провадженні, є недопустимими, як і похідні від них (з огляду на доктрину «плодів отруйного дерева»).

Також провокація кримінального правопорушення правоохоронцями та/або «агентами держави» викликає недопустимість усіх зібраних доказів. Якщо сторона захисту стверджує, що відбулась провокація, то за практикою ЄСПЛ Національний суд повинен дослідити матеріально-правовий критерій підбурення та з'ясувати, чи відбулось би порушення кримінального закону без втручання влади (справи *Teixeira de Castro* проти Португалії, 09.06.1998, *Ramanauskas* проти Литви, 05.02.2008, *Khudobin* проти Російської Федерації, №59696/00, *Bannikova* проти Російської Федерації, 04.11.2010, №18757/06, *Taraneks* проти Латвії, 02.12.2015) [11]. Тому суд аналізує: 1) чи було достатньо інформації у правоохоронців про причетність конкретної особи до вчинення кримінального правопорушення? 2) чи вступили правоохоронці та/або «агенти держави» у кримінальне правопорушення на етапі його підготовки або реалізації? 3) чи були дії правоохоронців пасивними? Негативна відповідь на будь-яке з вищезазначених питань може означати наявність провокації кримінального правопорушення, що завжди настільки порушує права та основні свободи людини, що справедливий процес відновиться лише у разі ухвалення судом виправдувального вироку.

Умови та факти які можуть впливати на «отруйність»:

- наявність провокації від працівників правоохоронних органів та/або «агентів держави», що призводить до істотних порушень прав та свобод людини;

- здобуття відомостей від *de facto* підозрюваного, що перебуває у *de iure* статусі свідка;

- здобуття доказів: у вигляді слідчих дій, що не потребують дозволу слідчого судді, але насправді є такими, які підпадають під судовий контроль, чи завдяки маніпуляціям із тяжкістю кримінального правопорушення;

- проведення слідчих (розшукових), а також негласних слідчих (розшукових) дій без дозволу суду, якщо потрібна ухвала слідчого судді, або з порушенням умов, закладених завдяки судовому контролю;

- порушення фіксації процесуальних дій;
- фрагментарність оцінки доказів та інше.

Гарантом законності щодо дотримання означеної доктрини є слідчий суддя. Він показує волю й інтереси народу, закладені у кримінальний процесуальний закон зокрема. Він же здійснює й контроль за дотриманням прав та інтересів особи в кримінальному провадженні. Проте рішення про допустимість чи недопустимість доказу приймає суд, що розглядає кримінальне провадження по суті. Здебільшого, це відбувається уже в нарадній кімнаті під час ухвалення вироку в справі. Але у випадках очевидної недопустимості доказу ймовірним є постановлення ухвали про визнання його таким ще в процесі судового розгляду, що дозволяє не досліджувати очевидно недопустимий доказ чи припинити таке дослідження.

На практиці виникає проблема оцінки ухвал слідчого судді апеляційного суду, що стали правовою підставою для здійснення НСРД на стадії досудового розслідування, саме судом першої інстанції під час судового розгляду. Серед частини юристів-практиків існує думка, що місцевий загальний суд не може оцінювати такі ухвали через ієрархію. Але подібний підхід видається помилковим, оскільки може призвести до порушення загальних принципів кримінального провадження, а саме: верховенства права, таємниці спілкування, невтручання у приватне життя, забезпечення права на захист, доступу до правосуддя, змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості.

Коли слідчий суддя апеляційного суду вирішує клопотання органу досудового розслідування про надання дозволу на проведення НСРД, то сторона захисту відсутня. Що зрозуміло, бо цього вимагає загальний суспільний інтерес, який полягає у розкритті злочину та в подальшому притягненні винного до відповідальності. Передчасне інформування сторони захисту про ймовірні НСРД призведе до втрати актуальності подібних процесуальних дій. Але якщо припустити, що суд першої інстанції у відповідь на клопотання сторони захисту оцінити ухвалу слідчого судді апеляційного суду на предмет наявності чи

відсутності підстави для проведення НСРД не зможе цього зробити, то вірогідними є порушення прав обвинуваченого. Бо якщо сторона захисту не може висловити свою позицію із розрахунком отримати від суду будь-яку відповідь ні на стадії досудового розслідування, ні на стадії судового розгляду, то це порушує принцип «рівності зброї» і спричиняє несправедливість судового процесу загалом.

Нагадаємо, що ідеться про втручання у право на таємницю приватного спілкування, яке має підвищений захист. Крім того, слідчий суддя апеляційної інстанції вирішує клопотання сторони обвинувачення про дозвіл на таке втручання в умовах неочевидності та без представлення точки зору іншої сторони, в короткий термін – усього 6 годин. Збільшується ймовірність учинення органом досудового розслідування кримінального процесуального правопорушення, за якого слідчому судді апеляційного суду не надається вся необхідна інформація або вона презентується у викривленому вигляді, адже піддати критиці аргументи нікому. Все це у своїй сукупності може призвести до помилки, зрозуміти, яку вдасться суду під час аналізу загального ланцюжка доказів, а не його окремих фрагментів.

Для прикладу розглянемо ситуацію, за якої надається дозвіл на аудіоконтроль за адвокатом під час спілкування з особою, коли слідчий суддя апеляційного суду не знає, що другий співрозмовник – це саме підозрюваний/обвинувачений, якого захищає цей адвокат. Згідно з ч. 5 ст. 247 КПК заборонено втручатись у приватне спілкування захисника з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим чи виправданим [1]. ЄСПЛ також у своїй практиці дотримується позиції, що, у зв'язку з тим, що стаття 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) [16] захищає конфіденційність будь-якої «кореспонденції» між особами, вона передбачає й підсилений захист обміну інформацією саме між адвокатами та клієнтами. Це підтверджується фактом, що адвокати здійснюють у демократичному суспільстві основоположну місію – захист обвинувачених і підсудних. Зрозуміло, адвокат не може належно здійснювати цю основоположну місію, якщо він не може гарантувати тим, кого захищає, що їхнє спілкування залишиться конфіденційним (*Michaud* проти Франції, № 12323/11, § 118 та *R.E.* проти Великобританії, № 62498/11, § 131, 27 жовтня 2015) [11]. Аналогічно й українське законодавство оберігає адвокатів і

клієнтів у кримінальному провадженні від втручання в приватне спілкування навіть за умови конфлікту адвокатів як із державою, так і з підозрюваними, обвинуваченими, засудженими чи виправданими. Бо значення інституту захисника в кримінальному процесі надзвичайно важливе для дотримання прав і свобод людей, підданих кримінальному переслідуванню. Щоб адвокати могли реалізувати свою функцію надання правничої допомоги, статтею 131-2 Конституції України їм гарантована незалежність [17]. І особливо вагомим значення така конституційна гарантія набуває в кримінальному провадженні, під час якого втручання у права людей найбільш серйозні. Всю державну машину обвинувачення від спокус учинення кримінальних процесуальних правопорушень заради якнайшвидшого досягнення результату доводиться стримувати лише адвокату чи адвокатам, яких може бути максимум до 5 в одного переслідуваного кримінальним процесуальним законом. Якщо слідчий суддя апеляційного суду в умовах неочевидності початкової стадії кримінального процесу помилково санкціонує втручання у приватне спілкування адвоката з клієнтом, а суд не зможе адекватно оцінити цю ситуацію через неприйнятну в цьому разі ієрархію, то однозначно будуть порушені й права людини, і професійні права адвоката, що означатиме «отруйність дерева» та всіх його «плодів» та несправедливість судового процесу.

Суд, вирішуючи кримінальне провадження по суті, не може бути позбавлений суддівського розсуду, зокрема щодо підставності ухвал слідчих суддів апеляційного суду, що стосуються цього кримінального провадження. Злагоджений тандем слідчого судді на стадії досудового розслідування та суду на стадії судового розгляду забезпечить реалізацію доктрини «плодів отруйного дерева» та мінімізує порушення прав людини, підданої кримінальному переслідуванню. Максимально можливе недопущення порушення її прав і свобод – гуманістичний бік кримінально-процесуальної форми.

Загалом, вимога дотримання прав і свобод людини у кримінальному судочинстві має специфіку – законом передбачена можливість їх обмеження. КПК України визначає цей порядок і шляхом застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Та все ж інститут допустимості доказів – гарантія забезпечення не лише принципу законності, а

й верховенства права. Цим реалізуються положення п. 2, 3 ст. 6 Конвенції [16].

Цікавим моментом є й те, що існує так звана доктрина «срібного блюдця», про застосування якої вже «говорять» в Україні науковці. Це спосіб «легалізації» («узаконення») даних, які були здобуті суб'єктом із порушенням закону, але потім прийняті судом від суб'єкта доказування, який процесуальний закон не порушив.

Згідно з цією доктриною незаконно отримані дані (як «плоди отруєного дерева») стають поміщеними на «срібне блюдо». Вони начебто стають знову застосовними для правосуддя, отримують повну санацію, визнання. У США ця доктрина застосовується з урахуванням того, яку ж все-таки роль виконує особа, яка отримує відомості: якщо це суб'єкт доказування, то допущені ним істотні порушення закону виключають допустимість отриманого ним або з його ініціативи доказу; якщо ж особа не є суб'єктом доказування і стороною – незаконно отримана нею інформація є незалежною і тому може стати доказом, бути залученою до кримінального провадження [18, с. 364–365].

Для застосування цієї доктрини *de iure* в Україні вбачається необхідність прийняття відповідної правової норми. Але формулювання такої норми повинні бути дуже обережними, виваженими, оскільки її введення може призвести до появи різних провокацій, зловживань у зв'язку з використанням незаконних способів отримання інформації. Рівень правосвідомості та правової культури повинен бути значно вищим від наявного в Україні. Адже все ж таки докази, зібрані відповідно до цієї доктрини, все ж можуть визнаватись допустимими.

Як приклад наведемо критику положення рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 року (справа №1-31/2011) (це рішення, як уважається багатьма правознавцями, було прийняте у зв'язку зі справою Гонгадзе з метою неможливості використання в ній як доказів «плівки Мельниченка») [19, с. 162–166].

Згідно зі ст. 34 Конституції України та на думку В.І. Шишкіна (суддя Конституційного Суду України), особи, які не є носіями владних повноважень, а також особи, до компетенції яких не належить здійснення оперативно-розшукової діяльності, можуть

учиняти дії щодо збирання інформації. Фактичні дані, здобуті за результатами таких дій, можуть бути сприйняті і судом, і самим слідством як допустимі докази [20].

Контекст реалізації доктрини «срібного блюдця» має право на існування за умов розробки в кримінально-процесуальному українському законодавстві інституту крайньої необхідності. За аналогією з кримінальним правом [21]. Виняткова важливість таких доказів не виключається.

Узагальнюючи, визначаємо, що судова практика як досвід індивідуальної правової діяльності суддів слугує в Україні постачальником адекватної інформації щодо потреби вдосконалення українського законодавства, побудови його прогресивних напрямів для правотворчої та правозастосовної діяльності. З огляду на вищезазначене, особливої значущості набуває в Україні й статус актів органів судової влади у системі джерел права. Суддівські «думки» часто здатні набувати ознак повторюваності, векторної спрямованості, зокрема щодо застосування вищенаведених доктрин.

Повернемось до первісно описаної нами у цьому розділі доктрини «плодів отруєного дерева» та, зважаючи на доктрину «срібного блюдця», проаналізуємо справу *Gäffgen* проти Німеччини, [ВП], №22978/05, ЕСЧР 2010 [11], у якій підозрюваний викрав 11-річного сина банкіра з метою отримання викупу, але був затриманий. Поліціянти погрожували йому тортурами з метою одержання інформації про дитину впродовж десяти хвилин, бо сподівались ще знайти її живою. Але підозрюваний зізнався у вбивстві та вказав, де перебуває труп.

Захист заявив, що всі докази є «плодами отруєного дерева» і мають бути виключені з процесу. Національний суд здійснив «зважування інтересів»: політика протидії тортурам, з одного боку, і державний та суспільний інтерес у розслідуванні вбивства – з іншого [22]. ЄСПЛ же працював над розв'язуванням питання про те, чи виправданим є застосування до особи під контролем держави тортур, якщо лишається ймовірність врятувати життя дитини. Чи мотив застосування психічного насильства для здобуття доказів має значення? Саме у цій справі ЄСПЛ зробив висновок, що ні.

Незалежно від мотивів слідства стаття 3 Конвенції не містить винятків, адже нею заборонено катування у будь-якій формі та заради будь-якої мети: нікого не може бути піддано катуванню або

нелюдському чи такому, що принижує гідність, поведженню або покаранню [16]. Імовірно, вбивство могло лишитись нерозкритим, якби не відбулось зізнання на початку. Але враховуючи, що підозрюваний у викраденні дитини уже був затриманий і поліцаї застосували катування, знаючи, що в результаті здобуті докази будуть неспроможними в суді, то кара могла й не настати. Вчинення поліціантами кримінального процесуального правопорушення викликало «отруйність дерева» і подальших «плодів» на першому ж етапі. ЄСПЛ також дослідив дотримання гарантій справедливості загалом у судовому процесі. Хоч на початку Національний суд повідомив Гефгена, що його попередні викривальні покази не використовуватимуть як доказ обвинувачення через здобуття під тиском, проте прийняв низку похідних доказів. Та оскільки під час судового розгляду Гефген знову зізнався у вбивстві й ствердив, що робить це добровільно (через докори сумління), бо хоче понести відповідальність, ЄСПЛ зробив висновок, що неусунення судом недопустимих доказів не порушило справедливості процесу. Права захисту були дотримані.

Отож, катування, нелюдське чи таке, що принижує гідність поведження або покарання, настільки сильно порушують права людини, що докази, здобуті внаслідок подібного кримінального процесуального правопорушення, завжди будуть «отруєними», як і їх «плоди». Але це не виключає засудження особи за умов усунення недопустимих доказів і якщо буде забезпечено право на захист. Проте якщо сторона обвинувачення не матиме в розпорядженні достатньої кількості інших, не «отруєних» доказів (прямих чи побічних, ймовірно отриманих від інших осіб із фактичним застосуванням доктрини «срібного блюдця»), то результатом стане ухвалення виправдувального вироку.

У наукових колах все ж триває дискусія щодо доктрини «отруєного дерева». Незважаючи на наукові дискусії, існують і практичні проблеми застосування доктрини. З одного боку, вона продовжує залишатися певною гарантією змагальності кримінального судочинства, виступати важелем впливу на незаконні процесуальні дії посадових осіб, з іншого – виправдувальний вирок може бути ухвалений і за умов, коли кримінальне правопорушення реально відбулося та за характером це був тяжкий чи особливо тяжкий злочин.

Доречно зазначити, що доктрина «отруєного дерева», як зазначила С.М. Кравчук, має й дещо біблійний зміст, оскільки

саме біблійні тексти зазначають, що отруєне дерево не може приносити «плоди добрі». Буквально: «Не може <...> дерево зле плодів добрих родити» [23].

Висновки

Отже, недопустимий доказ – це доказ, пов'язаний із неналежною процесуальною формою, а саме: 1) недотримання визначеного законом порядку кримінального провадження загалом; 2) недотримання порядку окремих процесуальних дій. Саме дотримання процесуальної форми наділяє доказ такою внутрішньою властивістю, як допустимість. Форма, зокрема процесуальна, – це умова досягнення мети допустимості доказу. Коли форму розглядати в широкому розумінні, то допустимість доказу постає як елемент процесуальної форми.

Проблемним є те, що для окремих заходів з отримання доказів не встановлено чітку процесуальну форму, не існує законодавчо визначеного порядку зняття грифу таємності з процесуальних документів слідчих суддів, якими санкціоновано НСРД. Не відбувається вчасного відкриття матеріалів стороні захисту. Суд не має можливості визначити, чи не вийшли органи досудового розслідування за межі, окреслені слідчим суддею. Усе це є потенційною загрозою порушень прав людини та суддівських помилок.

Інститут слідчого судді існує з метою забезпечення судового контролю за дотриманням прав і свобод людини на стадії досудового розслідування. Із розвитком суспільних відносин право на таємницю приватного спілкування отримало підвищений захист. Проте слабкий законодавчий механізм реалізації всього комплексу НСРД підвищує ймовірність порушення прав людини та призводить до нестабільності судової практики, за якої можливе як ухвалення виправдувального вироку у разі обґрунтування обвинувачення лише матеріалами, здобутими внаслідок здійснення НСРД, так і скасування виправдання судом вищої інстанції через іншу правову позицію щодо НСРД.

Визнання доказів недопустимими не завжди є наслідком вчинення кримінального процесуального правопорушення. Але якщо орган досудового розслідування основне джерело доказів здобуває з порушенням прав і основоположних свобод людини, то і цей доказ, і похідні від нього будуть недопустимими. Отож, на

них не може ґрунтуватись обвинувальний вирок, бо саме так суд забезпечить загальну справедливість кримінального процесу.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України № 4651-VI від 13.04.2012. База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 24.04.2021).

2. Алейніков Г.І. Виправдувальний вирок у кримінальному процесі України. Херсон : Херсонський обласний Фонд милосердя та здоров'я, 2007. 200 с.

3. Тютюнник В.В. Інститут допустимості доказів як гарантія ухвалення законного та обґрунтованого вироку суду : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09; кер. роботи О.В. Капліна ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2016. 20 с.

4. Дяков В.С. Гносеологічна і правова природа виправдувального вироку : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09; М-во освіти і науки України, Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2016. 258 с.

5. Постанова Верховного Суду України у справі № 5-364 кс 16 від 16.03.2017 (головуючий суддя-доповідач Школярів В.Ф.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/66203468> (дата звернення: 24.04.2021).

6. Постанова Верховного Суду України у справі № 5-237 кс (15) 17 від 12.10.2017 (головуючий суддя-доповідач Вус С.М.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/69793657> (дата звернення: 24.04.2021).

7. Постанова Великої Палати Верховного Суду в провадженні № 13-37 кс 18 від 16.01.2019 (головуючий суддя Князев В. С.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79298340> (дата звернення: 24.04.2021).

8. Постанова Великої Палати Верховного Суду в провадженні № 13-43 кс 19 від 16.10.2019 (головуючий суддя Князев В. С.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85174578> (дата звернення: 24.04.2021).

9. Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001. База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 24.04.2021).

10. Вирок Дубенського міськрайонного суду Рівненської області в справі № 567/169/15-к від 29.12.2018 (головуюча суддя Жуковська О.Ю.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78971159> (дата звернення: 24.04.2021).

11. База даних «HUDOC»/European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%7D> (дата звернення: 24.04.2021).

12. Ухвала Дубенського міськрайонного суду Рівненської області в справі № 567/169/15-к від 30.11.2018 (головуюча суддя Жуковська О.Ю.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78270699> (дата звернення: 24.04.2021).

13. Ухвала Волинського апеляційного суду в справі №567/169/15-к від 12.06.2019 (головуючий суддя Гапончук В.В.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82555901> (дата звернення: 24.04.2021).

14. Ухвала колегії суддів Касаційного кримінального суду Верховного суду в справі №567/169/15-к від 30.07.2019 (головуючий суддя Анісімов Г.М.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83335671> (дата звернення: 24.04.2021).

15. Про судоустрій і статус суддів : Закон України. № 1402-VIII від 02.06.2016. База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 04.05.2021).

16. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950, ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17.07.97. База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 05.05.2021).

17. Конституція України від 28.06.1996. База даних «Законодавство України»/ВР України. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 05.05.2021).

18. Боруленков Ю.П. Юридическое познание в процессуальной, оперативно-розыскной и частной детективной деятельности. 2009. 364 с.

19. Вапнярчук В.В. Щодо концепцій недопустимості доказів. *Право і суспільство*. 2016. № 5.

20. Граждане имеют право собирать доказательства по уголовному делу – судья Конституционного Суда: Разъяснение судьи Шишкина П. Интернет-издание «Дорожный контроль». URL: <http://roadcontrol.org.ua/node/2747> (дата звернення: 05.05.2021).

21. Марченко В.Ю. Доктрина «срібного блюда» та перспективи її застосування в Україні. Право: історія, теорія, практика. м. Київ, 7–8 грудня 2018. 149 с.

22. Загородній ЄО. Визнання доказів недопустимими у зв'язку з отриманням доказів до моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР. ЛОГОС. ONLINE. International scientific e-journal. № 3 (November, 2019). URL: <https://www.ukrlogos.in.ua/10.11232-2663-4139.03.07.h..> (дата звернення: 05.05.2021).

23. Біблія. Новий завіт. Від Матвія 7. URL: <http://ukrbiblia.at.ua/MT/mt7.htm> (дата звернення: 05.05.2021).