

Тертишник В. М.,
доктор юридичних наук, професор,
професор Університету митної справи та фінансів України

ДОКТРИНАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДОКАЗОВОГО ПРАВА

DOCTRINAL PROBLEMS OF EVIDENTIARY LAW

У статті розкриваються проблеми теорії доказів та розвитку доказового права з урахуванням положень Конституції України, процесуального законодавства, прецедентної практики Європейського суду з прав людини та судових прецедентів Вищої судової інстанції України.

Інтегративний аналіз проблем доказування в різних юридичних процесах приводить до висновку про необхідність прийняття універсального законодавчого акту – «Кодексу доказового права».

В контексті формування його доктринальних засад та окремих правових інститутів пропонуємо закріпити тут норми такого змісту:

1. «Доказами є фактичні дані, отримані в передбаченому законом порядку, які відповідають вимогам належності до справи, допустимості та достовірності».

2. «Фактичні дані, отримані шляхом здійснення антикорупційних заходів, діяльності щодо запобігання легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, митних та інших передбачених законом адміністративних, оперативно-розшукових чи цивільно-процесуальних процедур, можуть використовуватися в юридичному доказуванні за умови, що з'ясовано й може бути перевірено джерело і спосіб їх здобуття, фактичні дані отримані без недопустимого втручання в гарантовані Конституцією України права і свободи громадян, не є «плодами отруйного дерева», такі здобуті фактичні дані відповідають вимогам належності до справи, допустимості та достовірності».

3. «Недопустимими є доказові матеріали, які здобуті внаслідок провокації злочину, одержані з істотним порушенням прав і свобод людини, чи є «плодами отруйного дерева, матеріали, які отримані з порушенням інших юридичних норм, приписами яких створювались певні гарантії отримання достовірних фактичних даних».

Констатується, що очевидно недопустимими є докази, які отримані з таких джерел, такими засобами і в такому порядку, при яких не забезпечено дотримання засади верховенства права і принципу пропорційності та є сумнівною достовірність самих доказів.

Ключові слова: докази, допустимість доказів, доказове право, процесуальна форма.

The article reveals the problems of the theory of evidence and the development of evidence law, taking into account the provisions of the Constitution of Ukraine, procedural legislation, case-law of the European Court of Human Rights and judicial precedents of the High Court of Ukraine. Integrative analysis of the problems of proof in various legal processes leads to the conclusion about the need to adopt a universal legislative act – the "Code of Evidence Law"

In the context of the formation of its doctrinal principles and individual legal institutions, we propose to enshrine here the norms of the following content:

1. "The evidence is the actual data obtained in accordance with the procedure established by law that meet the requirements of belonging to the case, admissibility and reliability".

2. "Actual data, obtained through the implementation of anti-corruption measures, activities to prevent the legalization (laundering) of proceeds from crime, customs and other statutory administrative, civil procedure procedures, can be used in legal evidence, provided that the source and method of their receipt can be verified, the actual data obtained without inadmissible interference with the rights and freedoms of citizens guaranteed by the Constitution of Ukraine, are not, such obtained factual data meet the requirements of belonging to the case, admissibility and reliability".

3. "Inadmissible are evidence materials obtained as a result of provocation of a crime, obtained with a significant violation of human rights and freedoms, whether "the fruits of a poisonous tree, materials obtained in violation of other legal norms, the regulations of which created certain guarantees for obtaining reliable factual data. It is stated that the evidence obtained from such sources, such means and in such a manner, in which compliance with the rule of law is not ensured and the authenticity of the evidence itself is doubtful.

Key words: evidence, admissibility of evidence, evidence law, procedural form.

Постановка проблеми. Доказове право сьогодні традиційно залишається фундаментом науки як кримінального процесу, так і цивільно-процесуального права та адміністративного судочинства, оскільки присвячується доленосним питанням забезпечення справедливості правосуддя. В сучасній правничій науці концепти та інститути доказового права потребують комплексного інтегративного міждисциплінарного аналізу і узагальнення.

Реалізація ідеї верховенства права в сфері правосуддя можлива лише за наявності фундаментальної доктрини доказової діяльності та створеної на її

основі інтегративної системи досконалого доказового права.

Аналіз останніх наукових досліджень показує як на наявність недостатньо апробованих і теоретично обґрунтованих новацій доказового права та суперечливих судових прецедентів, так і на розмаїття думок вчених при аналізі існуючих проблем [5-24].

Мета статті – визначення основних концептів та алгоритмів реформування доказового права і доказової діяльності.

Виклад основного матеріалу дослідження. Доказове право – інтегративна система поєд-

наних предметом правового регулювання правових норм, якими визначаються мета та предмет доказування, компетенція суб'єкти доказування, концепт доказів та їх види, вимоги належності, допустимості та достовірності доказів, юридична форма доказової діяльності, принципи доказового права, оцінки та розуміння достатності доказів, стандарт доведеності поза розумним сумнівом та гарантії справедливого правосуддя.

В основі доказового права має бути вивірена теорія пізнання та наука логіки. Порівняльним дослідженням концептів доказів, закріплених в різних галузях права, можна з'ясувати як на певні розбіжності в дефініціях, так і на доктринально хибні закріплення поняття та видів доказів.

Так, в ст. 72 Кодексу адміністративного судочинства України визначається, що «Доказами в адміністративному судочинстві є будь-які дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Ці дані встановлюються такими засобами: 1) письмовими, речовими і електронними доказами; 2) висновками експертів; 3) показаннями свідків». Аналогічний концепт розуміння доказів та їх видів («засобів») викладений в ст. 73 Господарського процесуального кодексу України, а також в ст. 76. Цивільного процесуального кодексу України.

Тобто в даних законодавчих актах закладений хибний логічний силогізм – «доказами є дані, ці дані встановлюються доказами».

У чинному КПК України закріплений ще більший алогізм. Тут використано термін «джерела доказів», що призвело до невиправданої тавтології. Наприклад, до джерел доказів у ст. 84 КПК України віднесено показання, документи, речові докази, протоколи слідчих і судових дій. Тобто тут стверджується, що джерелами доказів є речові докази, а по суті маємо алогізм – джерелами доказів є докази.

Викладаючи досить вузьке загальне розуміння «джерел доказів» у цілому, законодавець, регламентуючи процедуру дізнання щодо кримінальних проступків, спромігся проголосити, що «процесуальними джерелами доказів у кримінальному провадженні про кримінальні проступки, крім визначених статтею 84 цього Кодексу, також є пояснення осіб, результати медичного освідування, висновок спеціаліста, показання технічних приладів і технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, чи відеозапису» (ст. 298¹ КПК України).

Більше того, продовжуючи традицію сіяти хаос, законодавець у ч. 2 названої статті стверджує, що «такі процесуальні джерела доказів не можуть бути використані у кримінальному провадженні щодо злочину, крім як на підставі ухвали слідчого судді, яка постановляється за клопотанням прокурора».

Стверджуємо, що приписи ч. 2 ст. 298¹ КПК України не відповідають конституційному концепту допустимості доказів, викладеному в ст. 62 Конституції України про те, що «обвинувачення не може

ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях». Відтак, отримані законним шляхом докази є доказами незалежно від наявності чи відсутності ухвали слідчого судді щодо дозволу на їх використання як доказів. Приписи процесуального закону лише тоді мають цінність і варті до виконання, коли спрямовуються на виконання завдань кримінального процесу, створюючи належну і достатню систему стримувань і противаг проти можливих помилок чи зловживань, а не породжуючи форму заради самої форми, яка уже сама несе в собі можливість довільного розсуду (дозволити чи не дозволити) та крім надлишкової бюрократії створює додаткові корупційні ризики. Зрештою питання про допустимість доказових матеріалів як доказів має вирішувати суд у змагальному судовому процесі.

Чинний КПК України містить настільки «різнобарвну» і широку систему суперечностей доказового права, що створює практично безмежні можливості створювати правничий колапс на шляху досягнення мети самих процесів. Доктрині керованого хаосу не місце в кримінальному судочинстві.

В КПК України та інших процесуального характеру законодавчих актах має бути закріплене просте, коротке та доктринально виражене визначення поняття доказів: «Доказами є фактичні дані, отримані з дотриманням засади верховенства права в передбаченому законом порядку, які відповідають вимогам належності до справи, допустимості та достовірності».

Допустимість доказів в доктринальному сенсі означає правову придатність їх для використання у кримінальному процесі як аргументів у доказуванні.

У статті 62 Конституції України стверджується: «Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь».

У ст. 74 Кодексу адміністративного судочинства України за назвою «Допустимість доказів», дається досить широке та розмите визначення критеріїв недопустимості доказів. Зокрема в даній нормі зазначається, що «суд не бере до уваги докази, які одержані з порушенням порядку, встановленого законом».

Ст. 77 Господарського процесуального кодексу України, визначає, що «докази, одержані з порушенням закону, судом не приймаються».

Ст. 78 Цивільного процесуального кодексу України («Допустимість доказів» визначає: «Суд не бере до уваги докази, що одержані з порушенням порядку, встановленого законом».

Ці концепти могли б бути і прийнятними, за умови забезпечення чіткої юридичної визначеності самого «порядку, встановленого законом»

Пов'язуючи допустимість доказів із процесуальним порядком їх одержання, закон не тільки має на меті захист громадян від безпідставного вторгнення в їхні законні права та інтереси, а й виходить із того, що цей порядок містить гарантії одержання достовірної доказової інформації.

Але після введення в дію нового КПК України слідча і судова практика показали наявність «білих плям» у процесуальному законодавстві, відсутність системності в реалізації правових позицій та прецедентної практики Європейського суду з прав людини, недосконалість інституту негласних слідчих (розшукових) дій, безліч юридичних фікцій і колізій, яких не порушити дуже важко.

По-перше, згідно з ч. 3 ст. 9 КПК України «закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому Кодексу. При здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу».

По-друге, в ст. 1 КПК України міститься припис – «порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України».

По-третє, згідно з ч. 1 ст. 84 КПК України «доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку...» (саме цим і без альтернатив).

По-четверте, «сторони кримінального провадження, потерпілий мають право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не є джерелом доказів» (ч. 8 ст. 95 КПК України).

По-п'яте, відповідно до ст. 86 КПК України «доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилається суд при ухваленні судового рішення».

Значимо, що такої проблеми не виникає в цивільному судочинстві, адже там щодо допустимості доказів визначений більш простий концепт – «суд не бере до уваги докази, які одержані з порушенням порядку, встановленого законом» (ст. 59 ЦПК України).

Очевидно, в чинному КПК України здійснена штучна формалізація доказового права та інституту захисту, яка суперечить об'єктивним законам пізнання, логіки та природного права, здатна перетворити судовий процес у безкінечну тяганину, за якою важко буде побачити піклування про долю людини.

Всупереч сталого розуміння ієрархії правових норм та юридичної сили правових норм в залежності від їх джерел (норми конституції – норми найвищої юридичної сили і т. д.), чинний КПК України містить досить неоднозначні за змістом постулати інституту допустимості доказів: а) «Доказами у кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку...» (ст. 84); б) «Доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом». (ч. 1 ст. 86 КПК України). Підкреслимо – доказами в кримінальному процесі може бути лише те, що здобуто в передбаченому КПК порядку. А все інше, здобуто на основі процедур, передбачених іншими законами, як уважають розробники КПК України, «матеріали» невідомого науці статусу.

На перший погляд, в таких приписах можна побачити елемент новизни. Але проблеми криються і дрібниціях. Зокрема в таких дрібниціях цитованих положеннях закону, які можуть зробити недосяжною мету самого закону.

Наприклад, ч. 5 ст. 271 КПК України, регламентуючи так званий і до того проблематичний інститут «контролю за вчиненням злочину» (злочин треба попереджувати, припиняти, розслідувати, а не контролювати його вчинення), зазначає, що «порядок і тактика проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину визначається законодавством». Тобто в законі стверджується, що «регламентований тут і в цьому законі порядок визначається законодавством». Отримуємо унікальний приклад, коли законодавець, який повинен був би це зробити, приймаючи системний закон – КПК України як комплексний законодавчий акт, цього так і не виконав, відтермінувавши цю роботу до віртуальних та малоймовірних законів майбутнього, та більше того, «замахнувся» на те, щоб навіть «тактика» названих дій (яка зазвичай обирається залежно від слідчої ситуації за умови конфіденційності), відтепер також регламентувалася законодавством. «Ad impossibilia nemo tenetur» – «неможливо змушувати виконувати неможливе». Навіть якщо припустити, що вреши-решт указані дії будуть регламентовані окремим законом, то виникне проблема допустимості отриманих при їх провадженні даних, адже за приписами КПК України «доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом» (ч. 1 ст. 86 КПК України), тобто саме в порядку «встановленому цим Кодексом», тобто в порядку визначеному КПК України і ніяк не інакше. А отже штучно створена юридична колізія ставить під сумнів дані отримані в рамках дій, виконаних в порядку передбаченому іншими законами, тобто поза межами кримінально-процесуальних правовідносин окремими законодавчими актами.

Наприклад, під сумнівом можуть опинитись і дані отримані при виконанні повноважень агентств запобігання легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом та протидії корупції, а також здобути митними органами, чи правоохоронними органами інших країн, в порядку окремих доручень в рамках міжнародного співробітництва в сфері правосуддя, чи навіть адвокатами відповідно до приписів ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Питання визнання доказів недопустимими стало ще більш проблемним з огляду як на недоліки законодавства так і на новели судових прецедентів.

У доктринальному сенсі залишаються відкритими як для наукової, так і для офіційного та концептуального й правозастосовного тлумачення питання: «Які ж саме фактичні дані слід вважати недопустимими матеріалами в доказуванні : а) усі фактичні дані, які отримані з порушенням будь-якого закону; б) фактичні дані, які отримані з порушенням лише

норм КПК України; в) фактичні дані, які отримані з істотним порушенням конституційних прав і свобод людини; г) фактичні дані, що отримані з істотним порушенням будь-яких законодавчих норм; д) інший концепт розуміння недопустимості доказів?

Аналіз практики розкриває багато проблем у законодавстві та відсутність належної юридичної визначеності процедур.

Так, 7 серпня 2019 року колегія суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду у справі № 607/14707/17 (провадження № 51-2604 км 19) постановили рішення, яким кримінальне провадження стосовно обвинуваченого було закрито у зв'язку з недоведеністю його вини, а недоведеність вини апеляційний суд пов'язував з недопустимістю використання як доказів відеодиску з записом з камер відеоспостереження. На думку суду, «здійснення процесуальної дії по збиранню доказів та отримання такого доказу, як відеодиск з записом з камер відеоспостереження магазину, оперативним працівником відбулося поза межами кримінального провадження, тобто до внесення відомостей в ЄРДР, до того ж такий доказ був отриманий від потерпілого не уповноваженою на те посадовою особою – а саме оперуповноваженим, а не самим слідчим чи за окремих доручення слідчого...».

Ознайомлення з добровільно представленими матеріалами звукозапису чи матеріалами відеоспостереження, а також їх отримання (вилучення) слідчими органами до початку кримінального провадження щодо злочинів досі не отримало окремої законодавчої регламентації, хоча стосовно дізнання відносно кримінальних проступків законодавець уже прописує іншу система збирання доказів до відкриття кримінального провадження, включаючи і можливість ознайомлення з технічними носіями інформації.

В указаній ситуації фактично суд оцінив дії, виконані в умовах прогалини в праві, та визнав їх істотним порушенням закону («істотним порушенням прогалини в праві»), не заглиблюючись в питання того, які при цьому були порушені права і свободи людини чи настали інші негативні наслідки, які ускладнювали досягнення мети кримінального провадження. У цій справі потерпілий сам зробив фактично усе необхідне, щоб злочин був розкритий, а суд «умудрився» заблукати в лабіринтах формалістики та виправдати злочинця, залишивши права потерпілого без належного відновлення. Чи можна назвати це правосуддям? У тлумаченні права маємо надавати перевагу очевидно не процедурі, а засаді верховенства права, *враховуючи* право потерпілого надавати докази. Зокрема «Права і обов'язки потерпілого виникають в особі з моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення» (ст. 55 КПК України); «Під час досудового розслідування потерпілий має право: 3) подавати докази на підтвердження своєї заяви» (ч. 2 ст. 56 КПК України). Відтак праву потерпілого надавати докази має кореспондуватись обов'язок держави чи її інституцій (саме держави в особі слідчих та судових орга-

нів, а не окремих оперуповноважених чи слідчих, до чи після реєстрації заяви про злочин) прийняти докази потерпілого та забезпечити їх дослідження, збереження і використання.

Закон має бути як дієвим засобом протидії злочинності (без юридичних фікцій для колапсу правосуддя), так і ефективним засобом захисту прав і свобод людини.

У законі на основі верховенства права та інших засад правосуддя має бути визначена виважена процесуальна форма доказової діяльності з урахуванням балансу приватних і публічних інтересів.

У створенні гарантій правосуддя в доказовому праві важливо досягти інтегративного поєднання гарантій як отримання достовірних доказових матеріалів, так і гарантій захисту прав і свобод людини.

За визначенням чинного закону, «недопустимими є докази, отримані внаслідок 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-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини» (ч. 1 ст. 87 КПК України).

Більше того, за чинними приписами КПК України недопустимість доказу може пов'язуватись не лише з допущенням при їх отриманні «істотних порушень прав і свобод людини» (ч. 1 ст. 87 КПК України), а й до того ж за приписами ст. 89 КПК України визнання доказу недопустимим пов'язується з випадком "встановлення очевидної недопустимості доказу".

Поняття «очевидної недопустимості доказу» ні в законі, ні в судових прецедентах досі в достатню міру не розкрито, що залишає це питання на розсуд суду.

Цікаво, що вже в рішенні Верховного Суду від 8 жовтня 2019 року у справі № 639/8329/14-к, де Верховний Суд колегією суддів Касаційного кримінального суду, даючи тлумачення частини 1 статті 87 КПК України, зазначив, що «вирішуючи питання про застосування правил статті 87 КПК до наданих сторонами доказів, Суд виходить з того, що ці положення можуть бути підставою для визнання доказів недопустимими не за будь-якого порушення процесуального закону, а лише у випадку порушення фундаментальних прав і свобод особи, гарантованих у документах, що згадані в цій статті» (п. 33); «якщо суд визнає доказ недопустимим з посиланням на частину 1 статті 87 КПК, він має зазначити, наслідком порушення якого саме фундаментального права або свободи стало отримання цього доказу та хто саме зазнав такого порушення. Обґрунтовуючи наявність такого порушення, суд має послатися на конкретні норми Конституції та/або міжнародних договорів, якими гарантуються ці права і свободи, і за потреби на практику відповідних органів, уповноважених тлумачити ці норми» (п.35).

Між тим, відповідно до п. 2 ч 3 ст. 87 КПК України недопустимими є також докази, що були отримані після початку кримінального провадження

шляхом реалізації органами досудового розслідування чи прокуратури своїх повноважень, не передбачених цим Кодексом, для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень. Сам концепт закону про «реалізацію повноважень не передбачених законом» є очевидним опусом, бо не може в принципі бути повноважень без їх визначення в законі. Очевидно тут законодавець пов'язує недопустимість доказів не тільки з істотним порушенням при їх отриманні прав і свобод людини, а й з іншими порушеннями. Якими саме законодавець визначитись не зміг. А прецедентна практика ВСУ ще не дала належного тлумачення існуючих правових колізій.

Європейський суд з прав людини, постанови якого мають значення джерела права для правової системи України, у справі «Балицький проти України» визнав порушення п. 1 і підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції у зв'язку з тим, що зізнавальні показання, які в подальшому було використано судом для засудження заявника, відбирались у заявника формально як у свідка під час його адміністративного арешту, але фактично його допитували як підозрюваного, не забезпечуючи при цьому права мати захисника та права не свідчити проти себе, а також з огляду на використання слідчими органами практики, коли, незважаючи на наявність у справі підстав для кваліфікації злочину, розслідування якого вимагає обов'язкової участі захисника, слідчі органи кваліфікують його як менш тяжкий і, отримуючи сумнівну відмову особи від захисника, позбавляють її права мати захисника.

У цій справі ЄСПЛ застосував свою правову позицію, яку іменують доктриною «плодів отруйного дерева» (fruit of the poisonous tree), сформульовану у прецедентних рішеннях у деяких інших справах («Гефген проти Німеччини», «Тейксейра де Кастро проти Португалії», «Шабельник проти України», «Нечипорук і Йонкало проти України», «Яременко проти України»), сутність якої полягає в тому, що коли джерело доказів є недопустимим, то всі докази, отримані з його допомогою, будуть сумнівними та такими ж недопустимими, суд має визнавати недопустимими не лише докази, безпосередньо отримані з істотним порушенням закону, а також і ті докази, яких не були б отримано, якби не було отримано перших. Таке розуміння доктрини «плодів отруйного дерева» застосовується і Касаційним кримінальним судом Верховного Суду (наприклад, справа №488/2433/15, №676/3183/15-к).

Відтак, виходячи з прецедентної практики ЄСПЛ при розгляді доктринальних проблем допустимості доказів, доречно вести мову про більш широкий та інтегративний концепт – «істотні порушення закону».

Варто враховувати, що Конституція України у ст. 62 зазначає, що «не можуть мати значення доказів дані, здобуті незаконним шляхом...». І тут буде питання щодо співвідношення концептів «законний засіб отримання доказів» у розумінні «законного шляху отримання доказів» з розумінням

поняття «процесуальна процедура» та «порушення процедури при застосуванні законного засобу здобуття доказів».

Зважаючи на те, що недопустимість доказу закон пов'язує також з випадком "встановлення очевидної недопустимості доказу" (ст. 89 КПК України), важливо визначитись з поняттям «істотне порушення закону як очевидна підстава недопустимості доказу». Між тим, поняття очевидної недопустимості доказу ні в законі, ні в судових прецедентах досі в достатню міру не розкрито, що залишає це питання на розсуд суду.

На доктринальному рівні під очевидно недопустимими доказами варто розуміти не тільки фактичні дані, отримані з істотним порушенням прав і свобод людини, а й інші фактичні дані, які здобуті в умовах провокації злочину, та ті, які стали «плодами отруйного дерева» (див. правові позиції ЄСПЛ у справах «Гефген проти Германії»; «Тейксейра де Кастро проти Португалії»; «Нечипорук і Йонкало проти України» тощо).

Варто врахувати правове рішення Великої Палати Верховного Суду (Україна) від 29 квітня 2020 року № 1-305/2009 (справа № 13-97зв/19), де Суд зазначив, що «при застосуванні доктрини «плодів отруйного дерева» з доказової системи слід видалити як фактичні дані, отримані внаслідок істотних порушень прав і свобод людини, так і ті доказові матеріали, які були отримані завдяки інформації, отриманої незаконним шляхом.

Заборона провокації злочину та використання отриманих при цьому доказових матеріалів уже знайшла закріплення як в законодавстві України, так і в рішеннях ЄСПЛ.

Європейський суд з прав людини у своєму рішенні у справі «Делькорт проти Бельгії» від 17 січня 1970 року визначив, що «суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті поліцейського підбурювання». Відповідні правові позиції ЄСПЛ закріплює також у справах: «Тейксейра де Кастро проти Португалії» (рішення від 9 червня 1998 року); «Делькорт проти Бельгії» (рішення від 17 січня 1970 року, п. 25); «Любченко проти України»; «Баннікова проти Росії» (рішення від 26 травня 2016 року).

Згідно з ч. 3 ст. 271 КПК України «... під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона б не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні».

У постанові Колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 11 березня 2020 року у справі № 149/745/14 (провадження № 51-4269км/19) суд зазначив, що згідно з практикою Європейського суду з прав людини для

відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів, варто виходити з того, що підбурювання має місце тоді, коли відповідні працівники правоохоронних органів не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений (рішення у справі «Раманаускас проти Литви» від 5 лютого 2008 року). Під пасивною поведінкою ЄСПЛ розуміє відсутність будь-яких активних дій, які б спонукали потенційного підозрюваного вчинити злочин. У разі виявлення за матеріалами кримінального провадження ознак, притаманних провокації злочину правоохоронними органами, суд у судовому засіданні має це перевірити шляхом дослідження відповідних обставин і лише після цього дійти висновку щодо наявності (відсутності) такого факту і, як наслідок, щодо належності, допустимості доказів у справі.

Стаття 75 Кодексу адміністративного судочинства України, закріплює концепт достовірності доказів, зазначаючи, що «достовірними є докази, на підставі яких можна встановити дійсні обставини справи».

В контексті достатності доказів, ст. 79 Господарського процесуального кодексу України, виходячи з розуміння особливостей правовідносин та уявлення про правосуддя в цій сфері, формує замість поняття достовірності доказів, сумнівний концепт «вірогідності доказів», зазначаючи наступне «наявність обставини, на яку сторона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, вважається доведеною, якщо докази, надані на підтвердження такої обставини, є більш вірогідними, ніж докази, надані на її спростування». Ось так... і «ніяких більше проблем». Виходячи з безлічі проблематичних приписів підстав обрання запобіжних заходів та інших «креативних» новел, схоже цю концепцію робили спробу запозичити розробники КПК України.

Разом з тим, ст. 80. Цивільного процесуального кодексу України («Достатність доказів»), зазначає: «Достатніми є докази, які у своїй сукупності дають змогу дійти висновку про наявність або відсутність обставин справи, які входять до предмета доказування». Тут більш виважений силогізм.

Для визначення допустимості доказів варто виходити з формули – належний суб'єкт отримання доказів, належне джерело доказу, належний засіб отримання доказу, належна юридична форма одержання доказу.

В кримінальному судочинстві очевидно недопустимими варто вважати доказові матеріали, які отримані внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження, дані, здобуті внаслідок провокації злочину, одержані з істотним порушенням прав і свобод людини, чи є «плодами отруйного дерева», матеріали, які отримані з порушенням інших юридичних норм, приписами яких створювались певні гарантії отримання достовірних фактичних даних. *Очевидно недопустимими є докази, які отрима-*

ні з таких джерел, такими засобами і в такому порядку, при яких не забезпечено дотримання засди верховенства права та є сумнівною достовірність самих доказів.

Інтегративний аналіз проблем доказування в різних юридичних процесах приводить до висновку про необхідність прийняття універсального законодавчого акту – «Кодексу доказового права».

В контексті формування його доктринальних засад та окремих правових інститутів пропонуємо закріпити тут норми такого змісту:

1. «Доказами є фактичні дані, отримані в передбаченому законом порядку, які відповідають вимогам належності до справи, допустимості та достовірності».

2. «Фактичні дані, отримані шляхом здійснення антикорупційних заходів, діяльності щодо запобігання легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, митних та інших передбачених законом адміністративних, оперативно-розшукових чи цивільно-процесуальних процедур, можуть використовуватися в юридичному доказуванні за умови, що з'ясовано й може бути перевірено джерело і спосіб їх здобуття, фактичні дані отримані без недопустимого втручання в гарантовані Конституцією України права і свободи громадян, не є «плодами отруйного дерева», такі здобуті фактичні дані відповідають вимогам належності до справи, допустимості та достовірності».

3. «Недопустимими є доказові матеріали, які здобуті внаслідок провокації злочину, одержані з істотним порушенням прав і свобод людини, чи є «плодами отруйного дерева, матеріали, які отримані з порушенням інших юридичних норм, приписами яких створювались певні гарантії отримання достовірних фактичних даних».

Недопустимими є докази, які отримані з таких джерел, такими засобами і в такому порядку, при яких не забезпечено належного дотримання захисту прав і свобод людини відповідно до вимог засади верховенства права та принципу пропорційності, а також ставиться під сумнів достовірність самих доказів».

Висновок. Реалізація ідеї верховенства права в сфері правосуддя можлива лише за наявності фундаментальної доктрини доказового права та чітко юридично визначених його основних концептів «допустимості доказів «достовірності доказів» та «достатності доказів», створеної на її основі інтегративної системи досконалого доказового права.

Стандарт доведення поза розумним сумнівом означає, що система належних до справи, допустимих та достовірних доказів, виключає будь-яке інше розумне пояснення події, яка є предметом судового розгляду, крім того, яке формується в судовому рішенні.

Перспективи подальшого дослідження даної проблеми вбачаються в розробці пропозицій щодо удосконалення законодавчих норм щодо визначення системи та видів доказів, а також регламентації процедури процесу доказування.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України: прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. Із змінами і доповненнями, внесеними згідно із Законами України URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua>
2. Кримінально-процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88. Із змінами і доповненнями, внесеними згідно із Законами України URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua>
3. Кодекс адміністративного судочинства України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, № 35-36, № 37, ст.446). Із змінами, внесеними згідно із Законами України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>
4. Господарський процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992, № 6, ст.56. Із змінами, внесеними згідно із Законами України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>
5. Цивільний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 40-41, 42, ст.492. Із змінами, внесеними згідно із Законами України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>
6. Зейкан Я.П., Лисак О.М., Барсук В.М. Недопустимі докази за правилами редакції КПК 2018 року. Київ: Дакор. 2019. 304 с.
7. Ковальчук С. О. Умови допустимості речових доказів у кримінальному провадженні. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: «Право». 2015. Вип.35(2.3). С. 132–135.
8. Ляш А. О., Ліщенко В. М. Поняття доказів у кримінальному процесі. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2012. № 2 (6)
9. Михайленко В. В. Реалізація засади верховенства права у кримінальному провадженні: монографія. Київ: Вид. «Паливода А.В.». 2019. 256 с.
10. Оверчук С.В. Обшук житла адвоката та приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність: прецедентна практика Європейського суду з прав людини. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія: «Право». 2018. №2(18).
11. Орлов Ю. Ю., Чернявський С.С. Електронне відображення як джерело доказів у кримінальному провадженні. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2017. №1(13) С. 10–21.
12. Панова А.В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні: монографія. Харків: Право, 2017. 256 с.
13. Прилуцький С. Допустимість доказів: сучасність та перспективи кримінального процесу України. Право України. 2006. №4.
14. Провокація вчинення злочину: практика Європейського суду з прав людини та національних судів: наук.-практ. посібн. /кол. авт.: О.З. Гладун, В.П. Плотнікова, К.К. Арушанян, Д.П. Логюк, І.В. Пилипенко, І.В. Єрьоменко, Г.В. Щербакова, О.М. Черняк. Київ: Національна академія прокуратури України, 2019. 118 с.
15. Рогатинська Н. З., Олійник Ю. І. Деякі аспекти визнання доказів недопустимими під час судового розгляду. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2015. Випуск 3. Т. 3. С. 137-140.
16. Рожнова В. В. Недопустимість доказів у кримінальному провадженні. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. Вип.1. С. 301–306.
17. Сизоненко А. С. Недопустимість доказів у кримінальному судочинстві. Вісник Верховного Суду України. 2003. №5(39). С. 57–59.
18. Стоянов М. М. Порухення процесуальної форми та визнання відомостей недопустимими у кримінальному провадженні. Порівняльно-аналітичне право. 2013. № 3-2. С. 319-321.
19. Судова експертологія: курс лекцій для слухачів магістратури юридичних вузів / Тертишник В. М., Варава В. В., Сачко О. В. / За заг. ред. д.ю.н, професора В. М. Тертишника. Дніпро: ЛІРА, 2021. 208 с.
20. Теорія доказів: підручник / К. В. Антонов, О. В. Сачко, В. М. Тертишник, В. Г. Уваров / За заг. ред. В. М. Тертишника. Київ: Алерта, 2015. 294 с.
21. Терещенко Ю. В. Процесуальні дії як способи формування доказів у досудовому провадженні: монографія. Львів: Галицько-Волинська Спілка, 2012. 166 с.
22. Тертишник В. М. Істина «поза розумним сумнівом»: проблеми та колізії доказового права. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. №2. Т. 1 С. 116-120.
23. Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Вид. 16-те, доповн. і перероб. К.: Алерта, 2020. 1070 с.
24. Тютюнник В. В. Очевидна недопустимість доказу як критерій здійснення окремої судової процедури визнання доказу недопустимим під час кримінального провадження. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: «Юриспруденція». 2014. №9-1. С. 233–236.
25. Шумило М. Є. Поняття «докази» у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі. Вісник Верховного Суду України. 2013. № 2. С. 40-48.