

**Decision of an investigating judge on inadmissibility of evidence while applying
preventive measures at the pretrial stage of investigation**

Mariana Kalinovska

*post-graduate student of Criminal Law
and Procedure Department of Khmelnytsky University
of Management and Law,
Ukraine*

In accordance with the norms of the current Criminal Procedural Code of Ukraine, inadmissible evidence can not be used while making procedural decisions. It follows that any procedural decision must be based on admissible evidence, including the decision of an investigating judge in accordance with Part 1 of the Art. 110 of the Criminal Procedural Code of Ukraine, in particular, on the application of preventive measures.

The Criminal Procedural Code of Ukraine establishes a general rule for the admissibility of evidence, stating that the court resolves this issue while assessing evidence in a courtroom during a court decision. However, the legislator does not directly determine whether an investigating judge can decide on the admissibility of evidence while considering a request for a preventive measure at the pre-trial stage of investigation.

The author of the article states that there are quite controversial opinions in the scientific literature whether an investigating judge, based on the results of the study of evidence submitted by the parties to the criminal proceedings, may conclude that such evidence is inadmissible. We support the opinion of the part of those scholars who claim that an investigating judge must assess the evidence in terms of its admissibility during the application of preventive measures, and advocate the right of an investigating judge to admit the evidence to be inadmissible, if there are reasonable grounds. In fact, an investigating judge during the consideration of a petition for the application of a preventive measure must be empowered to have possibility of responding to certain procedural violations of the law, which lead to the recognition of the evidence inadmissible in order to adopt a lawful, reasonable, reasoned and fair decision to impose a preventive measure.

The author of the article emphasizes that the position regarding the granting of an investigating judge with powers of recognizing the evidence inadmissible is fully in accordance with the provisions of the Art. 94 of the Criminal Procedural Code of Ukraine. The analysis of the said

norm indicates that an investigating judge, while deciding on the application of a preventive measure, is a full and equal subject of assessment of evidence for its correspondence, admissibility, authenticity, and the totality of collected evidence – for its sufficiency and interconnection for making appropriate procedural decision.

Consequently, the initiative of an investigating judge in resolving the issue of recognizing the evidence inadmissible, including in case of its obvious inadmissibility, will ensure the qualitative formation of the evidence base. Thus, the assessment of evidence from the point of view of admissibility is the most important guarantee of human rights and freedoms in criminal proceedings, as well as the prerequisite for the adoption of a legitimate, substantiated, reasoned and fair criminal procedural decision, as a key one, and any interim decision, in our case – a decision on the application of a preventive measure.

Вирішення слідчим суддею питання щодо недопустимості доказів під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування

Каліновська Мар'яна

*аспірант кафедри кримінального права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Україна*

Постановка проблеми

Стаття 86 КПК України встановлює, що недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень. Із цього випливає, що будь-яке процесуальне рішення має ґрунтуватися на допустимих доказах, у тому числі й рішення слідчого судді відповідно до ч. 1 ст. 110 КПК України, зокрема, рішення про застосування запобіжних заходів. Адже, як зазначають Л. Д. Удалова, Д. П. Письменний, Ю. І. Азаров, «учасник, який використовує недопустимі докази, створює для себе необґрунтовані переваги, і обов'язком суду в даному випадку є відновлення рівності сторін шляхом застосування до даного учасника відповідних процесуальних обмежень ... та реагування на порушення закону, допущені в процесі збирання доказів, вибиваючи таким чином

цеглини з фундаменту правової позиції того чи іншого учасника»¹.

Чинний КПК України встановлює загальне правило вирішення питання допустимості доказів, зазначаючи, що суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення (ч. 1 ст. 89 КПК України). Однак, виникає питання: яким чином реалізуються вказані положення у доказуванні під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування? Адже законодавчі положення не містять однозначної відповіді на питання: чи може слідчий суддя під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу визнати доказ недопустимим?

Аналіз останніх досліджень і публікацій

¹ Теорія судових доказів в питаннях та відповідях [текст] навч. посіб. / [Л. Д. Удалова, Д.

П. Письменний, Ю. І. Азаров та ін.]. – К. : «Центр учбової літератури», 2015. – 104 с. – С. 60.

Дослідженню проблемних аспектів повноважень слідчого судді у кримінальному процесуальному доказуванні, у тому числі під час застосування запобіжних заходів, присвячені праці таких науковців, як Н. М. Басай, І. В. Гловюк, Ю. М. Грошевий, О. Є. Діденко, В. А. Завтур, А. П. Іванов, Т. В. Лукашкіна, С. М. Міщенко, В. О. Попелюшко, Н. П. Сиза, Ю. В. Скрипіна, А. Р. Туманянц, О. Г. Шило та інших. Однак, у роботах зазначених авторів недостатньо уваги приділено питанню щодо можливості визнання слідчим суддею доказів недопустимими під час застосування запобіжних заходів у досудовому кримінальному провадженні.

Постановка завдання

Метою статті є розгляд проблеми відносно вирішення слідчим суддею питання щодо недопустимості доказів під

час застосування запобіжного заходу на стадії досудового розслідування.

Виклад основного матеріалу дослідження

У науковій літературі склалися досить суперечливі думки з приводу того, чи може слідчий суддя за результатами дослідження доказів, поданих сторонами кримінального провадження, зробити висновок щодо недопустимості таких доказів. Так, С. М. Міщенко стверджує, що за наявності підстав слідчий суддя має визнати докази недопустимими, а також надати сторонам можливість під час судового розгляду подати клопотання про визнання їх такими чи навести заперечення проти цього². Схожої думки дотримуються й інші вчені^{3, 4, 5}.

Однак є й противники цього підходу, які відносять питання про визнання доказів у кримінальному провадженні недопустимими до виключної компетенції

² Міщенко С. М. Слідчий суддя як суб'єкт реалізації судового контролю під час здійснення досудового розслідування: окремі аспекти / С. М. Міщенко // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2012. – № 6(9). – С. 88–96.

³ Іванов А. П. Думки про очевидну недопустимість доказів під час обрання запобіжних заходів. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sud.ua/ru/news/blog/104916-ivanov-andriy-petrovich>

⁴ Гловюк І. В. Слідчий суддя у кримінально-процесуальному доказуванні / І. В.

Гловюк. // Часопис Академії адвокатури України. – 2013. – № 3. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaa_u_2013_3_8.

⁵ Завтур В. А. Допустимість доказів під час розгляду та вирішення слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження / В. А. Завтур / Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2016. – Вип. 41. Том 2. – С. 154 – 157.

суду під час розгляду кримінального провадження по суті. Так, зокрема, І. Ю. Кайло зазначає, що приймаючи рішення про вилучення доказу із процесу доказування, слідчий суддя таким чином втручається у сферу розгляду справи по суті. Дослідник обґрунтовує свою тезу тим, що рішення слідчого судді є преюдиціальними для суду, а відтак учасники кримінального провадження залишаються позбавленими права повторного розгляду цього питання у судовому розгляді і доходить висновку, що існуючий порядок, за якого слідчий суддя не наділений окремими повноваженнями щодо визнання доказів недопустимими, виступає гарантією можливості здійснення ревізійного дослідження судом доказів, визнаних недопустимими на стадії досудового розслідування⁶.

Іноді на практиці також заперечується можливість слідчого судді визнавати докази недопустимими. Наприклад, в ухвалі слідчого судді Малиновського районного суду м. Одеси від 14 січня 2013 р. у справі № 521/407/13-к відносно посилання захисника на ст. 89

КПК України, та необхідності визнання доказів по кримінальному провадженню недопустимими, слідчим суддею зазначено, що вказане питання є виключною компетенцією суду при розгляді кримінального провадження по суті. На стадії судового контролю за досудовим розслідуванням, вказане питання не входить в компетенцію слідчого судді⁷.

Схожа думка висловлюється й в ухвалях апеляційних судів щодо можливості оцінки слідчим суддею доказів на предмет достатності та допустимості. Так, в ухвалі Апеляційного суду м. Києва від 21 червня 2016 р. зазначено, що «слідчий суддя на даному етапі провадження не вправі вирішувати ті питання, які повинен вирішувати під час розгляду кримінальної справи по суті, зокрема, оцінювати докази з точки зору їх достатності і допустимості»⁸. Однак, такі рішення скоріше є виключенням, аніж правилом. Адже немає жодних обґрунтованих та логічних підстав для обмеження слідчого судді у праві визнавати докази недопустимими під час розгляду клопотання про застосування

⁶ Кайло І.Ю. Допустимість доказів у кримінальному процесі України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Київ, 2016. – 218 с. – С. 168.

⁷ Ухвала слідчого судді Малиновського районного суду м. Одеси від 14 січня 2013 р. у справі № 521/407/13-к [Електронний ресурс]. –

Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28647202>

⁸ Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 21 червня 2016 р., судова справа №11-сс/796/1612/2016) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58704241>.

запобіжного заходу за наявності до того підстав.

Не зважаючи на те, що у доктрині кримінального процесу та на практиці мають місце досить суперечливі позиції, все ж таки, переважна більшість дослідників цього питання майже одноставно підтримують позицію відносно необхідності здійснення слідчим суддею оцінки доказів із точки зору їх допустимості під час застосування запобіжних заходів, та відстоюють право слідчого судді визнавати докази недопустимими за наявності для цього підстав. Ми підтримуємо таку думку вчених, адже, як обґрунтовано підкреслює А. П. Іванов, вирішення питання допустимості доказів під час обрання запобіжних заходів повинно забезпечити захист особи, її прав і свобод, інтересів суспільства і держави від протиправної діяльності особи, яка підозрюється у скоєнні злочину, а також має забезпечити захист від необґрунтованого обрання запобіжного заходу та незаконного обмеження прав і свобод людини і громадянина у кримінальному провадженні⁹. Тому слідчий суддя під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу має бути наділений повноваженнями, які пов'язані з

можливістю реагування на певні процесуальні порушення закону, які призводять до визнання доказу недопустимим з метою ухвалення законного, обґрунтованого, вмотивованого та справедливого рішення про застосування запобіжного заходу.

Окрім того, сам законодавець у ч. 1 ст. 94 КПК України прямо передбачає, що слідчий суддя за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінює кожен доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення. До того ж лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 05.04.2013 року № 223-559/0/4-13 «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» також покладає на слідчого суддю такий обов'язок. Так, пункт 7 передбачає, що у разі подання клопотань

⁹ Іванов А. П. Думки про очевидну недопустимість доказів під час обрання запобіжних заходів. [Електронний ресурс]. –

Режим доступу: <http://sud.ua/ru/news/blog/104916-ivanov-andriy-petrovich>

щодо декількох осіб у рамках одного кримінального провадження слідчий суддя має перевірити належність, достовірність і допустимість доказів стосовно кожної особи окремо¹⁰.

З огляду на зазначене, зрозуміло, що наукова позиція, прихильники якої наголошують на можливості визнання слідчим суддею недопустимості доказів, є обґрунтованою, і повністю відповідає положенням ст. 94 КПК України. Адже аналіз вказаної норми свідчить про те, що слідчий суддя, приймаючи рішення про застосування запобіжного заходу, є повноцінним і рівноправним суб'єктом оцінки доказів на предмет належності, допустимості, достовірності, а сукупності зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Аналіз й інших положень чинного кримінального процесуального законодавства України дозволяє впевнено стверджувати, що докази, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжних заходів мають бути допустимими, адже ч. 3 ст. 17 КПК України передбачає, що не лише

обвинувачення, але й підозра не можуть ґрунтуватись на доказах, отриманих незаконним шляхом.

Розглянемо таку ситуацію: слідчий, прокурор у клопотанні про застосування запобіжного заходу підтверджує існування обґрунтованої підозри таким доказом як протокол обшуку житла підозрюваного, однак слідчий перед проведенням обшуку не звернувся до слідчого судді з клопотанням про дозвіл на обшук того самого житла і не отримав відповідну ухвалу. Так, ч. 1 ст. 87 КПК України вказує на те, що недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав людини. Відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК України суд зобов'язаний визнати істотним порушенням прав людини і основоположних свобод, зокрема, здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду,

¹⁰ Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 05.04.2013 року № 223-559/0/4-13 «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за

дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0558740-13>

без такого дозволу або з порушення його суттєвих умов.

Окрім того, теорією кримінального процесу традиційно визначаються певні умови (критерії) визнання доказів допустимими, а саме:

1) одержання доказів належним суб'єктом, тобто суб'єктом у якого є на це відповідні повноваження;

2) одержання доказів із конкретного джерела;

3) дотримання належної процедури одержання доказів. Ідеться про послідовність проведення слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, належне оформлення рішення про проведення дії, дотримання умов та порядку здійснення таких дій. Так, якщо для проведення певної дії необхідно одержати дозвіл слідчого судді, то належна процедура означає, що є відповідна ухвала слідчого судді та що не вплив строк її дії;

4) належне оформлення (закріплення) ходу та результатів дії¹¹.

Зрозуміло, що слідчий суддя під час застосування запобіжного заходу не може вважати відповідний протокол обшуку допустимим доказом на підтвердження існування обґрунтованої підозри. У наведеному прикладі слідчим не

дотримана належна процедура одержання доказів, що свідчить про недопустимість таких доказів. Однак, яким чином діяти у таких випадках слідчим суддям?

Так, положення статті 89 КПК України вказують на те, що суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки, і нічого не говорять про слідчого суддю, тому, якщо буквально сприймати зміст цієї статті, можна прийти до висновку, що слідчий суддя не наділений повноваженнями щодо визнання доказів недопустимими. Однак, вважаємо, що такий висновок є завідомо невірним та поспішним. На нашу думку, питання відносно того чи повинен слідчий суддя вирішувати питання щодо допустимості доказу під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу взагалі не повинно виникати, адже оцінка доказів з точки зору допустимості є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод особи у кримінальному провадженні, а також передумовою ухвалення законного, обґрунтованого, вмотивованого та справедливого кримінального процесуального рішення, як ключового, так і будь-якого проміжного рішення, у нашому випадку – рішення про застосування запобіжного заходу.

¹¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відпов. ред.: С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю.

Захарченко. – Х.: Одиссей, 2013. – 1104 с. – С. 227, 230.

З огляду на зазначене, необхідно доповнити ст. 89 КПК України положенням такого змісту: «Слідчий суддя вирішує питання допустимості доказів під час розгляду клопотань, віднесених до його компетенції».

Також закономірним є питання: у якому вигляді повинно бути винесене слідчим суддею рішення про недопустимість певного доказу? На нашу думку, у випадку встановлення слідчим суддею недопустимості певного доказу, поданого одним з учасників кримінального слідчий суддя має винести рішення у формі ухвали.

Необхідно звернути увагу й на те, що відповідно до ч. 1 ст. 88 КПК України докази, які стосуються судимостей підозрюваного, обвинуваченого або вчинення ним інших правопорушень, що не є предметом цього кримінального провадження, а також відомості щодо характеру або окремих рис характеру підозрюваного, обвинуваченого є недопустимими на підтвердження винуватості підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Як зазначає В. А. Завтур, «попри це, обираючи запобіжний захід у досудовому

провадженні, слідчий суддя відповідно до ст. 178 КПК України має врахувати, зокрема, такі обставини, як: наявність судимостей у підозрюваного, наявність повідомлення про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення, а також репутацію підозрюваного. Відтак по відношенню до обставин, що складають локальний предмет доказування під час застосування запобіжних заходів, докази, передбачені ст. 88 КПК України, набувають іншої властивості – належності»¹². Окрім цього, вважаємо, у такому випадку оцінка вказаних обставин спрямована не на підтвердження винуватості підозрюваного у вчиненні кримінального правопорушення, а скоріше на обрання найбільш доцільного та необхідного виду запобіжного заходу.

Відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК України, у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. Як бачимо, слідчий суддя також не визначений серед

¹² Завтур В. А. Допустимість доказів під час розгляду та вирішення слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження / В. А. Завтур /

Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2016. – Вип. 41. Том 2. – С. 154 – 157.

суб'єктів, які мають право визнавати доказ недопустимим навіть при його очевидній недопустимості.

У судовій практиці встановлення змісту категорії «очевидна недопустимість доказів» може викликати певні труднощі, оскільки вона є оцінною. Певні роз'яснення з цього приводу надав Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у Інформаційному листі № 223-1446/0/4-12 від 05.10.2012 р. «Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України». У пункті 8 Інформаційного листа передбачено, що відомості, матеріали та інші фактичні дані, отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним законом порядку чи з його порушенням, є очевидно недопустимими, а це відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке

дослідження було розпочате. Зазначене правило застосовується і щодо доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК) за умови підтвердження сторонами кримінального провадження їх очевидної недопустимості¹³.

Беззаперечно, відносно деяких поданих учасниками кримінального провадження доказів неможливо одразу встановити їх очевидну недопустимість, без здійснення їх перевірки і співставлення з іншими доказами, що можливо буде вже під час судового розгляду або навіть у нарадчій кімнаті при вирішенні справи по суті при винесенні вироку. Однак не викликає ніяких сумнівів, що сторонами можуть бути подані й такі докази, очевидна недопустимість яких вбачається «неозброєним оком» і не потребує ніякого співставлення з іншими доказами чи якоїсь перевірки¹⁴.

З цього приводу погоджуємося з думкою А. П. Іванова, який зазначає, що учасники кримінального провадження повинні заявляти клопотання про

¹³ Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 223-1446/0/4-12 від 05.10.2012 р. «Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v1446740-12/print1489610893670668>

¹⁴ Іванов А. П. Думки про очевидну недопустимість доказів під час обрання запобіжних заходів. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sud.ua/ru/news/blog/104916-ivanov-andriy-petrovich>

визнання доказів недопустимими, однак у випадку, коли таке клопотання не заявлене, але слідчий суддя бачить, що доказ очевидно недопустимий, то він повинен визнати цей доказ недопустимим з власної ініціативи, не досліджувати цей доказ, або припинити дослідження, якщо його було розпочато¹⁵. У випадку заявлення клопотань про визнання доказів недопустимими, відповідні клопотання повинні розглядатися слідчим суддею безпосередньо після їх подання.

З огляду на вищезазначене, на наш погляд, доцільно було б викласти ч. 2 ст. 89 КПК України наступним чином: «У разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду, суд, а також слідчий суддя під час розгляду клопотань, віднесених до його компетенції, визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження, якщо таке дослідження було розпочате».

На нашу думку, ініціативність слідчого судді у вирішенні питання щодо недопустимості доказів, у тому числі й у випадку їх очевидної недопустимості, забезпечить якісне формування доказової бази. У протилежному ж випадку, обмеження слідчого судді у таких

повноваженнях може призвести до необґрунтованого обмеження прав та свобод людини у кримінальному провадженні.

Висновок

Підсумовуючи, зазначимо, що нормативне закріплення у КПК України повноважень слідчого судді щодо визнання доказів недопустимими є практично необхідним. Саме тому ми підтримуємо думку щодо необхідності усунення протиріч між ст. 89 та 94 КПК України шляхом передбачення слідчого судді як суб'єкта, що приймає рішення про визнання доказів недопустимими під час розгляду клопотань, віднесених до його компетенції. Адже у змагальному кримінальному судочинстві роль слідчого судді обов'язково повинна включати забезпечення рівності сторін у доказуванні шляхом контролю за якістю використовуваних ними засобів доказування.

¹⁵ Іванов А. П. Думки про очевидну недопустимість доказів під час обрання запобіжних заходів. [Електронний ресурс]. –

Режим доступу: <http://sud.ua/ru/news/blog/104916-ivanov-andriy-petrovich>