I. ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Денисенко Г.В.,
доктор філософії в галузі права,
ORCID ID: *0000-0003-4132-8195*

DOI: *https://doi.org/10.17721/2413-5372.2022.1-2/8-18*

УДК 343.140.02

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ, ЯКІ СТАНОВЛЯТЬ ТАЄМНИЦЮ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Анотація. *У статті досліджено проблемні питання ключових ознак визначення доказів, які становлять охоронювану законом таємницю у кримінальному провадженні, допустимими, визначення емпіричної основи теоретико-правового регулювання окремої категорії доказів та критеріїв, за яких їх можна вважати допустимими під час прийняття процесуальних рішень в рамках кримінальних проваджень.*

Виявлено, що серед науковців немає єдиної точки зору щодо сутності категорії доказів та допустимості доказів, які становлять охоронювану законом таємницю, та повинні бути піддані «спеціальному» дослідженню усіма учасниками кримінального провадження. Водночас прийняття законних і обґрунтованих процесуальних рішень можливе лише тоді, коли вони ґрунтуються на перевірених і правильно оцінених фактичних даних, одержаних у відповідності та у спосіб, визначений Кримінальним процесуальним кодексом України.

Доведено, що допустимість доказів є процесуальниим інститутом, сутність якого полягає в тому, що належні фактичні дані повинні бути отримані зі встановленого законом джерела, уповноваженим на це суб'єктом кримінального процесу і закріплені у спосіб, зазначеним у кримінально-процесуальному законі.

Констатується, що положення щодо допустимості такої категорії доказів, як ті що містять охоронювану законом таємницю, вже багато років існують у зарубіжному законодавстві та потребують імплементації у вітчизняне законодоавство.

Обгрунтовується, що єдиним суб'єктом, до компетенції якого належить вирішення підсумкового питання визнання щодо допустимості доказів, повинен бути суд, який здійснює судовий розгляд в рамках кримінального провадження. Зазначено, що питання щодо допустимості доказів потребує подальшого осмислення, узагальнення існуючих теоретичних напрацювань, розробки наукових пропозицій щодо вдосконалення цього інституту відповідно до міжнародних стандартів.

Ключові слова: *докази, допустимість доказів, таємниця, кримінальне провадження, гарантії таємниць.*

Постановка проблеми. Єдність фактичних даних та джерел їх походження набуває ознак доказу в рамках кримінального провадження з моменту визнання її доказом суб'єктом доказування на підставі суб'єктивної впевненості в належності, допустимості та достовірності фактичних даних, що становлять їх зміст[1].

З одного боку, фактична непристосованість окремих положень КПК України, що регламентують порядок за-

[1] О Старенький, Щодо визначення поняття меж доказування в кримінальному провадженні (2014) 1 (9) *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»* 1–12.

стосування засобів кримінального процесуального доказування у досудовому розслідуванні, до динаміки розвитку суспільних відносин у сфері кримінальної юстиції, а з іншого – нездатність за допомогою існуючих механізмів забезпечити досягнення завдань кримінального провадження, слугувало підґрунтям для появи безсистемного та непослідовного внесення до КПК України на протязі останніх років численних змін і доповнень, кількість яких на сьогодні становить понад 900, що не забезпечує стабільності кримінального процесуального законодавства України та його сталий розвиток і негативно впливає на формування вітчизняної правозастосовної практики під час застосування засобів кримінального процесуального доказування у досудовому розслідуванні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науково-теоретичним підґрунтям обраної теми є праці вітчизняних і зарубіжних фахівців, а саме: Ю.П. Аленіна, Р.С. Бєлкіна, В.Д. Берназа, В.І. Василинчука, В.В. Вапнярчука, В.І. Галагана, І.В. Гловюк, В.М. Гмирка, В.Г. Гончаренка, Ю.М. Грошевого Е.Ф. Іскендерова, О.В. Капліної, Є.Г. Коваленка, С.О. Ковальчука, Л.М. Лобойка, Є.Д. Лук'янчикова, М.М. Михеєнка, В.Т. Нора, О.О. Подобного, М.А. Погорецького, В.О. Попелюшка, Д.Б. Сергєєвої, О.О. Сухачова, І.О. Сухачової, О.Ю. Татарова, В.М. Трофименка, Л.Д. Удалової, В.І. Фаринника, А.М. Черняка, С.С. Чернявського, Ю.М. Чорноус, В.М. Циктіча, М.С. Цуцкірідзе, А.В. Шевчишена, Шило, Ю.Ю. Орлова, О.Г. Яновської та інших, у яких досліджуються питання кримінального процесуального доказування, криміналістичного та оперативно-розшукового забезпечення кримінального процесуального доказування.

Незважаючи на те, що питання допустимості доказів, які становлять державну таємницю у кримінальному провадженні, криміналістичного та оперативно-розшукового забезпечення кримінального процесуального доказування були предметом наукових пошуків великої кількості вітчизняних та зарубіжних учених, комплексно проблемні питання засобів визначення допустимості доказів, які становлять таємницю на досудовому розслідуванні, у тому числі й в умовах дії чинного КПК України, появи нових органів досудового розслідування (ДБР, НАБУ, БЕБУ) не досліджувалися. Зазначене зумовлює необхідність подальших наукових розробок у цьому напрямі, свідчить про актуальність теми дослідження, що і визначило її вибір.

Метою статті є теоретична розробка наукової концепції засобів визначення допустимості доказів, які становлять таємницю у кримінальному провадженні й на її основі обґрунтування пропозицій та рекомендацій щодо вдосконалення норм чинного кримінального процесуального законодавства України, відомчих нормативно-правових актів і практики їх застосування в діяльності органів досудового розслідування, прокурорів, адвокатів і суддів.

Виклад основного матеріалу дослідження та його основні результати. Передусім, зазначимо, що в теорії кримінального процесу немає єдиного розуміння доказів, як фундаментальної правової категорії, що негативно позначається на практиці, оскільки від розуміння практичними працівниками поняття та змісту доказів, як основної категорії кримінального процесуального доказування, багато в чому залежить і вирішення практичних питань їх допустимості і, зокрема, й допустимості доказів, які становлять державну таємницю. Ми поділяємо доктринальні концептуальні підходи до розуміння доказів та доказування, викладені професором М.А. Погорецьким у низці його наукових публікацій[1], які є методологічною основою для нашого дослідження.

Вимога допустимості доказу логічно випливає із положення Конституції

[1] М Погорецький, Теорія доказів – методологічна основа оперативно-розшукового документування організованої злочинної діяльності (2010) 22 Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)

України, у ч. 3 ст. 62 якої зазначено, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях.

Вимога допустимості доказу логічно витікає із положення Конституції України, у ч. 3 ст. 62 якої зазначено, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Така ж позиція закріплена у ч. 3 ст. 17 КПК України, яка визначає презумпцію невинуватості та забезпечення доведеності винуватості як загальні засади кримінального провадження.

Зважаючи на важливість такої властивості доказу як допустимість, Конституційний Суд України у своєму рішенні зазначив, що перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі та ухвалення законного і справедливого рішення у справі[1]

Правила допустимості доказів сформульовані у ч. 1 ст. 86 КПК України, де закріплений один із критеріїв визначення допустимості доказу, відповідно до якого доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому КПК України.

У частинах 2 та 3 ст. 88 КПК законодавець називає окремі випадки визнання доказів та відомостей, які стосуються особи підозрюваного, обвинуваченого допустимими, а також визначає, які докази слід оцінювати як допустимі.

У частині 2 ст. 86 КПК України законодоавець закріплює положення про те, що недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення.

Стаття 87 та ч. 1 ст. 88 КПК України визначають окремі випадки визнання доказів недопустимими. Зазначаючи, що докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами України, 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).

При цьому законодавець у ч. 2 статті 88 КПК України дає роз'яснення, які саме діяння суд зобов'язаний визнавати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод.

У частині 1 ст. 88 КПК вказується інший випадок визнання доказів недопустимими, коли 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 надаються на підтвердження винуватості підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення.

185–195; М Погорецький, Докази у кримінальному процесі: проблемні питання (2011) 1 *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»* 20; М А Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2007) 460–571; М А Погорецький, Докази у кримінальному процесі (2003) 2 *Вісник прокуратури* 59–65; М А *Погорецький*, Про співвідношення джерел фактичних даних і джерел доказів у кримінальному процесі (2009) 1 *Право України* 80–85; М А Погорецький, Щодо поняття «доказ» за проектом нового Кримінально-процесуального кодексу (2009) 3 *Вісник прокуратури* 94–101; М Погорецький, Теорія кримінального процесуального доказування: проблемні питання (2014) 10 *Право України* 12–25; М А Погорецький, Нова концепція кримінального процесуального доказування (2015) 3 *Вісник кримінального судочинства України* 63–79; М А Погорецький, Концепції кримінального процесуального доказування. *Сучасні концепції доказування і доказів у юридичному процесі країн ближнього зарубіжжя та їх вплив на формування єдиної судової практики*: матеріали наук.– методолог. семінару (м. Київ, 16 листоп. 2012 р.) / упоряд. М Є Шумило (Харків, Право, 2020) 20–29.

[1] Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 року № 12-рп/2011 <http://zakon1.rada.gov.ua /laws/show/v012p710–11/paran54#n54> дата звернення 04.05.2022.

Статті 89, 90 КПК також закріплюють порядок і умови визнання доказів недопустимими, а також закріплюють право сторін подавати клопотання під час судового розгляду про визнання доказів недопустимими, та визначають значення рішень інших судів у питаннях допустимості доказів.

У науці кримінального процесу висловлюються різні точки зору щодо поняття допустимості доказу.

Одна група вчених у визначенні поняття допустимості доказу підкреслює його можливість служити засобом доказування обставин, що мають значення для правильного вирішення кримінальної справи, в результаті його відповідності вимогам кримінального процесуального закону, або ж його здатність як джерела відомостей про факт бути засобом встановлення цього факту; а бо ж можливість його використання в кримінальному процесі для вирішення усіх питань, що виникають під час провадження у справі й в ході вирішення справи по суті; або ж можливість (дозволеність) використання доказу в процесі доказування обставин, що мають значення для правильного вирішення справи; або ж їх придатність для використання в процесі доказування; або ж визнана законодавцем можливість використання певного джерела в якості процесуального носія інформації про фактичні дані, що мають значення для встановлення істини у кримінальній справі, а також процесуального закріплення цієї інформації уповноваженими на це особами чи органами в установленому законом порядку(шляхом дій) при дотриманні норм моральності тощо.

Інша група вчених визначає допустимість доказу через його відповідність певним вимогам кримінального процесуального закону[1].

З цього приводу Д.Б. Сергєєва обґрунтовано зауважує, що визначення поняття допустимості шляхом перерахування його критеріїв не відповідає науковим принципам, оскільки визначення будь-якого поняття повинне формулюватися шляхом розкриття його змісту й істотних ознак. Щодо сутності наведених у визначеннях критеріїв допустимості доказу, то в цілому погоджуючись із запропонованими точками зору, авторка справедливо вважаємо дискусійною лише позицію авторів щодо вимоги отримання фактичних даних з встановленого законом джерела. На наш погляд, джерело фактичних даних (відомостей) не може бути визначене законом. Якщо мова йде про процесуальне джерело фактичних даних, тобто про джерело доказів, перелік яких дійсно встановлений законом (ч. 2 ст. 84 КПК України, то мова повинна йти не про отримання з нього фактичних даних, а про закріплення фактичних даних у відповідному процесуальному джерелі, що є умовою проведення процесуальної дії з дотриманням встановлених законом вимог (процесуального порядку проведення).

Джерело фактичних даних (відомостей), як слушно зазначає Д.Б. Сергєєва, також повинно оцінюватися як допустиме, тобто таке, щодо використання якого кримінальний процесуальний закон не містить заборон (наприклад, не відповідають умові допустимості такі джерела фактичних даних, як захисник, священнослужитель, лікар, і т.п., які надають інформацію, яка стала їм відома у зв'язку з виконанням професійних обов'язків; свідок, який не може пояснити первинне джерело відомостей, що повідомляються; не є допустимим джерелом фактичних даних анонімний лист і т.п.)[2].

В теорії доказування допустимість доказу пов'язують також з належною процесуальною формою, під якою розуміють визначений законом порядок кримінального провадження в цілому, порядок виконання окремих проце-

[1] Докладно див: Д Б Сергеєєва, Допустимість доказів в теорії та КПК 2012 року (2015) 3 *Вісник кримінального судочинства* 82.

[2] Д Б Сергеєєва, Допустимість доказів в теорії та КПК 2012 року (2015) 3 *Вісник кримінального судочинства* 83.

суальних дій. Отже, саме дотримання процесуальної форми отримання доказу як встановленого кримінальним процесуальним законом порядку, що забезпечує можливість перевірки процесу його отримання, й робить доказ допустимим. Отже, доказ, отриманий у відповідності до процесуальної форми набуває такої внутрішньої властивості, як допустимість. Поняття «допустимість доказу» та «процесуальна форма» отримання доказу співвідносяться як мета діяльності й умова її досягнення[1].

М.А. Погорецький визначає допустимість доказів як процесуальний інститут, сутність якого полягає в тому, що належні фактичні дані повинні бути отримані зі встановленого законом джерела, уповноваженим на це суб'єктом кримінального процесу (слідчим або судом) і закріплені способом, зазначеним у кримінально-процесуальному законі[2].

Слід зазначити, що актуальні проблеми правового характеру, пов'язані із визначенням допустимості доказів, які становлять професійну таємницю, визначається обставинами їх отримання і залучення до кримінального провадження. Умови допустимості отриманих та зібраних доказів в рамках кримінального провадження або проведення оперативно-розшукових заходів слід поділяти у залежності від таких критеріїв, як належне джерело (наприклад, не можуть бути доказами у кримінальному провадженні фактичні дані, одержані в результаті допиту від особи, яка не могла підлягати допиту як свідок – ч. 2 ст. 69 КПК); належним суб'єктом (державним органом або особою, яка здійснює розслідування у кримінальному провадженні); одержання фактичних даних у належному процесуальному порядку (із дотриманням передбаченої законом процедури); належне оформлення джерела фактичних даних (протокол слідчих (розшукових) дій, протокол судового розгляду)[3].

Від правильного визначення такої властивості доказу, як його допустимість, залежить належне забезпечення прав і свобод осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, забезпечення гарантій і дотримання засад кримінального судочинства, досягнення достовірного знання у кримінальному провадженні, що у своїй сукупності зможе забезпечити ключові завдання кримінального провадження визначені статтею 2 КПК України.

Особливого значення набуває визначення допустимості тих чи інших доказів у ході досудового розслідування, оскільки чимало порушень кримінального процесуального закону, наслідками якого є визнання доказів недопустимими, відбувається на досудових стадіях[4]. Законність засобу отримання доказів, як вже зазначалося, є один із критеріїв оцінки їх допустимості.

Зазвичай порушення правил, які регламентують проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, призводять до виключення доказів із кримінального провадження, як недопустимих[5]. Допустимість доказу визначається ще й тим, щоб у конкретній ситуації він був обраний відповідно до визначених завдань.

Законодавець обмежує використання окремих джерел низкою умов, які також

[1] Там само 84.

[2] М А Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2007) 460.

[3] Г Резнікова, Професійна таємниця: поняття, ознаки та види (2013) 26 *Питання боротьби зі злочинністю* 280–292.

[4] М Городецька, Кримінально-процесуальна компетенція слідчого органів внутрішніх справ: монографія (Дніпропетровськ, Ліра-ЛТД, 2010) 231.

[5] М А Погорецький, Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні (2013) 1 (5) *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 270–276; М А Погорецький, Негласні слідчі (розшукові) дії як спосіб формування доказів: навчальний посібник / за загред. М А Погорецького (Київ, НА СБ України, 2017) 92; М А Погорецький, О С Старенький, Негласні слідчі (розшукові) дії як засоби отримання доказів: окремі проблемні питання (2018) 8 *Право України* 85–106.

враховуються під час визначення допустимості доказів, що становить елементи кримінальних процесуальних гарантій[1] допустимості таких доказів.

Так, згідно з ч. 2 ст. 65 КПК, не можуть допитуватись як свідки:

– захисник, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, законний представник потерпілого, цивільного позивача у кримінальному провадженні – про обставини, які стали їм відомі у зв'язку з виконанням функцій представника чи захисника;

– адвокати – про відомості, які становлять адвокатську таємницю;

– нотаріуси – про відомості, які становлять нотаріальну таємницю;

– медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя особи – про відомості, які становлять лікарську таємницю;

– священнослужителі – про відомості, одержані ними на сповіді віруючих;

– журналісти – про відомості, які містять конфіденційну інформацію професійного характеру, надану за умови нерозголошення авторства або джерела інформації;

– професійні судді, народні засідателі та присяжні – про обставини обговорення в нарадчій кімнаті питань, що виникли під час ухвалення судового рішення, за винятком випадків кримінального провадження щодо прийняття суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, ухвали;

– особи, які брали участь в укладенні та виконанні угоди про примирення в кримінальному провадженні,– про обставини, які стали їм відомі у зв'язку з участю в укладенні та виконанні угоди про примирення;

– особи, до яких застосовані заходи безпеки,– щодо дійсних даних про їх особи;

– особи, які мають відомості про дійсні дані про осіб, до яких застосовані заходи безпеки,– щодо цих даних.

Статтею 162 КПК визначено перелік речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, до якої слід віднести інформацію, що знаходиться у володінні засобу масової інформації або журналіста і надана їм за умови нерозголошення авторства або джерела інформації; відомості, які можуть становити лікарську таємницю; відомості, які можуть становити таємницю вчинення нотаріальних дій; конфіденційна інформація, в тому числі така, що містить комерційну таємницю; відомості, які можуть становити банківську таємницю; особисте листування особи та інші записи особистого характеру; інформація, яка знаходиться в операторів та провайдерів телекомунікацій, про зв'язок, абонента, надання телекомунікаційних послуг, у тому числі отримання послуг, їх тривалості, змісту, маршрутів передавання тощо; персональні дані особи, що знаходяться у її особистому володінні або в базі персональних даних, яка знаходиться у володільця персональних даних; державна таємниця[2].

Як свідчать матеріали практики[3] проблеми допустимості доказів у кримінальному процесі, пов'язаних з охоронюваною законом таємницею, мають тісний взаємозв'зок з проблемами грантій таємниць у кримінальному процесі, на що слушно вказують дослідники[4].

Забезпечення охорони державної таємниці при проведенні слідчих (роз-

[1] Докладно про кримінально-процесуальні гарантії див: М А Погорецький, Поняття кримінально-процесуальних гарантій (2014) 2 (10) *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»* <http://lj.oa.edu.ua/articles/2014/n2/14pmakph.pdf> дата звернення 04.05.2022.

[2] Ю Грошевий, Кримінально-процесуальне доказування та оперативно-розшукова діяльність: навч. посібник (Харків, Право, 2010) 112.

[3] В ході наукового дослідження нами проаналізовоно 256 кримінальних проваджень та за спеціальною анкетою опитано 340 респондентів (слідчих, детективів, прокурорів, адвокатів і суддів).

[4] М А Погорецький, Кримінально-процесуальні гарантії державної таємниці: до визначення поняття (2009) 11 *Вісник прокуратури* 88–96; М А Погорецький, М М Погорецький, Гарантії адвокатської таємниці у рішен-

шукових) чи негласних слідчих (розшукових) дій покладається на слідчих, прокурорів і співробітників уповноважених оперативних підрозділів, які виконують негласні слідчі (розшукові) дії[1]. Дотримання гарантій державної таємниі, а також інших таємниць у кримінальному провадженні та вимог статей 86–90 КПК України щодо допустимості доказів забезпечує реалізацію принципів кримінального провадження як визначальний фактор їх ефективного регуляторного впливу на кримінально-процесуальні відносини[2], які функціонують на досудовому розслідувані між його суб'єктами[3].

Так, у разі наявності в матеріалах коримінального провадження стосовно проведених негласних слідчих (розшукових) дій відомостей, що становлять державну таємницю, досудове розслідування проводиться з дотриманням вимог режиму секретності та в порядку, визначеному Главою 40 КПК України.

Окремо, у ч. 1 ст. 254 КПК міститься пряма заборона щодо розголошення особами, яким стало відомо під час відкриття матеріалів сторонам кримінального провадження в порядку ст. 290 КПК, інформації про факт і методи проведення негласних слідчих (розшукових) дій осіб, які їх проводили, відомостей, отриманих у результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Про кримінальну відповідальність за розголошення такої інформації ці особи попереджаються письмово у протоколі негласних слідчих (розшукових) дій або окремому протоколі, що може бути складений перед початком відкриття матеріалів кримінального провадження.

Слід звернути увагу на те, що згідно з ч. 1 ст. 256 КПК України протоколи щодо проведення НСРД, аудіо- або відеозаписи, фотознімки, інші результати, здобуті за допомогою застосування технічних засобів, вилучені під час їх проведення речі і документи або їх копії можуть використовуватися в доказуванні на тих самих підставах, що і результати проведення інших СРД під час досудового розслідування. Водночас положення зазначеної норми, як й інших приписів КПК України, не передбачають можливості використання у кримінальному процесуальному доказуванні процесуальних рішень (ухвал слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД та постанов слідчого, прокурора про проведення НСРД), на підставі яких проводилися НСРД, що створює певні труднощі у використанні результатів негласних засобів кримінального процесуального доказування як доказів у кримінальному провадженні.

Відповідно до положень п. 5.1 Інструкції постанова слідчого, прокурора про проведення НСРД, клопотання про дозвіл на проведення НСРД, ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД та додатки до нього, протокол про проведення НСРД, які містять відомості про факт і методи проведення НСРД, а також відомості, що дають змогу ідентифікувати особу, місце або річ, щодо якої проводиться або планується проведення такої дії, розголошення яких створює загрозу національним інтересам та безпеці, підлягають засекречуванню[4].

Засекречування таких матеріальних носіїв інформації здійснюється слідчим,

нях Європейського суду з прав людини та їх імплементаційний вплив на кримінальне процесуальне законодавство України і правозастосовну практику (2016) 2 *Вісник кримінального судочинства* 77–87.

[1] М А Погорецький, Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні (2013) 1 (5) *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 270–276; М А Погорецький, Д Б Сергєєва, Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття, сутність і співвідношення (2014) 2 (33) *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 137–141; М А Погорецький, О С Старенький, Негласні слідчі (розшукові) дії як засоби отримання доказів: окремі проблемні питання (2018) 8 *Право України* 85–106.

[2] О Кучинська, Системність принципів кримінального провадження як визначальний фактор їх ефективного регуляторного впливу на кримінально-процесуальні відносини (2012) 1 *Адвокат* 7–11.

[3] М А Погорецький, Кримінально-процесуальні правовідносини: структура і система: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2002) 160.

[4] Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх резуль-

прокурором, співробітником уповноваженого оперативного підрозділу, слідчим суддею шляхом надання на підставі Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, відповідному документу грифа секретності (п. 5.2 Інструкції).

Після завершення проведення НСРД грифи секретності матеріальних носіїв інформації щодо їх проведення підлягають розсекреченню на підставі рішення прокурора, який здійснює повноваження прокурора в конкретному кримінальному провадженні, у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, з урахуванням обставин кримінального провадження та необхідності використання матеріалів НСРД як доказів після проведення таких дій, у випадку, якщо витік зазначених відомостей не завдасть шкоди національній безпеці України (п. 5.9 Інструкції).

Після розсекречення зазначених матеріальних носіїв інформації щодо проведення НСРД приймається рішення про їх зняття з обліку в режимно-секретному органі та долучення до матеріалів кримінального провадження в установленому КПК України порядку (п. 5.27 Інструкції). До розсекречених матеріалів доступ надається разом із іншими матеріалами досудового розслідування в порядку ст. 290 КПК України.

З огляду на це, обґрунтованою є думка фахівців, що розсекреченню підлягають лише ті матеріали, які були отримані за результатами проведення НСРД (протоколи проведення НСРД та відповідні додатки до них), водночас рішення, на підставі яких проводилися НСРД, розсекреченню не підлягають[1].

Наявність цієї законодавчої прогалини негативно позначається у правозастосовній діяльності, оскільки у такому випадку сторона захисту, потерпілий, слідчий суддя, суд позбавлені можливості своєчасно перевірити та оцінити законність і обґрунтованість застосування стороною обвинувачення негласних засобів кримінального процесуального доказування, правомірність обмеження прав і свобод осіб, стосовно яких проводилися НСРД, а також протоколи НСРД як докази на відповідність їх вимогам допустимості, належності та достовірності[2].

Висновки. Підсумовуючи викладене, зазначимо, що серед науковців немає єдиної точки зору щодо сутності категорії доказів та допустимості доказів, які становлять охоронювану законом таємницю і які повинні бути піддані «спеціальному» дослідженню усіма учасниками кримінального провадження. Водночас прийняття законних і обґрунтованих процесуальних рішень можливе лише тоді, коли вони ґрунтуються на перевірених і правильно оцінених фактичних даних, одержаних у відповідності та у спосіб, визначений Кримінальним процесуальним кодексом України.

Допустимість доказів є процесуальним інститутом, сутність якого полягає в тому, що належні фактичні дані повинні бути отримані зі встановленого законом джерела, уповноваженим на це суб'єктом кримінального процесу і закріплені у спосіб, зазначеним у кримінально-процесуальному законі.

На підставі аналізу кримінальних процесуальних норм зазначимо, що положення щодо допустимості такої категорії доказів, як ті що містять охоронювану законом таємницю, вже багато років існують у зарубіжному законодавстві. Лише доказ, отриманий відповідно до встановленої процесуальної форми, набуває такої внутрішньої властивості як допустимість.

татів у кримінальному провадженні від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5 <https://zakon.rada.gov.ua/l aws/show/v0114900–12#Text> дата звернення 04.05.2022.

[1] Л Удалова, Суб'єкти кримінально-процесуального доказування: навч. посібник (Київ, КНТ, 2012) 160; М А Погорецький, Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні (2013) 1 (5) *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 270–276.

[2] О Татаров, Досудове розслідування в кримінальному процесі Укрїни: теоретико-правові та організаційні підстави (за матеріалами МВС): монографія (Донецьк: Промінь, 2012) 640; М А Погорецький, Д Б Сергєєва, Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття, сутність і співвідношення (2014) 2 (33) *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 137–141.

Єдиним суб'єктом, до компетенції якого належить підсумкове вирішення питання визнання доказів недопустимими, повинен бути суд, який здійснює судовий розгляд в рамках кримінального провадження. Питання щодо допустимості доказів потребує подальшого осмислення, узагальнення існуючих теоретичних напрацювань, розробки пропозицій щодо вдосконалення цього інституту відповідно до міжнародних стандартів.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Instruktsiia pro orhanizatsiiu provedennia nehlasnykh slidchykh (rozshukovykh) dii ta vykorystannia yikh rezultativ u kryminalnomu provadzhenni [Instruction on the organization of secret investigative (search) actions and the use of their results in criminal proceedings] vid 16.11.2012 r. № 114/1042/516/1199/936/1687/5 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900–12#Text> data zvernennia 04.05.2022 [in Ukrainian].

CASES

2. Rishennia Konstytutsiinoho sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Sluzhby bezpeky Ukrainy shchodo ofitsiinoho tlumachennia polozhennia chastyny tretoi statti 62 Konstytutsii Ukrainy vid 20 zhovtnia 2011 roku № 12-rp/2011 [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of the Security Service of Ukraine regarding the official interpretation of the provisions of the third part of Article 62 of the Constitution of Ukraine dated October 20, 2011 № 12-рп/2011] <http://zakon1.rada.gov.ua /laws/show/v012p710–11/paran54#n54> data zvernennia 04.05.2022 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

ARTICLES

3. Starenkyi O S, Shchodo vyznachennia poniattia mezh dokazuvannia v kryminalnomu provadzhenni [Regarding the definition of the concept of limits of proof in criminal proceedings] (2014) 1 (9) *Chasopys Natsionalnoho universytetu «Ostrozka akademiia». Seriia «Pravo»* 1–12 [in Ukrainian].

4. Kuchynska O P, Systemnist pryntsypiv kryminalnoho provadzhennia yak vyznachalnyi faktor yikh efektyvnoho rehuliatornoho vplyvu na kryminalno-protsesualni vidnosyny [The systematic nature of the principles of criminal proceedings as a determining factor of their effective regulatory influence on criminal procedural relations] (2012) 1 *Advokat* 7–11 [in Ukrainian].

5. Pohoretskyi M A, Dokazy u kryminalnomu protsesi [Evidence in criminal proceedings] (2003) 2 *Visnyk prokuratury* 59–65 [in Ukrainian].

6. Pohoretskyi M A, Pro spivvidnoshennia dzherel faktychnykh danykh i dzherel dokaziv u kryminalnomu protsesi [About sources of factual data and sources of evidence in criminal proceedings] (2009) 1 *Pravo Ukrainy* 80–85 [in Ukrainian].

7. Pohoretskyi M A, Shchodo poniattia «dokaz» za proektom novoho kryminalno-protsesualnoho kodeksu [Regarding the concept of «evidence» according to the draft of the new Criminal Procedure Code] (2009) 3 *Visnyk prokuratury* 94–101 [in Ukrainian].

8. Pohoretskyi M A, Teoriia dokaziv – metodolohichna osnova operatyvno-rozshukovoho dokumentuvannia orhanizovanoi zlochynnoi diialnosti [Theory of evidence – the methodological basis of operational investigative documentation of organized criminal activity] (2010) 22 *Borotba z orhanizovanoiu zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 185–195 [in Ukrainian].

9. Pohoretskyi M, Dokazy u kryminalnomu protsesi: problemni pytannia [Evidence in the criminal process: problematic issues] (2011) 1 *Chasopys Natsionalnoho universytetu «Ostrozka akademiia». Seriia «Pravo»* 20 [in Ukrainian].

10. Pohoretskyi M A, Poniattia kryminalno-protsesualnykh harantii [Poniattia kryminalno-protsesualnykh harantii] (2014) 2 (10) *Chasopys Natsionalnoho universytetu «Ostrozka akademiia». Seriia «Pravo»* 10 data zvernennia 04.05.2022. [in Ukrainian].

11. Pohoretskyi M, Teoriia kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia: problemni pytannia [Theory of criminal procedural evidence: problematic issues] (2014) 10 *Pravo Ukrainy* 12–25 [in Ukrainian].

12. Pohoretskyi M A, Nova kontseptsiia kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia [New concept of criminal procedural evidence] (2015) 3 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva Ukrainy* 63–79 [in Ukrainian].

13. Pohoretskyi M A, Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii: problemy provadzhennia ta vykorystannia rezultativ u dokazuvanni [Secret investigative (search) actions: problems of proceedings and use of results in evidence] (2013) 1 (5) *Yurydychnyi chasopys Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav* 270–276 [in Ukrainian].

14. Pohoretskyi M A, Kryminalno-protsesualni harantii derzhavnoi taiemnytsi: do vyznachennia poniattia [Criminal procedural guarantees of state secrecy: to define the concept] (2009) 11 *Visnyk prokuratury* 88–96 [in Ukrainian].

15. Pohoretskyi M A, Pohoretskyi M M, Harantii advokatskoi taiemnytsi u rishenniakh Yevropeiskoho sudu z prav liudyny ta yikh implementatsiinyi vplyv na kryminalne protsesualne zakonodavstvo Ukrainy i pravozastosovnu praktyku [Guarantees of attorney confidentiality in the decisions of the European Court of Human Rights and their implementation impact on the criminal procedural legislation of Ukraine and law enforcement practice] (2016) 2 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 77–87 [in Ukrainian].

16. Pohoretskyi M A, Serhieieva D B, Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii ta operatyvno-rozshukovi zakhody: poniattia, sutnist i spivvidnoshennia [Secret investigative (search) actions and operative-search measures: concept, essence and relationship] (2014) 2 (33) *Borotba z orhanizovanoiu zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 137–141 [in Ukrainian].

17. Pohoretskyi M A, Starenkyi O S, Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii yak zasoby otrymannia dokaziv: okremi problemni pytannia [Undisclosed investigative (search) actions as a means of obtaining evidence: certain problematic issues] (2018) 8 *Pravo Ukrainy* 85–106 [in Ukrainian].

18. Reznikova H I, Profesiina taiemnytsia: poniattia, oznaky ta vydy [Professional secrecy: concepts, signs and types] (2013) 26 *Pytannia borotby zi zlochynnistiu. Pravo* 280–292 [in Ukrainian].

19. Serheieieva D B, Dopustymist dokaziv v teorii ta KPK 2012 roku [Admissibility of evidence in theory and the Criminal Code of 2012] (2015) 3 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 84 [in Ukrainian].

AUTHORED BOOKS

20. Horodetska M S, *Kryminalno-protsesualna kompetentsiia slidchoho orhaniv vnutrishnikh sprav* [Criminal-procedural competence of the investigator of internal affairs bodies] (Dnipropetrovsk, Lira-LTD, 2010) 231 [in Ukrainian].

21. Hroshevyi Yu M, *Kryminalno-protsesualne dokazuvannia ta operatyvno-rozshukova diialnist* [Criminal-procedural evidence and operative-investigative activity] (Kharkiv, Pravo, 2010) 112 [in Ukrainian].

22. Pohoretskyi M A, *Kryminalno-protsesualni pravovidnosyny: struktura i systema* [Criminal procedural legal relations: structure and system] (Kharkiv, Arsis LTD, 2002) 160 [in Ukrainian].

23. Pohoretskyi M A, *Funktsionalne pryznachennia operatyvno-rozshukovoi diialnosti u kryminalnomu protsesi* [Functional purpose of investigative activity in the criminal process] (Kharkiv, Arsis LTD, 2007) 460–571 [in Ukrainian].

24. Pohoretskyi M A, *Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii yak sposib formuvannia dokaziv* [Undisclosed investigative (research) actions as a method of forming evidence] / za zah. red. M. A. Pohoretskoho (Kyiv, NA SB Ukrainy, 2017) 92 [in Ukrainian].

25. Udalova L D, *Sub'iekty kryminalno-protsesualnoho dokazuvannia* [Subjects of criminal-procedural proof] (Kyiv, KNT, 2012) 160 [in Ukrainian].

26. Tatarov O Yu, *Dosudove rozsliduvannia v kryminalnomu protsesi Ukriiny: teoretyko-pravovi ta orhanizatsiini pidstavy (za materialamy MVS)* [Pre-trial investigation in the criminal process of Ukraine: theoretical, legal and organizational grounds (based on the materials of the Ministry of Internal Affairs)] (Donetsk, Promin, 2012) 640 [in Ukrainian].

CONFERENCE PAPERS

27. Pohoretskyi M A, Kontseptsii kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia [Concepts of criminal procedural evidence] *Suchasni kontseptsii dokazuvannia i dokaziv u yurydychnomu protsesi krain blyzhnoho zarubizhzhia ta yikh vplyv na formuvannia yedynoi sudovoi praktyky*: materialy nauk.– metodoloh. Seminaru. (m. Kyiv, 16 lystop. 2012 r.) /M Ye Shumylo (Kharkiv, Pravo, 2020) 20–29 [in Ukrainian].

Denysenko G.V.,
Doctor of Philosophy in Law
ORCID ID: *0000-0003-4132-8195*

DOI: *https://doi.org/10.17721/2413-5372.2022.1-2/8-18*

PROBLEM ISSUES OF ADMISSIBILITY OF EVIDENCE, WHICH FORM SECRECY IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Abstract. *The article examines the problematic issues of the key features of the definition of evidence that constitutes a secret protected by law in criminal proceedings, admissibility, the determination of the empirical basis of the theoretical and legal regulation of certain categories of evidence and the criteria by which they can be considered admissible when making procedural decisions within the framework of criminal proceedings.*

It was revealed that there is no unified point of view among scientists regarding the essence of the categories of evidence and the admissibility of evidence that constitute a secret protected by law and must be subjected to a «special» investigation by all participants in criminal proceedings. At the same time, the adoption of legal and justified procedural decisions is possible only when they are based on verified and correctly assessed factual data obtained in accordance with and in the form specified by the Criminal Procedure Code of Ukraine.

It has been proven that the admissibility of evidence is a procedural institution, the essence of which is violated in that the appropriate factual data must be obtained together with a source established by law, authorized for this subject of the criminal process and fixed in the manner specified in the criminal procedural law.

It is noted that provisions regarding the admissibility of such categories of evidence as those that confirm a secret protected by law have existed in foreign legislation for many years and need to be implemented in domestic legislation.

It is justified that the only subject to whose competence is subject the consideration of the completed issue of recognition of the admissibility of evidence should be the court that accepted the trial as part of the criminal proceedings. It is noted that the issue of admissibility of evidence requires further understanding, generalization of existing theoretical studies, development of scientific proposals for improvement of this institute in accordance with international standards.

Key words: *evidence, admissibility of evidence, secrecy, criminal proceedings, guarantees of secrecy.*