

**В. Є. Макода**кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права  
Навчально-наукового інституту права Київського університету імені Тараса Шевченка

## ЗАСТОСУВАННЯ ДОКТРИНИ «ПЛОДІВ ОТРУЄНОГО ДЕРЕВА» У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ. ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

У даній статті автор розкриває правові позиції касаційного суду в Україні, щодо застосування доктрини "плодів отруєного дерева" при розгляді кримінальних проваджень та визнання недопустимими доказами, первісного доказу та похідних від нього. Ця доктрина базується на тому, якщо доказове «дерево» є отруйним, то те ж саме стосується і його «плода». Тобто, якщо джерело доказів є недопустимим, всі інші дані(докази), одержані з його допомогою, будуть такими ж. Зазначена доктрина передбачає оцінку не лише кожного засобу доказування автономно, а і всього ланцюга безпосередньо пов'язаних між собою доказів, з яких одні впливають з інших та є похідними від них. При цьому, обов'язковим критерієм віднесення доказів до «плодів отруйного дерева» є наявність достатніх підстав вважати, що відповідні відомості не були б отримані за відсутності інформації, одержаної незаконним шляхом. Поряд з цим, автор звертає увагу, що у разі застосування судом доктрини "плодів отруєного дерева" у кримінальному провадженні, незавжди суд виносить виправдальний вирок за результатами розгляду справи. Також, в роботі зазначається, що суди при розгляді кримінальних справ, керуються рішеннями ЄСПЛ, зокрема, доктрина «плодів отруйного дерева» знайшла своє втілення у практиці ЄСПЛ, зокрема у справах «Шабельник проти України» «Teixeira de Castro v. Portugal», «Яременко проти України» «Балицький проти України», «Нечипорук і Йонкало проти України», «Gäfgen v. Germany».

Крім цього, зазначається, що суди окремо перевіряють отримання органом досудового розслідування доказів під час проведення ними НС(Р)Д на підставі ухвали слідчого судді про надання дозволу на проведення НС(Р)Д-аудіо-відео зйомка та Постанови прокурора про проведення НС(Р)Д-контроль за вчиненням злочину, на підставі якої, зокрема, оглядаються грошові кошти, які надаються особі для їх передачі підозрюваному у якості неправомірної вигоди.

**Ключові слова:** кримінальне провадження, допустимі докази, обвинувачений, досудове розслідування, доктрина, закон.

**Метою статті** є відображення судової практики національних судів України застосування доктрини "плодів отруєного дерева" в кримінальних провадженнях.

Сьогодні у кримінальних провадженнях все частіше, сторона захисту подає клопотання про визнання наданих суду стороною обвинувачення доказів(документів) недопустимими або очевидно недопустимими в порядку вимог ст.ст. 86-89 КПК України.

Докази є допустимими, якщо вони отримані у порядку визначеному КПК України. Згідно ст. 2 КПК України, відповідно до якої завданням кримінального процесу, окрім іншого, є охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Зміст

та форма кримінального провадження повинні відповідати загальним засадам кримінального провадження, до яких, зокрема, відносяться верховенство права та законність (п. 1.2 ч. 1 ст. 7, 8, 9 КПК України).

Згідно зі ст. 92 КПК України на сторону обвинувачення покладається обов'язок доказування не лише обставин, передбачених ст. 91 цього Кодексу, а й обов'язок доказування належності та допустимості поданих доказів (постанова ВС ККС від 12 лютого 2019 року в справі № 522/2256/16-к).

Слід зазначити, що доктрина «плодів отруйного дерева» (Fruit of the Poisonous Tree) була сформована у судовій практиці США. Також, доктрина «плодів отруйного дерева» знайшла своє втілення у практиці ЄСПЛ, зокрема у справах «Шабельник проти України» «Teixeira de

Castro v. Portugal», «Яременко проти України» «Балицький проти України», «Нечипорук і Йонкало проти України», «Gäfgen v. Germany». Ця доктрина базується на тому, якщо доказове «дерево» є отруйним, то те ж саме стосується і його «плода». Тобто, якщо джерело доказів є недопустимим, всі інші дані(докази), одержані з його допомогою, будуть такими ж. Зазначена доктрина передбачає оцінку не лише кожного засобу доказування автономно, а і всього ланцюга безпосередньо пов'язаних між собою доказів, з яких одні впливають з інших та є похідними від них. При цьому, обов'язковим критерієм віднесення доказів до «плодів отруйного дерева» є наявність достатніх підстав вважати, що відповідні відомості не були б отримані за відсутності інформації, одержаної незаконним шляхом (постанову ВП ВС від 13.11.2019 в справі № 1-07/07, провадження № 13-36зв019). Застосування доктрини «плодів отруйного дерева» вимагає здійснення особливої перевірки, щодо встановлення джерела походження інформації, перевірки повноважень суб'єкта щодо її отримання, на підставі яких здобуто кожен доказ, яким обґрунтовується судове рішення. При цьому, перевіряючи докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотних порушень прав і свобод людини, встановлених рішенням ЄСПЛ, від доказів, отриманих з джерел, не пов'язаних ані прямо, ані опосередковано із такою інформацією, суд з повноваженнями касаційної інстанції здійснює перевірку правильності правової оцінки обставин та допустимості кожного окремого доказу згідно вимог кримінально-процесуального закону.

Слід зазначити, що ідея доктрини заборони використання «плодів отруйного дерева» відображена у ч. 1 ст. 87 КПК України, відповідно до якої, 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 з істотним порушенням прав та свобод людини.

Так, колегія суддів у Постанові ККС ВС від 17.07.2019( справа № 243/2194/18) залишаючи виправдувальний вирок без змін, зазначила, що при дослідженні інших доказів суд обґрунтовано послався на практику Європейського суду з прав людини, який у рішеннях у справах «Балицький проти України», «Тейксейра де

Кастро проти Португалії», «Шабельник проти України» застосував різновид доктрини «плодів отруєного дерева», яка полягає в тому, що коли визнаються недопустимими не лише докази, безпосередньо отримані внаслідок порушення, а також докази, яких не були б отримано, якби не було отримано перших. Таким чином, допустимі самі по собі докази, отримані за допомогою відомостей, джерелом яких є недопустимі докази, стають недопустимими [1].

Якщо провести аналіз судових рішень за останні роки, можна дійти висновку, що не завжди визнання деяких доказів недопустимими, застосувавши доктрину «плодів отруєного дерева», суд виносив виправдувальний вирок.

Так, зокрема у Постанові ККС ВС від 21.07.2022 р. (справа № 727/2/21) колегія суддів залишаючи без змін вирок першої інстанції зазначила, що при дослідженні доказів, необхідно надавати оцінку допустимості всього ланцюжка доказів, що базуються один за іншим, а не кожного окремого доказу автономно. Європейський Суд з прав людини неодноразово наголошував, що при недопустимості одного доказу в єдиному ланцюжку, суд повинен у подібному випадку вирішити питання про справедливість судового розгляду в цілому. Тобто, якщо процес по даній справі в цілому і загалом справедливий, то і отримані у незаконний спосіб докази можуть бути прийнятними (рішення ЄСПЛ у справі «Хан проти Сполученого Королівства») [2].

Доктрина «плодів отруєного дерева» згадується в рішеннях касаційних судів дуже часто. Так, Кримінальний касаційний суд Верховного Суду підтримав засудження за ч. 1 ст. 115 КК України у справі 758/11209/15 від 24 вересня 2020 року незважаючи на переконання, що докази провини, які зазначені судом у вирокі (протокол слідчого експерименту і висновок експертизи), за правилом «плоди отруєного дерева» неприпустимі. Заявник вважав, що докази були отримані несанкціонованою владою без наявності кримінального провадження та належного повідомлення про підозру, що привело до наслідків не набуття ним статусу підозрюваного. Верховний суд визнав безпідставними аргументи касаційної скарги неприпустимими на підставі доктрини « плоду отруєного дерева» за відсутності передбачуваного порушення правил проведення досудового розслідування уповноваженими особами і незабезпечення належного повідомлення про підозру.

У Постанові ККС ВС від 05.08.2020 р.(справа № 334/5670/18) колегія суддів погодилася

з висновком першої інстанції, який, задовільнив клопотання захисника про визнання недопустимим протоколу відібрання біологічних зразків у засудженого з підстав порушення його права на захист під час вчинення цієї слідчої дії (пункт 3 частини 2 статті 87 КПК). А тому, згідно з доктриною «плодів отруєного дерева» визнав недопустимими, окрім вищезазначеного протоколу, докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок суттєвого порушення прав та свобод людини, а саме висновки експертів від 06 серпня 2018 року № 8-819, від 24 травня 2018 року № 1044, від 18 червня 2018 року № 1061. Посилання місцевого суду у тексті рішення на дослідження як доказу винуватості вищезазначених експертиз є протиріччям, що не впливає на законність та обґрунтованість судового рішення та не може слугувати підставою, в силу статті 412 КПК, для його зміни чи скасування [3]. Поряд з цим, ККС ВС своєю Постановою від 12.08.2020 р. (справа № 333/7457/16) залишаючи виправдувальний вирок без змін, зазначив, що відповідно доктрини «плодів отруєного дерева» недопустимими є докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок суттєвого порушення прав та свобод людини. Ця доктрина передбачає заборону використання даних, отриманих на підставі або з використанням доказів визнаних недопустимими. Тобто слід надавати оцінку допустимості всього ланцюжка доказів, що базуються один за іншим, а не кожного окремого доказу автономно. Європейський Суд з прав людини неодноразово наголошував, що при недопустимості одного доказу в єдиному ланцюжку, суд повинен в подібному випадку вирішити питання про справедливість судового розгляду в цілому (рішення у справі «Хан проти Сполученого Королівства» від 12 травня 2000 року, заява № 35394/97). Вищевикладене, а також відсутність об'єктивних даних, які би свідчили про вчинення або готування до вчинення злочину, пов'язаного з обігом наркотичних засобів чи психотропних речовин, ОСОБА\_1 до моменту проведення оперативної закупки та встановлення факту ініціювання збуту особами, залученими до проведення оперативних закупок свідчать про наявність провокації у діях правоохоронних органів. А тому докази, отримані шляхом підбурювання особи до вчинення злочину, не можуть бути покладені в основу обвинувачення [4].

Цікавим є висновок суду, який зазначений у Постанові ККС ВС від 04.02.2020р (справа № 311/1110/18), зокрема суд скасовуючи виправ-

дувальний вирок посилався на те, що у кримінальному провадженні НС(Р)Д відносно обвинуваченого проводилися на підставі ухвали слідчого судді, якою було надано дозвіл на проведення НС(Р)Д-аудіо, відео-контроль особи і постанови прокурора про проведення НС(Р)Д-контроль за вчиненням злочину. Під час виконання вимог ст. 290 КПК України, дана постанова не була відкрита стороні захисту, у зв'язку з цим всі отримані на її підставі докази, шляхом застосування доктрини «плодів отруєного дерева» є недопустимими. Поряд з цим, суд зазначив, що ухвала на проведення НС(Р)Д-аудіо, відео-контроль особи, яка була відкрита стороні захисту та отримані докази на її підставі є допустимими. Що вказує на самостійні підстави та мету проведення цієї негласної слідчої (розшукової) дії, які не обмежувались виключно фіксуванням іншої негласної слідчої (розшукової) дії – контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки [5].

У зв'язку з цим рішенням, слід зазначити, що слідчі, які складають Протоколи за результатом проведення НС(Р)Д, яка була направлена, зокрема на відео-аудіо фіксування передання-отримання неправомірної вигоди, зазначають у них, що вона проводилася на підставі Постанови про проведення НС(Р)Д-контроль за вчиненням злочину і ухвали про надання дозволу на проведення НС(Р)Д – проведення аудіо-відео зйомки. Ці два процесуальні документи «пов'язані» між собою і у разі визнання недопустимим одного з них, необхідно визнавати недопустимим доказом (документом) і інший.

Не можна не погодитися з думкою О. Кузьменко, що гармонізація національного кримінального процесуального законодавства через запозичення позитивного світового досвіду дотримання прав та свобод людини є необхідним елементом становлення засади верховенства права у кримінальному провадженні. Одним з елементів такої гармонізації є використання доктрини «плодів отруєного дерева» під час кримінальної процесуальної діяльності [6, с. 175].

Досить креативним є розуміння теорії про плоди отруйного дерева в постанові ВС від 26.12.2019 (справа № 243/10386/17). У ній касаційний суд погодився з тим, що застосування цієї концепції можливе й у разі допиту свідків, показання яких будуть похідними від першоджерела, визнаного недопустимим.

Так, у постанові зазначено, що апеляційний суд, дослідивши всі письмові докази, допитавши

понятих Особу 9, Особу 10 та свідків Особу 11, Особу 8, Особу 6, та з огляду на визнання недопустимим первинного доказу-протоколу огляду місця події, керуючись принципом щодо плодів отруйного дерева, дійшов висновку про відсутність підстав для допиту інших свідків, про що клопотали учасники провадження [7].

Поряд з такими правовими висновками касаційної інстанції, заслуговує на увагу правова позиція суду, яка зазначена у Постанові ККС ВС від 20.06.2022 р. (справа № 646/8454/17). Так, залишаючи без змін виправдувальний вирок, колегія суддів зазначила, що згідно з протоколами ознайомлення з матеріалами досудового розслідування, що містять матеріали справи виправдані та їх захисники ознайомилися з матеріалами кримінального провадження, однак ухвал слідчого судді, клопотань про надання дозволу на проведення таких слідчих дій та доручень, які стали правовою підставою проведення вище вказаних НСРД, вони не містили. Більше того, під час судових засідань в судах першої та апеляційної інстанцій, прокурор не стверджував, що вказані судові рішення перебувають у розпорядженні сторони обвинувачення, жодних даних про те, коли та які саме заходи вживалися задля розсекречення ухвал слідчих суддів, не надавав. Не містить таких посилань і касаційна скарга, яка розглядається судом.

Враховуючи зазначене, протоколи про зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж з додатками до них є недопустимими доказами в силу статті 290 КПК, а відтак не можуть бути покладені в основу обвинувального вироку суду.

Відповідно до сформованої Європейським судом з прав людини доктрини «плодів отруєного дерева», якщо джерело доказів є недопустимим, всі інші дані, одержані з його допомогою, будуть такими ж (рішення у справах «Гефген проти Німеччини», «Шабельник проти України (№ 2)», «Яременко проти України (№ 2)»). Зазначена доктрина передбачає оцінку не лише кожного засобу доказування автономно, а і всього ланцюга безпосередньо пов'язаних між собою доказів, з яких одні випливають з інших та є похідними від них. Критерієм віднесення доказів до «плодів отруєного дерева»

є наявність достатніх підстав вважати, що відповідні відомості не були б отримані за відсутності інформації, одержаної незаконним шляхом [8].

**Висновок.** Суди при розгляді кримінальних проваджень застосовуючи доктрину «плодів отруєного дерева» щодо того, що використання доказів, отриманих із порушенням закону, не завжди обумовлюють загальну несправедливість судового провадження. При застосуванні доктрини «плодів отруєного дерева» сукупність доказів, що залишились після виключення з обсягу доказової бази доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, а також тих доказів, що були отримані завдяки інформації з таких джерел, є достатньою для підтвердження доведеності вини заявника у інкримінованих йому кримінальних правопорушеннях.

Слід зазначити, що суд на свій розсуд приймає рішення і це є його дискреційними повноваженнями.

#### Список використаної літератури:

1. Постанова ККС ВС від 17.09.2019 р. (справа № 243/2194/18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84449791>
2. Постанова ККС ВС від 21.07.2022р. (справа № 727/2/21) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105372097>
3. Постанова ККС ВС від 05.08.2020р. (справа № 334/5670/18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90906069>
4. Постанова ККС ВС від 12.08. 2020 р (справа № 333/7457/16) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91010414>
5. Постанові ККС ВС від 04.02.2020р (справа № 311/1110/18) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87517442>
6. Кузьменко, О., Герус, Н., & Карпюк, І. (2021). Доктрина "плодів отруєного дерева" У кримінальній процесуальній діяльності. Знання європейського права, (4), 171-175. URL: <https://doi.org/10.32837/chern.v0i4.151>
7. Дроздов О., Дроздова О., Шульгін С. Як доктрину про плоди отруєного дерева може успішно застосовувати сторона захисту. *Закон і Бізнес*. № 15 (1469) 18.04-24.04.2020
8. Постанова ККС ВС від 20.06.2022 р. (справа № 646/8454/17): URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105012014>

#### **Makoda V. E. Application of the doctrine of "fruits of the tree" in criminal proceedings. Theoretical and practical aspects**

*In this article, the author reveals the legal positions of the cassation court in Ukraine concerning the application of the doctrine of the fruits of the tree" in the consideration of criminal proceedings and the recognition of inadmissible evidence, initial evidence and derived from it. This doctrine is*

*based on the fact that if the proven tree is destroyed, the same applies to its «fetus». That is, if the source of evidence is inadmissible, all other data (evidence) obtained with its help will be the same. The above-mentioned doctrine provides an estimation not only of each means of proof autonomous, but also of the whole chain directly connected with each other proofs, from which some follow from others and are derived from them. At the same time, the obligatory criterion of proof submission to «fruits of an otrovyh tree» is the presence of sufficient grounds to consider, The author notes that if the court applied the doctrine of “fruits of the tree” in criminal proceedings, it is not always the court’s decision to justify the outcome of the case. The doctrine of «the fruits of the tree» has found its implementation in the practice of the ESPA, in particular in the cases of «Shabelnik against Ukraine» «Teixeira de Castro v. Portugal», «Yaremenko against Ukraine» «Balitskiy against Ukraine», «Nechyporuk and Yonkalo against Ukraine», «Gäfgen v. Germany». Krim noted that the courts separately check the receipt by the body of pre-trial investigation of evidence during their conduct of the NS(R)D on the basis of the decision of the investigating judge on granting permission for carrying out of the NS(R)D-AV shooting and the resolution of the prosecutor on holding of the NS(R) D-control over the crime, on the basis of which, in particular, the money provided to the person for their transfer to the suspect as an unlawful benefit is reviewed.*

**Key words:** *Criminal proceedings, admissible evidence, accused, pre-trial investigation, doctrine, law.*