УДК 343.14

Поняття доказів у кримінальному судочинстві, їх достовірності, належності та допустимості

П. П. Андрушко,
завідувач кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, професор

У дослідженні сформульовані відповіді на запитання: що розуміється під доказами, одержаними незаконним шляхом, які докази повинні (можуть) визнаватися судом допустимими (не допустимими), та чи можуть визнаватись доказами несанкціоновані аудіозаписи розмов.

Ключові слова: докази, кваліфікація злочинів, допустимість доказів, джерела доказів

Визнання відомостей достовірними/недостовірними здійснюється правозастосувачем на основі, перш за все, встановлення джерела їх походження, способу одержання (фіксації), ситуації, умов та обстановки їх одержання. Проте, визнання відомостей достовірними не означає, що вони завжди можуть бути використані як докази, тобто бути допустимими. Допустимість відомостей – визнання/невизнання їх доказами – визначається тим, яким шляхом вони одержані – законним чи незаконним.

З урахуванням положень ст. 62 Конституції України, правильним буде стверджувати, що висновок про винуватість/невинуватість особи може ґрунтуватися лише на доказах, які судом визнані такими, що одержані законним шляхом. Іншими словами, судом має встановлюватись: 1) достовірність відомостей, які визнаються/не визнаються доказами; 2) законність/незаконність способу (шляху) одержання відповідних доказів-відомостей. При цьому достовірні відомості, одержані незаконним шляхом, не можуть (не повинні) визнаватись доказами (використовуватися як докази).

Тому потребує відповіді принципово важливе запитання: *які докази мають вважатись такими, що одержані незаконним шляхом, тобто вважатись недопустимими?*

Для того, щоб відомості про факти могли бути використані як докази, вони повинні мати властивості належності та допустимості. Допустимість доказів означає, що як докази можуть бути використані тільки відомості, одержані з дотриманням вимог процесуального законодавства, які зводяться до наступного: а) докази мають бути отримані тільки уповноваженими на це особами і органами; б) докази мають бути отримані в порядку, передбаченому законом, тобто тими способами, засобами, які призначені для одержання певних доказів; в) у процесі одержання відомостей мають бути дотримані вимоги закону, що визначають порядок проведення конкретних дій, їхню послідовність, склад учасників; г) докази мають бути закріплені належним чином – у протоколах слідчих дій, у висновках експертів, у документах чи в інших передбачених законом джерелах. Відомості, отримані з істотним порушенням вимог кримінально-процесуального законодавства, визнаються недопустимими і не можуть бути використані як докази. Істотними порушеннями кримінально-процесуального законодавства повинні визнаватися такі, які викликають серйозні сумніви у достовірності отриманої інформації, порушення, які призвели до обмеження прав окремих суб'єктів, а також одержання інформації особами, які не були

У статті використані окремі положення науково-консультативного висновку з питань збирання доказів та їх допустимості в кримінальній справі, який надавався автором спільно з професором кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету, кандидатом юридичних наук, професором, заслуженим юристом України В. П. Шибікою на запит слідчого в особливо важливих справах Генеральної прокуратури України.

Закінчення. Початок у № 4 за 2011 рік.

уповноважені на проведення певних дій, особами, що підлягають відводу [1, 223–225].

Не будь-які достовірні відомості про певні факти можуть визнаватись доказами. Визнання певних відомостей доказами у кримінальній справі обумовлюється: 1) джерелом їх походження; 2) способом їх одержання і фіксації; 3) правовим статусом особи, яка одержала відповідні відомості; 4) законодавчим визначенням процесуального порядку одержання таких відомостей.

М. А. Погорецький під допустимістю доказів розуміє таку внутрішньо властиву їм якість, яка дозволяє встановити обставини, що необхідні для повного і правильного вирішення конкретної справи, а вимога належності охоплює не весь доказ у цілому, а лише його змістовну частину – фактичні дані. Сукупність же вимог, що ставляться законом до процесу отримання доказів, становить ***інститут процесуальної допустимості***, який полягає в тому, що належні до справи фактичні дані повинні бути одержані із встановленого законом джерела, уповноваженим на це суб'єктом кримінального процесу (органом дізнання, слідчим чи судом) і закріплені у спосіб, вказаний у кримінально-процесуальному законі. М. А. Погорецький також пише, що проведений ним системно-логічний аналіз висловлених точок зору на поняття доказу у кримінальному процесі дає підстави для висновку, що найбільш обґрунтованою та такою, що відповідає його гносеологічній та правовій природі, є концепція судового доказу як єдності фактичних даних та їх процесуальних джерел, хоча вона і потребує певних уточнень [2, 487–488].

Одні і ті ж фактичні дані можуть бути отримані з різних процесуальних та оперативно-розшукових джерел і мати при цьому різну процесуальну форму, характерну для відповідного виду доказів. Фактичні дані, їх джерела та процесуальна форма мають взаємовпливовий та взаємозалежний зв'язок, і у своїй єдності становлять поняття як процесуального доказу загалом, так і доказу у кримінальній справі зокрема, хоча така єдність сама по собі ще не є доказом, ним вона може стати лише тоді, коли буде визнана таким владним суб'єктом доказування. На думку М. А. Погорецького, доказами у кримінальній справі є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння та інші обставини, які мають значення для правильного вирішення справи, що встановлюються із передбачених законом джерел та визнаються як докази згаданими особами за їх внутрішнім переконанням, заснованим на всебічному і повному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності [2, 490–491].

Л. М. Лобойко зазначає, що вчені-процесуалісти багато працювали над пошуком і описанням невід'ємних ознак доказів, наслідком чого стало визначення наступних ознак поняття «докази»: 1) належність; 2) допустимість; 3) достовірність; 4) достатність (стосовно сукупності доказів), а під допустимістю доказів він розуміє дозволяння для органу чи посадової особи, яка веде кримінальний процес, зважаючи на положення процесуального права, використати їх як докази [3, 121].

Л. М. Лобойко також пише, що «у багатьох закордонних державах діє правило «отруєного дерева» (або «ефект доміно»), згідно з яким визнання одного доказу недопустимим тягне невизнання доказами всіх фактичних даних, одержаних на його підставі. Так, коли у кримінальній справі встановлено, що фактичні дані про місце знаходження викрадених речей здобуті від обвинуваченого шляхом застосування щодо нього насильства, погроз, або інших незаконних методів, то отримані на підставі таких показань під час виїмки фактичні дані доказами не визнаються, а Україні таке правило не діє». При цьому Л. М. Лобойко звертає увагу на те, що російським вченим і практиком – федеральним суддею Росії С. А. Пашиним розроблені 11 «заповідей», якими, на його думку, слід керуватися під час оцінки допустимості зібраних у кримінальній справі матеріалів. Оскільки системи оцінки доказів в Росії і в Україні суттєво не відрізняються, то зазначені «заповіді», вважає Л. М. Лобойко, можуть бути використані працівниками вітчизняних органів дізнання, слідчими, прокурорами та суддями: 1) допустимість матеріалів як доказів не залежить від оцінки їх важливості для завершення справи; 2) якщо закон істотно змінив умови допустимості доказів, то в основу обвинувачення не можуть бути покладені ті з них, що не відповідають положенням цього закону; 3) матеріали в інтересах захисту підлягають менш суворим правилам оцінки їх допустимості як доказів, ніж матеріали обвинувачення (у теорії кримінального процесу це правило називають «асиметрією доказів»); 4) інтересам сторони слугує той матеріал, на використанні якого вона наполягає, яким би не був його зміст; 5) обвинувачений не розплачується своєю долею за помилки або зловживання органів кримінального переслідування, а також захисника та інших осіб на його стороні; 6) тягар доведення хибності матеріалу покладено на сторону, яка зазначає про

його хибність. Якщо ця сторона продемонструє його хибність, тягар доведення допустимості матеріалу як доказу покладається на протилежну сторону; 7) матеріали мають підводитися під матрицю залежно від їх змісту, а не назви; 8) отруєне дерево дає отруйні плоди. Матеріали, отримані в результаті використання недопустимого матеріалу, самі є недопустимими як докази; 9) після визнання матеріалу недопустимим спрацьовує ефект доміно. Зокрема, забороняється згадувати про існування такого матеріалу в інших матеріалах справи; 10) нарочитість загрожує неповноцінністю. Наприклад, існує правова відмінність між відеодокументом, отриманим від агента, що спеціально спостерігав за якоюсь особою, і отриманим в результаті безперервної зйомки стаціонарною камерою всіх відвідувачів банку; 11) «Заповіді» можуть бути суперечливі: їх дія визначається людським вибором [3, 122–123].

Заслуговує на увагу позиція Верховного Суду України з питань допустимості доказів та правових наслідків визнання певних доказів недопустимими.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 28 січня 2010 р. у справі Т., засудженого за ч. 4 ст. 296 та ч. 2 ст. 121 КК за сукупністю злочинів до позбавлення волі строком на сім років, вирок Корольовського районного суду м. Житомира від 20 жовтня 2008 р. та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Житомирської області від 30 грудня 2008 р. щодо Т. змінено – виключено з їх мотивувальних частин посилання на показання Т. як свідка і на протокол відтворення обстановки та обставин події як на докази у зв'язку з їх недопустимістю, а у решті наведені судові рішення залишено без змін. В ухвалі колегії суддів зазначається, що «відповідно до вимог ст. 323 КПК в основу вироку можуть бути покладені лише достовірні докази, розглянуті в судовому засіданні, а суд, керуючись законом, повинен дати оцінку доказам з точки зору їх допустимості. Як убачається з матеріалів справи, 13 жовтня 2007 р. після затримання Т. та доставки до відділу міліції його було допитано як свідка і проведено з ним у цьому статусі відтворення обстановки та обставин події. Таким чином, орган досудового слідства позбавив Т. можливості скористатися правами підозрюваного, передбаченими у ст. 43-1 КПК. Отже, ці конкретні докази недопустимі, тому рішення судів першої та апеляційної інстанцій про посилання на них у мотивувальній частині на підтвердження винуватості засудженого є незаконними і підлягають виключенню як з вироку місцевого суду, так і з ухвали суду апеляційної інстанції. Однак наведене порушення кримінально-процесуального закону не вплинуло на правильність встановлення винуватості Т., кваліфікації його дій і призначення покарання [4].

В ухвалі колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 січня 2009 р., якою скасовано вирок Ленінського районного суду м. Луганська, яким О.А. і О.Г. були засуджені за сукупністю злочинів, відповідальність за які передбачена ч. 5 ст. 191, ч. 3 ст. 209, ч. 2 ст. 366 КК, а також К. за ч. 2 ст. 367 КК, а справу направлено на новий судовий розгляд у той самий суд, зазначається, що за змістом ст. 334 КПК суд у вироку має зазначити джерело доказу, фактичні дані, що стосуються доказуваної обставини, а також зазначити, які обставини цими доказами спростовуються або підтверджуються, а остаточну оцінку доказам суд дає з точки зору їх допустимості, достовірності та достатності для вирішення питань, зазначених у ст. 324 КПК, а висновки щодо оцінки доказів він викладає в точних і категоричних судженнях [5].

В. М. Тертишник вважає, що допустимість доказів означає правову придатність їх для використання у кримінальному процесі як аргументів у доказуванні; а саме, що: 1) фактичні дані як докази одержані а) уповноваженим на те суб'єктом; б) з відомого, перевіреного та не забороненого законом джерела, в) у встановленому законом порядку з дотриманням процесуальної форми, яка гарантує захист прав та законних інтересів громадян; 2) фактичні дані та сам процес їх одержання належним чином закріплені та засвідчені; 3) зібрані докази та інші матеріали кримінальної справи в цілому дозволяють здійснити перевірку достовірності та законності одержання фактичних даних [6, 288]. Слід погодитись із принципово важливим висновком В. М. Тертишника, що у силу принципу презумпції невинуватості, закріпленого у ст. 62 Конституції України, всі сумніви у справі, а отже, й сумніви щодо допустимості до використання фактичних даних у доказуванні мають тлумачитися та розв'язуватися на користь обвинуваченого, підозрюваного та підсудного [6, 288]. Дослідник зазначає, що не можуть служити доказами фактичні дані, джерело та спосіб отримання яких невідомі або заборонені законом, а також дані, одержані незаконним шляхом, а під доказами він розуміє будь-які одержані у встановленому законом порядку з належних джерел достовірні фактичні дані, які можуть служити засобами встановлення об'єк-

тивної істини у кримінальній справі. Заслуговує на увагу пропозиція В. М. Тертишника щодо уточнення у новому КПК поняття доказів, чіткого визначення критеріїв (ознак) їх допустимості/недопустимості [6, 290].

М. І. Хавронюк пише, що кримінально-процесуальне законодавство встановлює чіткий порядок одержання (збирання) доказів – в КПК визначається, коли, де, за яких умов можуть проводитися ті чи інші слідчі та судові дії; які особи мають бути присутніми під час їх проведення та які права вони при цьому мають; чи повинно бути санкціонованим прокурором або судом проведення певних дій тощо. Будь-який відступ від цього порядку зобов'язує суд дати негативну оцінку відповідним доказам з точки зору їх допустимості, тобто не брати їх до уваги при обґрунтуванні обвинувачення у вироку. М. І. Хавронюк робить послідовний висновок, що навіть у випадку, коли обвинувачення особи ґрунтується хоча й на об'єктивних відомостях, але одержаних, наприклад, тільки під час допиту свідків із застосуванням до них погроз і при проведенні огляду місця події без участі понятих, норма ст. 62 Конституції України зобов'язує суд не приймати ці відомості як докази і виправдати підсудного [7, 308–309].

Якщо відомості про певні факти отримуються при проведенні оперативно-розшукових заходів, зокрема шляхом використання, наприклад, спеціальних технічних засобів одержання інформації, то такі заходи мають проводитись з дотриманням визначеного Законом «Про оперативно-розшукову діяльність» та КПК порядку їх проведення.

В літературі з оперативно-розшукової діяльності зазначається, що практична реалізація принципу законності при проведенні оперативно-розшукової діяльності полягає в точному дотриманні законодавчо встановлених основ їх проведення, порядку і форм здійснення відповідними суб'єктами окремих оперативно-розшукових заходів, документування отриманих результатів і введення їх у кримінальне судочинство. Ігнорування цих вимог є порушенням законності, що веде, як правило, до невизнання результатів оперативно-розшукової діяльності на досудовому слідстві й у суді [8, 10–11].

Для прикладу проаналізуємо два досить поширених варіанти (випадки), які виникають у правозастосовній практиці щодо визнання доказами звукозаписів (матеріалів фотозйомки, звукозаписів, відеозаписів, збережених на матеріальних носіях або відображених в електронному вигляді), здійснених громадянами – приватними особами без згоди і всупереч волі особи: 1) громадянином зафіксована певна інформація на певному носії, наприклад, запис на диктофон його розмови із службовою особою, яка вимагає від нього хабара за вчинення певних дій або ж погоджується з пропозицією цього громадянина за винагороду вчинити певні дії; 2) особою встановлений технічний засіб негласного одержання інформації в певному приміщенні (квартирі, офісі тощо) чи транспортному засобі, яким фіксуються (записуються) розмови, що відбуваються у приміщенні, або ж передавальний пристрій, який передає на записуючий пристрій звукову інформацію (розмови).

Відповідь на питання, чи може визнаватись доказом зазначена інформація, а її носій – речовим доказом або документом – джерелом доказів, однозначною бути не може, але вона повинна базуватись на зафіксованому у ст. 62 Конституції України принципі презумпції невинуватості – особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду, а обвинувачення не може ґрунтуватись на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях, тобто в кінцевому підсумку, залежно від того, яким буде визначено спосіб (шлях) одержання інформації – законним чи незаконним.

При вирішенні питання про визнання/невизнання таких записів джерелом доказів, а зафіксовану на них інформацію доказами, має враховуватись: 1) правовий статус особи, яка здійснювала запис; 2) вид технічного засобу, яким здійснювався запис; 3) умови, обстановка і ситуація здійснення записів; 4) мотиви, мета здійснення записів; 5) дотримання вимог законодавства щодо порядку збирання, зберігання і використання певного виду інформації, зокрема інформації з обмеженим доступом.

Найважливішим принципом оцінки доказів у кримінальному процесі, закріпленим в ч. 1 ст. 67 КПК є всебічна, повна та об'єктивна їх оцінка. Цей принцип зобов'язує слідство і суд додержуватися максимальної об'єктивності, не допускаючи жодної упередженості та тенденційності [9, 264–265]. Статтею 67 КПК передбачено, що суд, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, оцінюють докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом, та що ніякі докази для суду, прокурора, слідчого і особи, яка провадить дізнання, не мають наперед встановленої сили.

Оцінка доказів органом досудового слідства і судом, як і визнання певних доказів допустимими чи недопустимими, повинна здійснюватись об'єктивно, неупереджено. Недопустимою, незаконною є «підгонка» доказів для обґрунтування винності особи у вчиненні певних злочинних дій, незалежно від того, достовірними чи ні є встановлені фактичні дані, на переконання особи, яка здійснює оцінку доказів. Відомості, як фактичні дані, повинні оцінюватись об'єктивно, з позиції визнання їх як такими, що підтверджують факт вчинення особою злочину, так і такими, що свідчать про відсутність у діях особи складу злочину, а не з позиції доцільності, перш за все, політичної, ідеологічної чи «соціальної».

Внутрішнє переконання слідчого і суду при оцінці доказів повинне ґрунтуватись на всебічному, повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності. При цьому не повинна мати місце наперед визначена упередженість, тенденційність при оцінці доказів, впевненість у винності особи, діям якої дається оцінка, безпідставне, необґрунтоване відкидання доказів, які свідчать про невинуватість особи.

Статтею 323 КПК встановлено, що: 1) вирок суду повинен бути законним і обґрунтованим; 2) суд обґрунтовує вирок лише на тих доказах, які були розглянуті в судовому засіданні; 3) суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності.

Нерідко обґрунтування судом висновків щодо фактичних обставин вчинення засудженим дій, які йому ставляться в вину, здійснюється не на наведенні певних доказів, а на припущеннях щодо неправдивості свідчень (показань) обвинуваченого (засудженого) і, навпаки, щодо правдивості свідчень (показань) потерпілих та свідків та впевненості суду, що свідчення потерпілих та свідків є достовірними. По багатьох кримінальних справах доказами, на яких ґрунтується висновок суду про винність засудженого у вчиненні злочину (злочинів), який йому ставиться в вину, та доведеності обвинувачення, є, переважно, показання потерпілих та свідків, які судом беззастережно визнаються достовірними, послідовними і правдивими. Показання засуджених досить часто відкидаються судом як докази, а мотивом їх відкидання як доказів є те, що ці показання є надуманими, недостовірними, непослідовними і такими, що спрямовані на ухилення від відповідальності за скоєне.

Так, у мотивувальній частині вироку Військового місцевого суду Київського гарнізону від 2 липня 2010 р., яким Ш. і Д. визнані винними у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 357, ч. 2 ст. 189 та ч. 3 ст. 186 КК України і яким призначено остаточне покарання на підставі ст. 70 КК за сукупністю злочинів у виді позбавлення волі на строк, відповідно, 5 і 6 років, зазначається, що суд прийшов до висновку, що покази[1] Ш. і Д. не відповідають дійсності, відхиляє їх як надумані, визнає недостовірними і розцінює способом захисту, спрямованим на ухилення від відповідальності за скоєне. При цьому суд виходить з того, що вказані докази спростовуються як непослідовними і суперечливими показами самих підсудних Ш. і Д., послідовними та докладними показами потерпілих, незацікавлених свідків, які узгоджуються як між собою, так і з іншими дослідженими судом доказами, яким суд віддає перевагу, вважає встановленими і кладе в основу вироку.

Ознайомлення із вироком і обвинувальним висновком свідчить про те, що чотири із десяти «незацікавлених» свідків, показанням яких суд віддав перевагу і які покладені в основу вироку, – це працівники УБОЗу, які здійснювали оперативно-розшукові заходи без заведення оперативно-розшукової справи і без реєстрації заяви потерпілого про вчинення щодо нього з боку Ш. і Д. вимагання майна, а самі дії цих працівників були непрофесійними. Троє – поняті, а троє інших свідків – співробітники СБ України. Допущені працівниками УБОЗу істотні порушення порядку проведення оперативно-розшукових заходів суд визнав дрібними та такими, які в цілому не перешкоджають суду у встановленні об'єктивної істини по справі, у здійсненні правової оцінки дій підсудних. На переконання суду, вказані недоліки не можуть свідчити і про будь-які навмисні дії з боку працівників міліції по приховуванню незаконних дій інших осіб, що підтверджується, зокрема, і матеріалами службової перевірки щодо неправомірних дій з боку окремих працівників УБОЗу, за висновком якої, на винних в нереєстрації матеріалів потерпілого накладені дисциплінарні стягнення.

Зверну увагу на те, що оперативно-розшукові заходи по документуванню факту передачі потерпілим засудженому Ш. грошей та підготовки такої передачі і затримання Ш. працівниками УБОЗу здійснювалися без реєстрації заяви потерпілого про вимагання у нього Ш. грошових

[1] Такий термін вживається у вироку суду. При відтворенні положень зазначеного вироку буде зберігатись стилістика і термінологія, яка вживається у тексті вироку.

коштів, без заведення оперативно-розшукової справи, без наступного проведення дактилоскопічної експертизи та інших необхідних дій.

Відповідно до ч. 3 ст. 9 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» без заведення оперативно-розшукової справи проведення оперативно-розшукових заходів, крім випадку, передбаченого ч. 4 цієї статті, забороняється. Згідно з ч. 4 ст. 9 названого Закону, оперативно-розшукова справа не заводиться при перевірці осіб у зв'язку з допуском їх до державної таємниці, а також до роботи з ядерними матеріалами та на ядерних установках.

Факту незаконного, забороненого законом проведення працівниками УБОЗу оперативно-розшукових заходів – без заведення оперативно-розшукової справи – суд взагалі не давав оцінки, хоча, відповідно до вимог ст. 62 Конституції України, суд повинен був розглянути питання про визнання доказів, одержаних в результаті незаконно проведених оперативно-розшукових заходів, недопустимими.

Заява, з якою потерпілий звернувся до УБОЗ ГУ МВС України в м. Києві, належним чином зареєстрована не була. У обвинувальному висновку зазначається, що під час допиту в якості свідка заступника начальника відділу УБОЗ ГУ МВС України в м. Києві майора міліції С., останній показав, що після отримання від потерпілого інформації про вчинення двома невідомими особами викрадення його майна, паспортів та вимагання ними 5000 дол. США, та письмової заяви про вчинення цих дій, від потерпілого було отримано пояснення, в яких він детально виклав події ранку щодо його пограбування та вимагання грошей, однак заяву потерпілого зареєстровано не було, оскільки у зв'язку з малим проміжком часу між його зверненням до УБОЗу ГУ МВС України в м. Києві та зустріччю з вимагачами, необхідно було провести невідкладні дії з документування вимагання. Саме тому було вирішено зареєструвати заяву потерпілого пізніше.

По-друге, судом не надана оцінка неповноті досудового слідства, зокрема тому, що органами досудового слідства не проведено ряд процесуальних дій, які по даній категорії справ є обов'язковими, оскільки одержані в результаті їх проведення фактичні дані можуть підтверджувати чи спростовувати твердження потерпілих, обвинувачених чи свідків про певні події.

Зокрема, необхідно було провести: 1) огляд місця події – квартири потерпілого, до якої, за його свідченням, вранці проникли засуджені і викрали з квартири належні йому грошові кошти та майно, для того, щоб зібрати (знайти) докази перебування засуджених у квартирі, зокрема, відбитків пальців засуджених;

2) опитування мешканців будинку, в якому проживає потерпілий. Таке опитування могло б підтвердити факт проникнення засуджених до квартири потерпілого;

3) дактилоскопіювання двох стосів грошей, один з яких був обкладений, за свідченням потерпілих, з обох боків картонками і перемотаний гумовою стрічкою, і, особливо, дактилоскопіювання грошового муляжу, виготовленого працівниками УБОЗу для передачі потерпілим засудженому Ш., після вилучення зазначеного муляжу у Ш. при його затриманні. Натомість зазначені гроші після затримання Ш. були повернені потерпілому, про що він написав розписку, хоча, згідно зі ст. 79 КПК України, мали бути приєднані до справи як речові докази;

4) помічення (оброблення) виготовленого працівниками УБОЗу грошового муляжу та пакету, в якому він знаходився, спеціальною хімічною речовиною. При здійснення оперативно-розшукових заходів у виді оперативної комбінації по документуванню факту, зокрема давання – одержання хабара, іншого передавання коштів, певних предметів обов'язково здійснюється помічення (оброблення) купюр грошових коштів та предметів, які передаються, хімічною речовиною – спеціальним порошком, який світиться в променях люмінесцентної лампи. Оскільки, згідно з фактичними обставинами, викладеними в обвинувальному висновку та вироку суду, Ш. брав у руки пакет з «лялькою», то використання зазначеного спеціального порошку могло б бути доказом, який би підтверджував чи спростовував версію досудового слідства про факт одержання Ш. предмета вимагання. Відповіді на запитання, чому працівниками УБОЗу дії по обробленню спеціальною хімічною речовиною грошових коштів та пакета, в який вони були поміщені, не були здійснені, в обвинувальному висновку не міститься.

По-третє, потерпілий особисто заявив, що засудженими Ш. та Д. у нього були викрадені, окрім 1400 доларів США, 3400 гривень та паспортів, також жорстокий магнітний диск та копії дипломів про освіту. У обвинувальному висновку зазначається, що Ш. та Д. відкрито викрали майно, а саме грошові кошти, жорсткий диск від комп'ютера, а також зразки підроблених документів про вищу освіту.

Інкримінування обвинувальним висновком Ш. і Д. викрадення, окрім грошових коштів, також жорстокого диску від комп'ютера та зразків під-

роблених документів про вищу освіту і визнання виключення судом у вироку даної обставини з обвинувачення засуджених, оскільки «в судовому засідання не встановлено безперечних фактичних даних, які б свідчили про викрадення ними вищевказаних речей і відсутні посилання на них у показах жодного зі свідків», мало важливе значення для встановлення спрямованості умислу винних, підтвердження чи спростування версії Ш. щодо характеру його зв'язків із потерпілим, а саме що Ш. домовився з потерпілим про виготовлення останнім завідомо підроблених документів, в тому числі і паспорта, та що під час запланованої зустрічі той повинен був передати Ш. підроблені документи.

По даній справі кримінально-правова оцінка дій Ш. і Д. органом досудового слідства і судом здійснювалася, здебільшого (переважно, в основному), на припущеннях, а не на основі фактичних обставин, підтверджених доказами, зібраними в порядку, визначеному КПК України та Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» і належним чином процесуально закріпленими (оформленими).

Фактично кримінально-правова кваліфікація судом дій Ш. та Д. як вчинення ними злочинів, передбачених ч. 3 ст. 186, ч. 2 ст. 189 та ч. 3 ст. 357 КК, обґрунтована шляхом визнання правдивими показань потерпілого, свідків-понятих і працівників УБОЗу, які брали участь у здійсненні оперативно-розшукових заходів, та відкидання, визнання такими, що не відповідають дійсності і є надуманими, недостовірними, показань засуджених Ш. та Д. У вироку суду зазначається, що неправдиві покази засуджених є способом захисту, спрямованим на ухилення від відповідальності за скоєне, є непослідовними і суперечливими на досудовому слідстві і в судовому засіданні.

Суд зробив висновок, що послідовні та докладні покази потерпілих, незацікавлених свідків узгоджуються як між собою, так і з іншими дослідженими судом доказами, яким суд віддає перевагу, вважає встановленими і кладе в основу вироку.

Про однобічність і упередженість суду свідчить те, що судом визнавались достовірними лише свідчення (показання) потерпілого (1960 р. н.) та його сина (1985 р. н.), які визнані потерпілими, та свідків – працівників УБОЗу, які безпосередньо вчинили затримання засудженого Ш., а також свідків, які були запрошені як поняті при проведенні оперативно-розшукових заходів, а всі показання засуджених суд оцінював критично і майже всі визнав непослідовними, суперечливими, надуманими і такими, що не відповідають дійсності. Суд визнав такими, що не знайшли підтвердження в судовому засіданні, лише одні показання потерпілих, а саме що окрім викрадення у них грошових коштів, засуджені також вчинили викрадення у них жорсткого диску від комп'ютера та копій підроблених документів про освіту, оскільки в судовому засіданні не встановлено безперечних фактичних даних, які б свідчили про викрадення засудженими цих речей і відсутні посилання на них у показах свідків, а тому суд, відповідно до ст. 62 Конституції України, тлумачить сумніви щодо доведеності їх вини (*засуджених – П. А.*), в цій частині, на користь підсудних і виключає з обвинувачення кожного з підсудних дану обставину, як зайво інкримінованну.

Допущені органами досудового слідства порушення кримінально-процесуального закону під час дізнання і досудового слідства у цій кримінальній справі є, очевидно, істотними, а саме дізнання та досудове слідство проведені однобічно, неповно, тому суддя при попередньому розгляді справи, а також після закінчення судового слідства, а апеляційний суд при апеляційному розгляді справи, очевидно, мали прийняти рішення про повернення справи на додаткове (нове) розслідування, оскільки неповнота та неправильність досудового слідства по цій справі не могли бути усунуті в судовому засіданні (ч. 1 ст. 281 КПК).

Крім того, судом при винесенні вироку допущене неправильне застосування норм матеріального кримінального права. У вироку зазначається, що суд визнає обставиною, яка обтяжує покарання засуджених, вчинення ними злочинів, передбачених ч. 3 ст. 186 та ч. 3 ст. 357 КК України, групою осіб за попередньою змовою. Дане рішення суду є неправильним застосуванням кримінального закону, оскільки, згідно з ч. 4 ст. 67 КК, якщо будь-яка з обставин, що обтяжує покарання, передбачена в статті Особливої частини КК як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його обтяжує. Вчинення грабежу за попередньою змовою групою осіб законодавцем визнається кваліфікуючою обставиною, тобто обставиною, яка впливає на його кваліфікацію, а, отже, суд не міг визнати вчинення грабежу за попередньою змовою групою осіб ще і обставиною, що обтяжує покарання. Вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб як обставина, що обтяжує покарання, могла бути врахована судом лише при призначенні покарання за злочин, передбачений

ч. 3 ст. 357 КК. У ст.ст. 186 та 189 КК вчинення передбачених цими статтями дій за попередньою змовою групою осіб законодавцем визнається ознакою злочину, що впливає на його кваліфікацію, – кваліфікуючою ознакою (обставиною). Суд апеляційної інстанції при розгляді справи цьому порушенню положень кримінального закону судом першої інстанції оцінки не дав. Натомість в ухвалі апеляційного суду стверджується, що суд першої інстанції прийняв у справі законне, обґрунтоване, справедливе рішення, яке, зміні чи скасуванню не підлягає.

Таким чином, військовим місцевим судом Київського гарнізону при винесенні вироку допущено застосування кримінального закону, який не підлягає застосуванню, що є, відповідно до ст. 371 КПК, підставою для зміни вироку.

У формулюванні обвинувачення в резолютивній частині вироку зазначається, що Ш. та Д., будучи «службовими особами, використали своє службове становище та діючи за попередньою змовою групою осіб, вчинили грабіж, поєднаний з проникненням у житло потерпілого ..., а також незаконно заволоділи паспортами... потерпілих, за повернення яких, погрожуючи розголошенням відомостей про рід його занять, вимагали 5000 доларів США, тобто ці їх дії, кожного окремо, суд кваліфікує за ч. 3 ст. 186, ч. 2 ст. 189, ч. 3 ст. 357 КК України». Проте, вчинення злочину службовою особою з використанням свого службового становища законодавцем визнається кваліфікуючою ознакою лише складу злочину вимагання і не визнається такою у складах злочинів, передбачених ст. 186 КК та ч. 3 ст. 357 КК України. Вчинення злочину службовою особою з використанням свого службового становища не визнається законодавцем і обставиною, яка обтяжує покарання. Тому виникає питання, яке правове значення надається судом у формулюванні обвинувачення інкримінуванню підсудним Ш. та Д. вчинення ними з використанням свого службового становища злочинів, склади яких передбачені ст.ст. 186 та ч. 3 ст. 357 КК України? Відповіді на це питання вирок не містить.

Зверну увагу на те, що у ст. 69 КПК РФ, в якій визначається поняття доказів, ще в 1993 р. було закріплено, що докази, отримані з порушенням закону, визнаються такими, що не мають юридичної сили і не можуть бути покладені в основу обвинувачення, а також використовуватися для доказування. В частині ч. 2 ст. 50 Конституції РФ, проголошено, що використання доказів, отриманих з порушенням федерального закону, при здійсненні правосуддя в Російській Федерації не допускається. Аналогічне положення закріплено в ст. 73 КПК РФ: докази, отримані з порушенням вимог КПК, є недопустимими, не мають юридичної сили і не можуть бути покладені в основу обвинувачення, а також використовуватися для доказування будь-якої з обставин, передбачених ст. 73 КПК. Російськими вченими однозначно вирішується питання про допустимість доказів: допустимі докази – це докази, одержані з дотриманням вимог КПК [10, 163].

Проведення оперативно-розшукових заходів без заведення оперативно-розшукової справи забороняється, а тому, їх проведення має визнаватись незаконним, а, отже, отримані в результаті проведення таких заходів фактичні дані не можуть (не повинні) враховуватись судом як докази. Проведення таких заходів без заведення оперативно-розшукової справи з позиції кримінального закону є, залежно від фактичних обставин, або зловживанням владою або службовим становищем (ст. 364 КК), чи перевищенням влади або службових повноважень (ст. 365 КК).

В літературі з оперативно-розшукової діяльності зазначається, що практична реалізація принципу законності при проведенні оперативно-розшукової діяльності полягає в точному дотриманні законодавчо встановлених основ її проведення, порядку і форм здійснення відповідними суб'єктами окремих оперативно-розшукових заходів, документування отриманих результатів і введення їх у кримінальне судочинство. Ігнорування цих вимог є порушенням законності, що веде, як правило, до невизнання результатів оперативно-розшукової діяльності на досудовому слідстві й у суді [8, 10–11].

Статтею 9 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 р. встановлено, що:

1) у кожному випадку наявності підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності заводиться оперативно-розшукова справа, про що виноситься постанова, яка підлягає затвердженню начальником органу внутрішніх справ або його уповноваженим заступником (ч. 1 ст. 9 Закону);
2) без заведення оперативно-розшукової справи проведення оперативно-розшукових заходів, крім випадку, передбаченого ч. 4 ст. 9 цього Закону – перевірці осіб у зв'язку з допуском їх до державної таємниці, а також до роботи з ядерними матеріалами та на ядерних установках, – забороняється (ч. 3. ст. 9 Закону).
3) дозвіл на проведення оперативно-розшукової діяльності, при наявності достатніх підстав,

дає керівник відповідного оперативного підрозділу, який несе відповідальність за законність здійснюваних заходів відповідно до чинного законодавства (ч. 6 ст. 9 Закону).

Згідно зі ст. 10 Закону «Про міліцію», міліція відповідно до своїх завдань, зобов'язана, зокрема, виявляти, запобігати, припиняти та розкривати злочини, вживати з цією метою оперативно-розшукових та профілактичних заходів, передбачених законодавством, приймати і реєструвати заяви й повідомлення про злочини та адміністративні заяви й повідомлення про злочини та адміністративні правопорушення, своєчасно приймати по них рішення. Міліція, відповідно до ст. 11 цього Закону, має право здійснювати на підставах і в порядку встановлених законом, гласні та негласні оперативно-розшукові заходи, фото-, кіно-, відеозйомку і звукозапис, прослуховування телефонних розмов з метою розкриття злочинів.

Підстави проведення оперативно-розшукових заходів визначені ст. 6 названого Закону. До них, зокрема, віднесено наявність достатньої інформації, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про злочини, що готуються, осіб, які готують або вчинили злочин. Такі підстави можуть міститись, зокрема, в заявах і повідомленнях громадян.

Згідно зі ст. 95 КПК заяви або повідомлення окремих громадян про злочин можуть бути усними або письмовими. Усні заяви заносяться до протоколу, який підписують заявник та посадова особа, що прийняла заяву. При цьому заявник попереджається про відповідальність за неправдивий донос, про що відмічається в протоколі. Письмова заява повинна бути підписана особою, від якої вона подається. Порядок приймання, реєстрації та розгляду в органах і підрозділах внутрішніх справ України заяв і повідомлень про злочини, що вчинені або готуються, регламентується Інструкцією, затвердженою наказом МВС України від 14 квітня 2004 р. № 400.

Статтею 334 КПК встановлено, що мотивувальна частина обвинувального вироку повинна містити формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним, з зазначенням місця, часу, способу вчинення та наслідків злочину, форми вини і мотивів злочину. В цій частині вироку наводяться обставини, які визначають ступінь тяжкості вчиненого злочину, та докази, на яких ґрунтується висновок суду щодо кожного підсудного, з зазначенням мотивів, з яких суд відкидає інші докази; обставини, що пом'якшують або обтяжують покарання; у разі визнання частини обвинувачення необґрунтованою – підстави для цього.

У постанові № 2 Пленум Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства, що регулює повернення кримінальних справ на додаткове розслідування» від 11 лютого 2005 р. також роз'яснює судам, що «досудове слідство визнається неповним, якщо під час його провадження всупереч вимогам ст.ст. 22 і 64 КПК не були досліджені або були поверхово чи однобічно досліджені обставини, які мають істотне значення для правильного вирішення справи (не були допитані певні особи; не витребувані й не досліджені документи, речові та інші докази для підтвердження чи спростування таких обставин; не досліджені обставини, зазначені в ухвалі суду, який повернув справу на додаткове розслідування, коли необхідність дослідження тієї чи іншої з них випливала з нових даних, установлених при судовому розгляді; не були з'ясовані з достатньою повнотою дані про особу обвинуваченого; тощо). Неправильним досудове слідство визнається в разі, коли органами досудового слідства при вчиненні процесуальних дій і прийнятті процесуальних рішень були неправильно застосовані або безпідставно не застосовані норми кримінально-процесуального чи кримінального закону і без усунення цих порушень справа не може бути розглянута в суді (абз. 2, 3 п. 8 названої постанови).

С. Я. Фурса пише, що у судовій практиці поширеними є випадки подання доказів, отриманих з порушенням порядку їх отримання – подання суду листів, звукозаписів телефонних розмов, отриманих з порушенням таємниці листування та телефонних розмов, фотографій, зроблених без згоди особи, яка на них зображена, тобто без отримання офіційного дозволу фотографувати її тощо. Такі докази не повинні братись судом до уваги. При цьому суд має не просто не брати їх до уваги, а зобов'язаний відреагувати на такі порушення [11, 330].

З урахуванням викладеного можна сформулювати такі узагальнюючі **висновки**:

1. Необхідно розрізняти термінопоняття «докази» і «джерела доказів» у кримінальному судочинстві. Докази у кримінальному судочинстві – це відомості, які сприймаються органами відчуття людини – правозастосувача (органами зору, слуху, нюху), аналіз і оцінка яких дозволяє встановити наявність або відсутність обставин – фактичних даних, фактів, – які дають підстави (дозволяють) зробити висновок про вчинення/невчинення особою діяння,

що містить склад злочину.

2. В основу обвинувачення можуть бути покладені лише докази, одержані законним шляхом. Докази, одержані незаконним шляхом, відповідно до ч. 3 ст. 62 Конституції України, повинні визнаватись недопустимими і, відповідно до ст. 334 КПК, відкидатись судом.
3. Питання допустимості/недопустимості доказів, покладених органом досудового слідства в основу обвинувачення, вирішуються лише судом. При цьому суд повинен керуватися двома положеннями, встановленими ст. 62 Конституції України: 1) докази, одержані незаконним шляхом, мають (повинні) відкидатися судом як недопустимі, незалежно від того, підтверджується чи ні обвинувачення іншими доказами, що містяться у матеріалах справи; 2) в силу принципу презумпції невинуватості, закріпленого у ст. 62 Конституції України, всі сумніви у справі, у тому числі і сумніви щодо допустимості доказів, мають тлумачитися та вирішуватися на користь підсудного.
4. Чинним законодавством (КПК, закони «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», «Про розвідувальні органи України» та ін.) більш-менш повно регламентується лише порядок одержання (збирання) доказів працівниками правоохоронних органів, перш за все тих, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Порядок збирання і використання інформації пересічними громадянами законодавством у сфері інформаційних відносин фактично не врегульований, тому питання достовірності, належності та допустимості/недопустимості як доказів відомостей (інформації), які надаються громадянами, вирішується, фактично, органом судового слідства і судом у кожному конкретному випадку. Все це обумовлює необхідність у новому КПК чітко визначити поняття доказів, джерел їх одержання, порядку одержання доказової інформації, ознак достовірності, належності та допустимості/недопустимості доказів.
5. Щодо доказового значення відомостей (інформації), зафіксованих на так званих «плівках Мельниченка», рішення має прийматись лише судом, з урахуванням положень ст. 62 Конституції України та ст.ст. 22, 343 КПК України. Зазначу лише, що обґрунтування підстав закриття Генеральним прокурором України кримінальної справи щодо М. Мельниченка, порушеної за ч. 2 ст. 328, ч. 1 ст. 358 та ч. 3 ст. 365 КК, є, принаймні, вельми сумнівним.

ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Кримінально-процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. – Вид. 3-тє., доповн. та переробл. / за заг. ред. Ю. П. Аленіна. – Х. : Одіссей, 2011.
2. *Погорецький М. А.* Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі : монографія / М. А. Погорецький. – Х.: Аріс ЛТД, 2007.
3. *Лобойко Л. М.* Кримінально-процесуальне право : підручн. / Л. М. Лобойко. – К. : Істина, 2010.
4. Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 3. – С. 18, 47.
5. Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 15. – С. 18.
6. *Тертишник В. М.* Кримінально-процесуальне право : підручн. – Вид. 4-те, доповн. і переробл. / В. М. Тертишник. – К. : А.С.К., 2003.
7. *Рабінович П. М., Хавронюк М. І.* Права людини і громадянина : навч. посібн. / П. М. Рабінович, М. І. Хавронюк. – К. : Атіка, 2004.
8. *Грошевий Ю. М., Фомін С. Б.* Кримінально-процесуальне доказування та оперативно-розшукова діяльність : навч. посібн. / Ю. М. Грошевий, С. Б. Фомін. – Х. : Право, 2010.
9. *Коваленко Є. Г.* Теорія доказів у кримінальному процесі України : підручн. / Є. Г. Коваленко. – К. : Юрінком Інтер, 2006.
10. *Лазарева В. А.* Доказывание в уголовном процессе: учеб. - практич. пособ. – Изд 2-е., перераб. и доп. / В. А. Лазарева. – М. : Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2010. – 343 с.
11. Цивільний процес України : академічний курс : [підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / за ред. С. Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С. Я.; КНТ, 2009.

Андрушко П. П. **Понятие доказательств в уголовном процессе, их достоверности, относимости и допустимости**

В исследовании сформулированы ответы на вопросы: что понимается под доказательствами, полученными незаконным путем, какие доказательства должны (могут) быть признанными судом допустимыми (не допустимыми), и могут ли быть признанными доказательствами несанкционированные аудиозаписи разговоров.

Ключевые слова: доказательства, квалификация преступлений, допустимость доказательств, источники доказательств

Andrushko Petro**. The concept of proofs in criminal trial, their reliability, respectiveness and admissibility**

In the research the answers to the following questions are formulated: what is understood as the proofs obtained illegally, what proofs should (can) be acknowledged by the court as admissible (not admissible), and whether there can be unauthorized audio records of conversations recognized as proofs.

Keywords: proofs, qualification of crimes, admissibility of proofs, sources of proofs