

голошенню відомостей про інтимні сторони життя осіб, які беруть участь у справі, а також членів їхніх сімей чи близьких родичів (ч. 2 ст. 20 КПК).

Забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду. Конституція України передбачає, що відповідно до закону діють апеляційні та місцеві суди (ч. 4 ст. 125). У проекті нового КПК України передбачається, що в апеляційному порядку може бути оскаржено вирок або інше рішення суду першої інстанції, які не набрали законної сили (крім рішень суду присяжних), з мотивів доведеності чи недоведеності вини підсудного у вчиненні злочину, неправильного застосування кримінального закону або порушення кримінально-процесуального закону. Апеляційний суд може провести своє судове слідство або обмежитись тими матеріалами, які є в справі. В касаційному порядку судові рішення можуть бути оскаржені тільки з мотивів неправильного застосування кримінального закону або порушення кримінально-процесуального закону. Суд касаційної інстанції не може провадити судового слідства.

Обов'язковість рішень суду як одна з основних засад судочинства підкреслює авторитет судової влади і сприяє утвердженню режиму законності і зміцненню правопорядку в державі. Конституція України передбачає, що судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій території України (ч. 5 ст. 124). Цій нормі відповідає ст. 403 КПК, яка встановлює, що вирок, ухвала і постанова суду, що набрали законної сили, є обов'язковими для всіх державних і громадських підприємств, установ і організацій, службових осіб та громадян і підлягають виконанню на всій території України.

Надійшла до редколегії 14.03.97

Ю. ГРОШЕВИЙ, академік АПРІ України

ПРОБЛЕМИ ДИФЕРЕНЦІЮВАННЯ ПОРУШЕНЬ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ В ДОКАЗУВАННІ

Стаття 63 Конституції України встановлює, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь.

Звідси випливає проблема диференціювання порушень кримінально-процесуальної форми в доказуванні за кримінальною справою.

Найважливішою ознакою правосуддя є наявність розвинутої процесуальної форми як гарантії законності, прав учасників процесу, показника зрілості, демократії. Конституція України гарантує кожній особі судовий захист її прав та свобод. Саме процесуальна форма робить суд незалежним, дає йому можливість дистанціюватися від політичної повсякденності¹. Тому тенденції до спрощення процесуальної форми правосуддя, в тому числі в кримінально-процесуальному доказуванні, є шляхом до безконтрольності та свавілля. Однією з радикальних ідей судово-правової реформи є розширення гарантій конституційних прав і свобод особи, зокрема процесуальних гарантій, які забезпечують неупереджене, справедливе судочинство.

В кримінально-процесуальній теорії прийнято тлумачити доказування в широкому та вузькому розумінні, і, як вірно зазначив П. Кошнін, «...в процесі доказування «істина в собі» стає «істиною для нас», для суб'єкта...»².

В *широкому розумінні* доказування — це здійснення усієї пізнавальної діяльності суб'єктів, які ведуть процес, котрий охоплює не тільки оцінку, а й збирання та перевірку доказів. У *вузькому розумінні* — це лише логічна діяльність по обґрунтуванню тези, що висувається³. Таке уявлення знаходить підтримку і в загальній теорії права. Так, за думкою С. Алексеєва, «доказування (в широкому розумінні) — це діяльність суб'єктів, спрямована на встановлення за допомогою доказів істинності обставин справи». Сюди автор включає збирання, дослідження та оцінку доказів. «У вузькому розумінні поняття доказування... полягає в діяльності по обґрунтуванню доводів і заперечень, що висуваються, по переконанню, а їх істинності тих або інших осіб»⁴.

Відповідно до цих уявлень обов'язок доказування прийнято також тлумачити у двоякому розумінні — як обов'язок збирання, перевірки та оцінки доказів з метою встановлення істини, і як обов'язок обґрунтувати свої висновки за допомогою доказів. Природно, що цей обов'язок лежить на державних органах, які здійснюють доказування, — слідчому, прокурорі, суді, хоча зміст його для кожного з цих органів є різним.

¹ Докладніше про це див.: Верховенство права. М., 1992. С. 99—102.

² Кошнін П. В. Гносеологические и логические основы науки. М., 1974. С. 158.

³ Див.: Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. М., 1971. Т. 1. С. 298—299; Савицький В. М. Государственное обвинение в суде. М., 1971. С. 156—158 та ін.

⁴ Алексеєв С. С. Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 247, 248.

Не заглиблюючись в цю дискусію, тем не менш важливо підкреслити, що практичні та логічні операції в кримінально-процесуальному доказуванні є нероздільними, бо пов'язані з одержанням і фіксуванням доказової інформації, обґрунтуванням її правильності та достатності для прийняття правомірного процесуального рішення.

Саме за допомогою кримінально-процесуальної форми об'єктування і захищається система доказів, одержаних за конкретною кримінальною справою¹.

Під об'єктивізацією процесу доказування розуміється діяльність суб'єктів-учасників попереднього слідства і дізнання, спрямована на встановлення та фіксування фактичних даних за допомогою засобів, застосування яких в наступному виключає вплив на ці дані яких-небудь суб'єктивних та інших чинників (необґрунтована дезавуація, спростування, фальсифікація, підміна тощо). Для об'єктивізації залучається такий комплекс процесуальних та технічних засобів, результати використання яких не можуть бути за чимось суб'єктивним рішенням незаперечно об'явлені такими, що не існували, змінені чи сфальсифіковані. Об'єктивізація, таким чином, дає змогу сформувати систему доказів, в якій можливість зміни показань значною мірою стримується іншими відповідним чином зафіксованими фактичними даними.

Вміння слідчого сформувати досить сталу систему доказів є особливо необхідним в теперішній час, коли процес розслідування і відповідно процес доказування дуже ускладнилися. Наявність організованої злочинності значною мірою сприяє тому, що не тільки підозрювані і обвинувачені, а й періодко потерпілі і свідки під впливом погроз чи підкупу, фізичного насильства вже на стадії попереднього слідства змінюють першопочаткові показання. Така ж картина має місце й в стадії судового розгляду.

Новий КПК України повинен відповідати сучасній концепції демократії, згідно з якою особа являє собою унікальний феномен цивілізації, який має пайвищу загальнопланетарну, вселенську цінність: В проекті нового КПК України замало просто декларувати права особи наблизивши їх й до міжнародних стандартів. Необхідно докорінно вдосконалити засоби забезпечення цих прав².

¹ Див. також: *Шейфер С. А.* О понятни и цели доказывания в уголовном процессе. Гос-во и право. 1996. № 9. С. 66—67.

² Див.: *Человек и политика (информация о международной научно-практической конференции в г. Харькове) // Гос-во и право. 1994. № 5. С. 141.*

До числа юридичних механізмів такого забезпечення входить інститут допустимості (недопустимості) доказів у кримінальному процесі¹.

Відомо, що законодавець РФ увів до КПК РФ норму такого змісту: «Докази, одержані з порушенням закону, вважаються такими, що не мають юридичної сили, і не можуть бути покладені в основу обвинувачення, а також застосовуватися для доказування обставин, перелічених в ст. 68 цього Кодексу». За думкою Конституційного Суду РФ, будь-яке порушення кримінально-процесуального закону при фіксуванні доказів тягне визнання їх недопустимим².

Оцінюючи цю законодавчу повелу, В. Савицький відзначає, що «... порушення завжди залишаються порушеннями і боротися з ними... можна одним лише способом: карати за порушення визнанням безсильності, нікчемності витрачених зусиль. Тільки так можна відродити, зберегти та приможити у практичних працівників почуття величезної відповідальності за честь, гідність і життя людей, які опинилися в орбіті правоохоронної діяльності»³.

З цим твердженням навряд чи можна погодитися. Ієрархія обов'язкових процесуальних норм існує в чинному законодавстві і пройшла перевірку часом (ст. 370, п. 2. 246 КПК України). Боротися з порушеннями закону дійсно треба. Але обов'язковість реалізації правових норм неможливо забезпечити за рахунок безмежного розширення інституту допустимості доказів. Механізм дії закону складається з декількох блоків: нормативно-застосовчого, соціально-психологічного, інституціонально-управлінського, в тому числі інформаційного, правозахисного, матеріально-фінансового, часового. І якщо натиск роботи тільки на один з них, то бажаного результату не добитися. Скасування вироку, а також направлення справи для проведення додаткового розслідування тягнуть не будь-які порушення форм судочинства, а тільки істотні. Інакше кажучи, простежується диференційований підхід до наслідків процесуальних порушень. І це не дуже логічною позицією законодавства РФ, виражена ним нижі в ч. 3 ст. 69 КПК. Визнання відомостей щодо фактів такими, що не мають юридичної сили, повинно мати місце тільки при встановленні істотних порушень форм судочинства. Чи це означає це своєрідний заклик до формалізму, коли

¹ Див.: Сибилева Н. В. Вопросы нормативной регламентации допустимости доказательств в уголовном процессе // Правовая реформа и проблемы ее реализации. Краснодар, 1989. С. 211.

² Див.: Российская газета. 1996. 2 лип.

³ Див.: Савицкий В. М. Уголовный кодекс России на новом витке демократизации // Гос-во и право. 1994. № 6.

форма ураховується сама по собі, а не за властивим їй змістом?

У свій час М. Полянський вірно вказував, що формалізм полягає в «додержанні кримінальним законом форм без урахування їх дійсного значення та мети, в такій фетишизації форм, коли вони ураховуються самі по собі»¹.

Положення ч. 3 ст. 69 КПК РФ — це правовий ідеалізм, фетишизм, переоцінка можливостей права. Зрозуміло, є похвальним прагнення законодавця, що відображено в законі, і вчених, які вважають ч. 3 ст. 69 КПК РФ правильною, добитися викорінення процесуальних порушень. Проте не ураховується, що зараз суспільні відносини в країнах СНД перебувають в стані глобальної ломки, надто неусталені. Тому закони безсилні їх упорядкувати, спрямувати в потрібне русло. Право не всесильно. Не слід вимагати від нього більше, ніж воно зазнаки може дати. «Ному необхідно відводити те місце і ту роль котрі витікають із його об'єктивних можливостей»².

Цікавим є і звернення до зарубіжного досвіду. В жодній країні, законодавство якої передбачає інститут допустимості доказів, немає таких безмежно широких за змістом норм. Показовим у цьому плані є КПК Німеччини, де заборони доказування одержали найбільший розвиток. Вони базуються на концепції переваги захисту прав і свобод у порівнянні з досягненням істини у праві. Разом з тим вища судова інстанція цієї країни роз'яснила, що рішення про встановлення заборон доказування і пов'язаних з ними заборон використання незаконно одержаних результатів доказування залежить від того, чи істотно вони зачіпають правову сферу обвинуваченого або вони є малозначними чи взагалі не мають ніякого значення. Наприклад, істотним визначається порушення 4 ст. 243 КПК, згідно з яким підсудному повинно бути роз'яснено, що від його вільного розсуду залежить право висловити своє ставлення до обвинувачення і давати чи не давати показання у справі. У Франції також в усіх випадках докази, одержані з порушенням закону, визначаються недійсними. Наприклад, при проведенні телефонного прослуховування за місцем проживання особи вони можуть бути включені до сфери доказування, якщо, як зазначено в рішенні касаційного суду, «цей захід по розслідуванню здійснюється під контролем судді без будь-яких хитрощів та вивертів і якщо ніщо не

¹ Полянський П. Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. М., 1956. С. 141.

² Митусов П. Н. Правовой нигилизм и правовой идеализм как «две стороны» одной медали. Правоведение. 1991. № 2. С. 14.

дозволить констатувати, що в такій спосіб було «компроментовано здійснення права обвинуваченого на захист»¹.

Як бачимо, питання про недійсність вирішується через призму забезпечення права обвинуваченого на захист. У США суддя, оцінюючи дотримання 4-ї поправки до конституції, вирішує питання про те, чи належними способами одержаний той чи інший доказ. Інакше кажучи, він вирішує питання про те, чи не була порушена належна правова процедура. При цьому він ґрунтується на правилі про виключення доказів. В разі, коли виявляється, що таке порушення мало місце, суддя повинен оцінити значення порушення і, якщо він визнає порушення істотним, виключити незаконно одержаний доказ із розгляду в судовому процесі. Якщо цей доказ до того ж є основним доказом обвинувачення, суд повинен припинити кримінальне переслідування. Більш того, якщо на підставі незаконно здобутих доказів були одержані інші докази за цією справою, вони також повинні бути виключені із розгляду справи на процесі як похідні від незаконно одержаних доказів. Це ґрунтується на так званій доктрині «плодів отруєного дерева»²: коли із числа доказів слід виключити речевий доказ, виявлений внаслідок незаконно проведеного допиту обвинуваченого. Така практика і доктрина пояснюються наступним часом. Кримінальний процес в США розглядається більшою мірою як частина конституційного права, ніж тільки як спосіб реалізації кримінального права і політики. В кримінальних справах суддя переносить центр уваги з питання про те, чи вчинив обвинувачений злочин, на питання про те, чи належним чином поводи́ла себе поліція щодо громадянина. Тим самим суди виконують свою особливу місію по спостереженню за іншими владами.

В літературі висловлені й інші міркування щодо цього питання. П. Лулінська при оцінці приписів ч. 3 ст. 69 КПК РФ спочатку однозначно вказала, що докази, одержані з порушенням закону, не можуть використовуватися для доказування будь-якої з обставин, що підлягають встановленню у кримінальній справі. Однак, розвиваючи свою думку далі, вона вказала, що недопустимість використання доказів при порушенні деяких процесуальних правил може в конкретному випадку залежати від того, чи подіяло або могло подіяти допущене порушення на достовірність зафіксованих в процесуальному документі даних і чи можна в суді з'ясувати причину недодержання процесуальної форми та одержати необ-

¹ Див.: *Филимонов Б. А.* Институт запретов доказывания в уголовном процессе ФРГ. М., 1996.

² Див.: *Чувинев А., Лобанов А.* «Плоды отравленного дерева»//Российская юстиция. 1996. № 11. С. 47—49.

хідні відомості, які відносяться до сутності проведеної дії і достовірності її відображення в документі. Зокрема, авторка навела ситуацію, в якій при обшуку були присутні двоє понятих, але протокол обшуку підписаний лише одним з них. Такі ж суперечності простежуються й в деяких опублікованих законопроектах². Причини суперечностей, мабуть, можуть бути пояснені й бажанням добитися недопущення порушень закону, й тим, що інститут допустимості доказів у Росії перебуває лише в стадії становлення.

Інші автори займають протилежну позицію у цьому питанні. Так, О. Ларін зазначив: «Недопустимим доказ стає внаслідок не формального, а істотного порушення кримінально-процесуального закону»³. І. Петрухін, який закликав до більш широкого використання методу правових заборон в кримінальному процесі, вважав, що треба заборонити обґрунтовувати правові висновки на явно непридатних, порочних відомостях. І якщо відомості здобуті з грубим порушенням процесуальної форми, то вони внаслідок застосування «санкції незначності» не повинні мати доказового значення, повинні перетворюватися в ніщо⁴. Мною також раніше обґрунтовувалася думка про необхідність диференційованого підходу до визначення наслідків порушень кримінально-процесуального закону.

Таку ж позицію займає й В. Зажицький. Він вважає, що не будь-які порушення закону мають тягти за собою визначення доказів недопустимими, а тільки істотні. Під такими він розуміє ті, котрі ставлять під сумнів доброякісність фактичних даних, створюють неусувані сумніви в достовірності доказів⁵. Але і він припустився деякої переоцінки можливостей інституту допустимості доказів. Так, до числа істотних порушень кримінально-процесуального закону, які внаслідок вимог КПК в подальшому повинні, на думку В. Зажицького, тягти визначення доказів недопустимими, цей автор включив вказівку на порушення конституційних прав громадян. Одержання «доказів» шляхом порушення конституційних прав і свобод громадян (на недоторканність жит-

¹ Див.: *Луцинская П. А.* Основания и порядок принятия решения о недопустимости доказательств // *Российская юстиция.* 1994. № 11. С. 2.

² Див.: *Модельный уголовно-процессуальный кодекс для государств-участников СНГ.* Рекомендательный законодательный акт. СПб., 1996.

³ *Стецовский Ю. И., Ларин А. М.* Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М., 1988. С. 303.

⁴ Див.: *Петрухин И. Л.* Правосудие в правовом государстве. М., 1989. С. 181.

⁵ Див.: *Зажицкий В.* Доказательное право в гражданском, арбитражном и уголовном процессе: сравнительный анализ // *Российская юстиция,* 1992. №№ 19—20. С. 3.

ла, таємницю листування тощо) безумовно приводить до визнання їх недопустимими.

Багато які конституційні права і свободи громадян, котрі безпосередньо відносяться до кримінального процесу, нині не можуть бути реалізовані, незважаючи на те, що вони зафіксовані в Конституції України. І хоча її норми мають пряму дію (ч. 3 ст. 8), внаслідок відсутності чіткого механізму їх реалізації претворити в життя ці приписи не завжди можливо. Що правда, в літературі вказувалося, що оскільки проблема прямої дії Конституції чіткого вирішення не одержала¹, Конституційному Суду доцільно прийняти акт, в якому слід дати тлумачення питання про пряму дію Конституції. Не вдаючись у можливість такої оцінки в цілому, зазначимо, що на кримінальний процес це не може бути беззастережно поширено. Дійсно, Конституція передбачає судовий порядок обмеження права на таємницю листування, телефонних розмов, поштових, телеграфних та інших повідомлень (ст. 31) і судовий порядок обмеження права громадян на недоторканність житла (ст. 30). Але детальна регламентація такого обмеження цих прав у КПК зараз відсутня. Лише після розробки і закріплення такого роду приписів у КПК можна говорити про закріплення у цьому ж акті в числі істотних порушень конституційних прав громадян. Зокрема, ними можуть бути неправильне оформлення процесуальних актів, на підставі яких повинні бути обмежені права громадян, вилатки порушення строків, неправильного тлумачення підстав обмеження таких прав, провадження цих слідчих дій без судового рішення.

В подальшому, у мірі створення правової держави, коли закон дійсно стане офіційно визнаним заходом соціальної згоди, можна буде ставити питання про зміну у ньому критеріїв істотності порушень кримінально-процесуального закону і як підстав до скасування вироку, і як підстав визначення доказів такими, що не мають юридичної сили. До істотних порушень у майбутньому повинні бути віднесені не тільки ті, які шляхом позбавлення чи обмеження прав учасників процесу або іншим шляхом завадили чи могли завадити суду всебічно, повно та об'єктивно розглянути справу і вплинути чи могли вплинути на постановлення законного та обгрунтованого вироку, а й багато які порушення процесуальних прав учасників процесу, вимог інших процесуальних норм незалежно від їх впливу на остаточні результати, тобто на правосудність вироку, цінність доказової інформації (одержаної

¹ Див.: *Белкін Д.* Конституція України — закон прямої дії // *Право України.* 1997. № 1. С. 71.

в ході слідчих дій, інших способів збирання доказів). Ними, наприклад, можуть бути: оголошення у відкритому судовому засіданні особистого листування або особистих повідомлень без згоди тих, хто відправляв і одержував ці листи та повідомлення осіб; застосування складних медичних процедур або методів, які викликають сильні болеві відчуття у особи, у якої повинні бути одержані зразки без її згоди; проведення слідчих дій у нічний час, за винятком необхідних випадків (останні доцільно конкретизувати в законі). Проте навіть і тоді не усі без винятку процесуальні порушення приводитимуть до втрати юридичної сили доказів, заборони використання їх для доказування обставин, які підлягають встановленню у кримінальній справі.

Істотними порушеннями вимог кримінально-процесуальних норм в доказуванні можуть розцінюватися ситуації, які суперечать змістовному боку доказування (наприклад, вирок або інше рішення ґрунтується тільки на показаннях підсудного (обвинуваченого)). Подібне порушення не пов'язано з порушенням норм при збиранні доказів, а в своїй основі має порушення правил оцінки доказів. Тому, щоб уникнути різного розуміння даного інституту на практиці, недоцільно позначати різновидні явища одним терміном (недопустимість доказів). Ним повинні позначатися тільки випадки порушень форм судочинства при збиранні доказів. Усі інші випадки, про які йшлося вище, заслуговують на позначення іншими термінами, наприклад: «докази, які не підлягають дослідженню», «докази, які не підлягають включенню до сукупності доказів», «докази, не достатні для прийняття рішень». Можливі й інші вирази. У визначення недопустимості доказів, яке заслуговує на зафіксування в уточненому виді в законі, недоцільно включити вказівку на порушення вимог моралі. Мораль, звичайно ж повинна додержуватися в кримінальному процесі. Проте якщо не порушена будь-яка конкретна процесуальна норма, то визнати доказ недопустимим тільки внаслідок порушень вимог моральних норм не можна.

Класифікація недопустимих доказів в майбутньому виявиться аналогічною поділу істотних порушень форм судочинства (ст. 370 КПК): вони поділяються на три групи — умовні, безумовні та інші істотні. До останніх відносяться типизовані практикою як істотні ті порушення, які вже не можуть бути умовними касаційними підставами, але не потрапили ще в законодавчо зафіксований перелік безумовних доказів: умовно недопустимі, безумовно недопустимі та інші недопустимі докази.

Можна говорити й про недопустимість одного доказу у зв'язку з порушеннями форм судочинства, а також про не-

допустимість усієї сукупності (системи) доказів (наприклад, проведення попереднього слідства слідчим, який підлягає відводу, або слідчим, який не прийняв справу до свого провадження. Можлива недопустимість її частини системи доказів (наприклад, на експертизу надісланій речевий доказ, не прилучений до справи у встановленому законом порядку).

Тут доречно зупинитися ще на одній проблемі. При підготовці проекту нового КПК України висловлювалася думка про те, що суд не зобов'язаний вживати заходів щодо встановлення фактичних обставин справи, не повинен повертати справу на додаткове розслідування для усунення прогалин в доказовій системі, зібраної органами попереднього розслідування, які не усуваються в судових засіданнях, не має права давати органам попереднього розслідування судове доручення про виконання окремих слідчих дій, провадження яких внаслідок етичних причин недопустимо в судовому засіданні (наприклад, ексгумація трупа та ін.). Інакше кажучи, обґрунтовується позиція активності сторін і пасивності суду у встановленні обставин справи. У принципі така концепція відповідає духу розвитку змагального процесу і заслуговує на підтримку. За винятком однієї обставини.

Суд не може бути звільнений від обов'язку встановлення істини, особливо в умовах, коли захист у порівнянні з обвинуваченням не має рівної можливості у з'ясуванні і поданні доказів (наприклад, у разі, коли судом прийнята відмова підсудного від захисту). Суб'єктом, який досліджує докази в судових стадіях кримінального процесу, є суд. І тим самим суд формує доказову базу для доказування свого висновку про винуватість чи невинуватість підсудного, про наявність чи відсутність фактів, які входять до предмета доказування у кримінальній справі. Тільки за такої умови суд може постановити вмотивований вирок.

Праві ті автори, які виходять з того, що, незважаючи на розширення змагальних засад в проектах КПК в судовому розгляді, суд повинен мати права і обов'язки суб'єкта доказування, виконуючи, зокрема, обов'язки формувати доказову базу для свого остаточного висновку у справі¹.

Надійшла до редколегії 10.03.97

¹ Див., напр.: Шейфер С. А. Вказ. праця. С. 63—66; Вернидубов І. Новації у повноваженнях прокурора під час здійснення кримінального судочинства // Право України. 1997. № 1. С. 58—60.