

УДК 341.231.14

Ганна ЮДКІВСЬКА,
суддя Європейського суду з прав людини,
кандидат юридичних наук



ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ ЯК ОДНА З ГАРАНТІЙ СПРАВЕДЛИВОГО СУДОВОГО ПРОЦЕСУ ВІДПОВІДНО ДО СТАТТІ 6 ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВНИХ СВОБОД

Однією з вимог справедливого судочинства в кримінальному процесі є ґрунтування обвинувачення лише на доказах, одержаних законним шляхом. Кримінально-процесуальне законодавство України, яке існувало до 2012 року, не містило такої правової ознаки доказу, як його допустимість. Хоча стаття 62 Конституції України передбачає, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом, у законодавстві був відсутній механізм виключення недопустимих доказів із процесу. Видається, що новий КПК заповнив цю прогалину. Однак, на сьогодні, питання допустимості доказів поки не знайшло достатнього розвитку в українській теорії і практиці.

Свого часу, практика Європейського суду з прав людини (далі — Суд) з питань сумісності із справедливим судовим процесом (стаття 6 Конвенції) щодо використання доказів, отриманих незаконним шляхом, зазнає певних змін з огляду на зростаючі вимоги до справедливого судочинства у сучасному демократичному світі. А отже, цікавим видається її невеличкий аналіз, якому і присвячено цю статтю.

Докази, отримані із порушенням статті 8 Конвенції

Ця практика бере свій початок із справи *Schenk v. Switzerland* (12 July 1988, Series A no. 140), в якій Суд підкреслив: «Стаття 6 Конвенції гарантує право на справедливий судовий розгляд, але вона не встановлює будь-яких правил допустимості доказів, як таких – це завдання внутрішнього права. Суд, таким чином, не може виключити принципово та *in abstracto* прийнятність такого роду незаконно отриманих доказів. Він має лише оцінити..., чи був судовий розгляд по справі справедливим». Тим не менш, судді, які висловили окрему думку, зазначили що «жоден суд не може, не заподіючи шкоди належному відправленню правосуддя, спиратися на доказ, який не тільки був отриманий незаконним шляхом, але, перш за все, є протизаконним. Якщо суд так вчиняє, він не може вважатися справедливим у сенсі Конвенції».

У справі *Schenk v. Switzerland* заявник найняв людину для вбивства своєї дружини. Ця людина повідомила працівників поліції, і надалі записала свою телефонну розмову із заявником, яку передала відповідним органам. Цей запис був незаконним з погляду національного права, оскільки не був санкціонованим суддею, але був використаний для засудження заявника. Європейський суд дійшов висновку, що включення до доказової бази незаконно отриманого магнітофонного запису не суперечить частині другій статті 6. Суд надав вагу тій обставині, що цей запис не був єдиним доказом, на якому було побудовано вирок. Відмова виключити магнітофонний запис із числа доказів була, зокрема, пов'язана з тим, що в розпорядженні суду були показання абонента заявника як свідка щодо цього запису. Національні суди взяли до уваги всю сукупність прямих та непрямих доказів та зробили висновок про винуватість заявника в інкримінованому злочині. Отже, Суд вирішив, що використання спірного магнітофонного запису не позбавило заявника справедливого судового розгляду. Таким чином, обвинувачення не може базуватися виключно, або значною мірою, на доказах, питання законності яких є спірним. Тобто якщо в основу вироку покладені крім «хибних» ще інші, «законні» докази, то порушення статті 6 не констатується.

У ряді подальших справ Суд відійшов від такого підходу. Початок було положено у справі *Khan v. the United Kingdom* (no. 35394/97, ECHR 2000 V), де заявника було засуджено за торгівлю наркотичними речовинами на підставі доказів, незаконно отриманих поліцією з допомогою пристроїв для підслуховування. Суд визнав порушення статті 8 Конвенції через відсутність законодавчої системи, яка регулювала б використання таємних пристроїв для підслуховування.

Але використання цього доказу не позбавило заявника, на думку Суду, справедливого судового розгляду, якщо брати до уваги всі обставини справи. Суд зазначив, що оспорюваний у даній справі матеріал був, фактично, єдиним доказом проти заявника (на відміну від справи Schenk). Проте, коли немає ризику, як у цьому випадку, ненадійності запису, потреба в додаткових доказах відповідно зменшується. Суд звернув увагу, що заявник не оспорював автентичності запису, але оспорив лише його використання в суді першої інстанції, а потім в апеляційному суді та Палаті Лордів. На кожному рівні юрисдикції національні суди давали свою оцінку тому, як оголошення доказів прийнятними вплинуло на справедливість судового розгляду, та мали змогу виключити цей доказ як незаконний. Це дало підставу Європейському суду вважати, що процес в цілому був справедливий.

Не погоджуючись з думкою більшості, суддя Loucaides звернув увагу Суду, що «за англійським правом концепція «справедливості» стосовно відповідного тесту на допустимість доказів ніколи не була несумісною із незаконністю. Згідно з відповідним англійським правилом доказів несправедливість вузько визначена як така, що виникає лише коли шкода, заподіяна підсудному прийняттям незаконно отриманого доказу, перевищує його доказову цінність». Зважаючи на це, досить важко погодитися із висновком Суду по цій справі, хоча його потім було закріплено і в ряді подальших справ.

Так, у справі *Perry v. the United Kingdom* (no. 63737/00, ECHR 2003 IX (extracts)) поліція таємно зняла заявника на плівку, порушуючи вимоги національного законодавства. Ця відеокасета була використана, разом із іншими доказами, для засудження заявника за розбій. Наголошуючи на існуванні процедури для оцінки достовірності такого доказу, Європейський суд зазначив: «використання в суді доказів, отриманих без належної правової бази або незаконним шляхом, не завжди буде становити порушення стандартів справедливої процедури, встановлених статтею 6 Конвенції, якщо належні процедурні гарантії мають місце та природа і джерело доказового матеріалу не спотворені, наприклад, примусом або провокацією які б робили посилення на нього під час визначення обвинувачення несправедливим... Отримання такої інформації більше стосується відповідальності держав-учасниць за статтею 8 Конвенції, яка зобов'язує поважати приватне життя належним чином».

У справі *Parris v. Cyprus* (dec.) (no. 56354/00, 4 July 2002) одним із головних факторів для оцінки справедливості судового розгляду став характер та зміст національного права, яке було порушено. Заявник, засуджений за вбивство дружини, скаржився на незаконність

посмертної судово-медичної експертизи, проведеної без відповідного рішення слідчого. Суд звернув увагу, що в основу порушеного законодавчого положення було покладено повагу до тіла померлого, а не гарантії обвинуваченого в кримінальному процесі. Крім того, як і у справі *Schenk*, оскаржувана експертиза не була єдиним доказом винуватості заявника.

Про використання в кримінальному процесі проти заявників отриманих з порушенням статті 8 Конвенції записів телефонних розмов йшлося і у справах *Heglas v. the Czech Republic*, no. 5935/02, 1 March 2007 та *Dumitru Popescu v. Romania* (no. 2), (no. 71525/01, 26 April 2007). Знов-таки, ці докази не були єдиними у справі, зміст записів не оскаржувався, а отже, Суд не знайшов порушення статті 6 Конвенції. Ці справи відрізнялися від справи *Allan v. the United Kingdom* (no. 48539/99, § 42, ECHR 2002-IX), в якій поліція надала своєму інформаторові записуючий пристрій та посадила в одну камеру із заявником для отримання інформації про його участь у злочині. В цій справі Суд встановив порушення права не свідчити проти себе (права, яке прямо не вказано в тексті Конвенції, але за усталеною практикою Суду є складовою частиною справедливого судового процесу), оскільки розповідь заявника, що була записана на плівку, не мала характеру вільної та спонтанної розмови, а нею «диригував» поліцейський інформатор, який спрямовував розмову запитаннями про вбивство. Його запитання можна було вважати фактично еквівалентом допиту (навіть за відсутності примусу) за відсутності процесуальних гарантій, які існують під час формального допиту. На відміну від цієї справи, в справах *Heglas* та *Dumitru Popescu* розповідь мала добровільний характер, хоча й була записана на плівку в порушення закону.

Ураховуючи різні думки суддів Суду щодо використання в кримінальному процесі доказів, отриманих із порушенням статті 8 Конвенції (див. згадану особливу думку судді *Loucaides* в справі *Khan* та особливу думку судді *Tulkens* в справі *P.G. and J.H. v. the United Kingdom* (no. 44787/98, ECHR 2001-IX), яка зазначила, зокрема, що «Якщо порушення статті 8 Конвенції може бути визнано «справедливим», тоді я не бачу, як можна утримати поліцію від повторення такої неприпустимої поведінки»), в справі *Vukov v. Russia* [GC] (no. 4378/02, ECHR 2009-...) палата Суду уступила юрисдикцію на користь Великої палати (стаття 30 Конвенції) для перегляду усталеної практики. У цій справі як доказ вини заявника в замовному вбивстві було використано диктофонний запис розмови заявника із особою, яка в ході негласної операції видала себе за виконавця злочину та прийшла в дім заявника, щоб повідомити про начебто виконане

«замовлення». Суд знайшов порушення статті 8 Конвенції через відсутність в російському законодавстві положень, які регламентували б процедуру отримання та використання диктофонних записів. Однак одинадцятьма голосами проти шести Велика палата підтвердила, що використання запису, отриманого в порушення статті 8, не зашкодило справедливому судочинству.

Суд розглянув три основні фактори. По-перше, він вказав, що заявник мав можливість оскаржити негласну операцію та всі, отримані як наслідок, докази в межах змагальної процедури суду першої інстанції та при оскарженні вироку. Його аргументи були заслухані судами та відхилені вмотивованими рішеннями.

По-друге, оскаржуваний запис не був єдиним доказом, на який спирався суд як на підставу для засудження заявника. Ключовим доказом для обвинувачення була заява планованого виконавця про те, що заявник доручив йому вбивство та надав зброю. Цю заяву, яка стала підставою для розслідування, було зроблено ним до проведення негласної операції та незалежно від неї як приватної особи, а не міліцейського інформатора. Крім того, він неодноразово підтверджував свої показання під час подальших допитів та на очній ставці між ним та заявником на стадії досудового слідства; та його показання підтверджувалися іншими доказами, зокрема численними показаннями свідків. У суді запис не розглядався як зізнання або доказ обізнаності, він грав обмежену роль у складній доказовій базі, що оцінювалася судом у сукупності. По-третє, в цій справі, на відміну від згаданої вище справи *Allan*, отримання оскаржуваного доказу не супроводжувалося елементами примусу, та право не свідчити проти себе порушено не було.

Отже, дослідивши:

а) гарантії, що супроводжували оцінку національними органами допустимості та достовірності оскаржуваних доказів;

б) природу та ступінь стверджуваного примусу (якість доказу); та

в) характер використання доказу, отриманого в результаті негласної операції, Європейський суд дійшов висновку, що в цілому розгляд справи не суперечив вимогам справедливого судочинства.

З цим не погодився суддя *Spielmann*, до якого приєдналися судді *Rozakis*, *Tulkens*, *Casadevall* та *Mijović*. На їхню думку, питання про допустимість у кримінальному процесі доказу, отриманого в порушення статті 8 Конвенції, це принципіальне питання, яке вимагає принципіальної відповіді, особливо в тому, що стосується необхідності забезпечення сумісності між висновками Суду за двома статтями Конвенції (те, що заборонено статтею 8 Конвенції, не може бути дозволене статтею 6 Конвенції). ...Встановивши відсутність

порушення статті 6 Конвенції, Європейський суд підірвав гарантії статті 8 Конвенції...

Тест, розроблений у справі *Вуков*, було вперше застосовано у справі *Lisica v. Croatia* (no. 20100/06, 25 February 2010).

Заявників у цій справі було затримано за підозрою у розбої. Було встановлено, що розбій було скоєно на автомобілі марки *Golf II*. При первинному обшуку в машині заявників (марки *BMW*) не було знайдено нічого підозрілого, однак під час наступного обшуку через два дні, в присутності заявників та їх представників, в автомобілі було знайдено пластикову форму замка автомобілю *Golf II*. Як потім дізналися заявники, та було встановлено в судовому засіданні, в період між двома обшуками в машину заявників, яка знаходилася у поліції, проникли поліцейські для того, щоб взяти зразок чохла сидіння на експертизу, без відповідного ордеру та без повідомлення або присутності заявників. Заявників було засуджено за розбій. Крім іншого, суд послався на знайдену у них форму замка з автомобілю, що був використаний при розбої.

При розгляді скарги заявників на порушення статті 6 Конвенції Суд звернувся до принципів, встановлених у справі *Вуков v. Russia*, та вказав, в першу чергу, що заявникам було надано можливість оскаржити автентичність цього доказу та заперечувати проти його використання в змагальній судовій процедурі. Національні суди встановили, що поліцейські дійсно проникли в машину між першим та другим обшуками, та залишилися задоволеними їх поясненнями, що це було зроблено виключно для отримання зразка чохла.

Другий тест, встановлений у справі *Вуков*, вимагав оцінки якості оскаржуваного доказу, включаючи запитання: чи могли обставини його отримання піддати сумніву його надійність і достовірність? У зв'язку з цим Суд зазначив, що обидва обшуки в машині заявників були здійснені поліцією за ордером компетентного судді. Пластикову форму замка, що була надалі використана як доказ проти заявників, було знайдено під час другого обшуку, коли поліцейські проникли в машину заявників без належних повноважень, таких як ордер на обшук; більш того, заявників не було проінформовано про цей обшук та вони не могли бути присутні під час його проведення. Єдиними свідками обшуку були самі співробітники поліції, які самі є «спільниками обвинувачення».

Суд знов приділив особливу увагу «проявам» справедливості кримінального процесу, нагадавши, що «правосуддя не тільки має відбуватися, але має бути побачено, що воно відбулося». В той же час обставини проникнення поліцейських в машину заявника не могли усунути всі сумніви щодо достовірності знайденого під час подаль-

шого обшуку доказу, враховуючи, що цей доказ не було знайдено під час первинного обшуку.

Далі Суд оцінив важливість оскаржуваного доказу для обвинувального вироку заявникам. Цей доказ, хоч і не був єдиним, зіграв суттєву роль – він став єдиним прямим доказом, що пов'язував автомобіль заявників з автомобілем, що використовувався при розбої, в той час як інші докази були похідними. Неусунені сумніви щодо його достовірності підірвали довіру до нього. В світлі вказаних принципів суд дійшов висновку, що використання цього доказу не відповідало вимогам справедливого судочинства, та постановив, що статтю 6 § 1 Конвенції було порушено.

Таким чином, при вирішенні питання про сумісність із статтею 6 Конвенції використання доказів, отриманих незаконним шляхом, Суд буде розглядати три головні питання – існування процедурних гарантій, якість самого доказу та його важливість для обвинувального вироку.

Проте, враховуючи постійне зростання вимог до справедливості судового процесу та категоричну позицію деяких суддів ЄСПЛ, видається вірогідним, що підхід Суду до доказів, отриманих незаконним шляхом, стане надалі менш компромісним.

(Продовження у наступному номері)