



**НАЦІОНАЛЬНА АСОЦІАЦІЯ
АДВОКАТІВ УКРАЇНИ**

ПРО НЕДОПУСТИМИ ДОКАЗИ

Методичні рекомендації для адвокатів



Харків-2019

УДК 343.14:347.132.142](072)

З-47

Практичний посібник підготовлено відомим адвокатом, Ректором Вищої школи адвокатури НААУ, членом Експертної ради НААУ **Зейканом Ярославом Павловичем**. Посібник є четвертою роботою автора у серії методичних матеріалів Національної асоціації адвокатів України, серед яких «Адвокатська техніка: методика підготовки прямого допиту і вступної промови», «Методика перехресного допиту у суді» та «Підготовка адвоката до цивільного процесу».

Зейкан Я. П.

З-47 Про недопустимі докази / Я. П. Зейкан. — Х. : Фактор, 2019. — 128 с.

ISBN 978-966-180-733-3

Володіння технічними прийомами, навичками та засобами, за допомогою яких адвокат здійснює захист прав та інтересів своїх клієнтів (адвокатська техніка), визначає рівень кваліфікації адвоката. Важливим є вміння скористатись помилками досудового слідства та виявлення недопустимих і очевидно недопустимих доказів.

У цьому посібнику розкрито алгоритм дій адвоката під час досудового слідства та у судовому процесі, які він має здійснити для виявлення недопустимих доказів.

УДК 343.14:347.132.142](072)

ISBN 978-966-180-733-3

© Зейкан Я. П., 2019

© ТОВ «Видавничий будинок «Фактор», 2019

ЗМІСТ

ВСТУП	5
АЛГОРИТМ ДІЙ АДВОКАТА НА ДОСУДОВОМУ СЛІДСТВІ	6
Про відкриття матеріалів іншій стороні (ст. 290 КПК)	8
Дослідження речових доказів у суді (ст. 357 КПК)	12
Дослідження документів (ст. 358 КПК)	15
Про дослідження звуко- і відеозаписів (ст. 359 КПК)	16
Проведення експертизи	17
ПРО НАЛЕЖНІСТЬ І ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ	20
Визнання доказів (фактичних даних) недопустимими	25
Очевидна недопустимість доказів	31
Про доктрину «плодів отруєного дерева»	46
Порядок і підстави визнання фактичних даних недопустимими як докази. Про докази, одержані за допомогою провокації	49
Визнання висновку експерта недопустимим доказом	61
Підстави для визнання фактичних даних недопустимими	64
Недійсність процесуальної дії та отриманих результатів при порушенні вимог ч. 6 ст. 107 КПК	67
Використання не зазначеної в ухвалі інформаційної системи або негласне отримання зразків	68
Проведення огляду або обшуку в іншому місці, ніж зазначено в ухвалі	68
Недотримання строків дії ухвали	69
Порушення при проведенні спостереження	70
Реалізація принципу «отруєне дерево дає отруєні плоди»	70
Катування	71
Порушення права на захист (ч. 3 ст. 129 Конституції України, п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК та ст. 6 КЗПЛ)	75
Право на перехресний допит	76
Недопустимими є також докази, що були отримані від свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні (п. 1 ч. 3 ст. 87 КПК)	78
Строки досудового розслідування	80

Невідкриття матеріалів	80
Контроль за вчиненням злочину	90
НС(Р)Д при перекваліфікації	93
Фіксування	94
Показання з чужих слів	95
Визнання недопустимим доказом на досудовому слідстві	97
Порушення таємниці нарадчої кімнати	99
Алібі	100
Без понять	100
За межами строку дії ухвали	100
Оперативна закупка з порушеннями	101
Незаконне внесення відомостей до ЄРДР	102
Приклади з адвокатської та судової практики	102

ВСТУП

Володіння технічними прийомами, навичками та засобами, за допомогою яких адвокат здійснює захист прав та інтересів своїх клієнтів (адвокатська техніка), визначає рівень кваліфікації адвоката.

Особливо важливим на цей час є вміння скористатись помилками досудового слідства, вміння підштовхнути слідчого, прокурора до помилок та виявлення недопустимих і очевидно недопустимих доказів. Змагальний процес (ст. 17, 20, 22, 321 Кримінального процесуального кодексу України¹) наділяє захист відповідними можливостями. З метою виявлення недопустимих доказів адвокат повинен здійснити комплексний аналіз кримінального провадження і вже на досудовому слідстві готуватись до майбутнього судового процесу.

Важлива роль належить і поясненням на обвинувальний акт, які передбачені ст. 20 КПК (дехто називає ці пояснення вступною промовою адвоката), де адвокат дає попередню оцінку обвинувальному акту та пояснює суду свою правову позицію у справі. На *підготовчому засіданні* адвокат може також у своїх клопотаннях працювати на випередження та продемонструвати загальні недоліки направлено до суду кримінального провадження, що дозволить з перших же кроків формувати у суду об'єктивне бачення справи.

Для майбутнього судового процесу особливо важливу роль відіграє дотримання адвокатом і обвинуваченням ст. 290 КПК та здійснення вимог КПК про дослідження доказів (ст. 352, 356, 357, 358 КПК).

¹ Далі за текстом — КПК.

АЛГОРИТМ ДІЙ АДВОКАТА НА ДОСУДОВОМУ СЛІДСТВІ

Алгоритм дій адвоката на цій стадії передбачає:

1) зустріч з клієнтом або особою, яка укладає договір на надання правової допомоги;

2) встановлення психологічного контакту, з'ясування обставин справи, ознайомлення з доступною інформацією у справі за допомогою реєстру судових рішень, попередня оцінка судової перспективи справи;

3) оформлення повноважень. У випадку, якщо стало відомо про наявність кримінальної справи з Інтернету, публікацій у пресі, повідомлення через телебачення, оформляється договір про надання допомоги як свідку;

4) з'ясовується питання, чи не є клієнт потенційним підозрюваним, обвинуваченим. Для цього проводиться його опитування, а також опитування інших осіб для прийняття рішення про роботу адвоката на випередження;

5) оформлення опитування здійснюється за правилами складання протоколу або у довільній формі як пояснень, де зазначено про згоду на проведення такого опитування. Відповідний документ надається для підпису клієнту. Зі згоди клієнта або опитуваного здійснюється аудіо- або відеозапис;

6) якщо інформація, поширена в Інтернеті, пресі або за допомогою телебачення, подана з порушенням презумпції невинуватості або порушує честь, гідність чи ділову репутацію фізичної або юридичної особи, то вживаються заходи захисту в цивільному порядку (проводиться опитування потенційних свідків у цивільній справі, направляються відповідні адвокатські запити та збираються докази, які можуть бути використані для майбутнього цивільного позову, вони ж можуть бути використані і в кримінальній справі у випадку пред'явлення підозри). У такий спосіб легалізуються дії адвоката, які, по суті, є підготовкою або роботою на випередження у кримінальній справі;

7) у процесі підготовки до цивільного або господарського процесу виявляються дані, які спростовують зареєстровану в ЄРДР кримінальну справу. Якщо клієнт допитаний як свідок (будучи потенційним

підозрюваним), то в порядку надання допомоги обвинувальній владі надаються наявні докази, які спростовують обвинувачення (наприклад, на підставі Закону України «Про звернення громадян»). Це можуть бути акти виконаних робіт, договори, рішення судів, експертизи, висновки фахівців тощо;

8) у випадку пред'явлення підозри укладається договір про надання правової допомоги адвокатом як захисником, оформляють ордер адвоката в порядку ст. 50 КПК. Оформлення ордера не обов'язкове за наявності належно оформленого договору про надання правової допомоги адвокатом як захисником.

Діючи як захисник, адвокат:

1. Вивчає матеріали справи та наявні фактичні дані, працює над одержанням перспективних доказів, які виправдовують клієнта; звертається до слідчого, прокурора в порядку ст. 221 КПК із вимогою про ознайомлення з матеріалами досудового розслідування.

2. Перевіряє, чи не пропущені строки досудового слідства, передбачені ст. 219 КПК, і в необхідних випадках звертається до слідчого, процесуального прокурора, слідчого судді.

3. Перевіряє правильність юридичної кваліфікації кримінального провадження.

4. Здійснює аналіз обставин справи, спеціальної літератури, судової практики та відповідних рішень ЄСПЛ. У необхідних випадках консультується у визначних фахівців у сфері кримінального права та процесу.

5. Складає адвокатське досьє, робить необхідні виписки з матеріалів.

6. Готує письмові або усні пояснення на підозру (у порядку ст. 20 КПК), до яких додає відповідні докази, у тому числі й одержані до пред'явлення підозри.

7. З'ясовує, чи дотримано процесуальні вимоги щодо призначення експертизи (на підставі ухвали слідчого судді).

8. Бере участь у засіданнях слідчого судді щодо застосування запобіжних заходів, у необхідних випадках оскаржує їх.

9. Якщо клієнт перебуває в СІЗО, вживає заходів до якнайшвидшої зустрічі з ним, з'ясовує, чи згоден клієнт, щоб ви вели його справу.

10. З'ясовує у клієнта його дані: про стан здоров'я, обставини затримання, про освіту, місце роботи, наявність судимості тощо.

11. Розробляє за участю клієнта попередню правову позицію у справі.
12. Здійснює підготовку клієнта до майбутніх допитів, проводить репетицію допиту.
13. Бере участь у допиті: здійснює запис запитань і відповідей та викладає у протоколі допиту свої зауваження.
14. Бере участь в обшуках та інших слідчих діях за участю клієнта.
15. Заявляє клопотання та подає скарги до слідчого судді на неправильні дії слідства.
16. Ретельно знайомиться з відкритими в порядку ст. 290 КПК матеріалами справи та в порядку ч. 9 ст. 290 КПК письмово підтверджує факт надання доступу до матеріалів із зазначенням найменування таких матеріалів.
17. Готує матеріали для подання до суду клопотань на підготовчче засідання суду, готує письмові пояснення на обвинувальний акт у порядку ст. 20 КПК (вступна промова) та пакет процесуальних документів, які вважає необхідними додати до цих пояснень.
18. Вирішує разом із клієнтом питання про суд присяжних у необхідних випадках.

ПРО ВІДКРИТТЯ МАТЕРІАЛІВ ІНШІЙ СТОРОНИ (СТ. 290 КПК)

Відповідно до ч. 1 ст. 290 КПК, визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акта, прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний повідомити підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування.

Прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості чи меншого ступеня винуватості обвинуваченого або сприяти пом'якшенню покарання.

Покладаючи на прокурора або слідчого обов'язок про надання доступу до матеріалів досудового розслідування, КПК чітко не вказує, яким має бути зміст такого повідомлення.

Вважаємо, що в такому повідомленні має бути перелік матеріалів, до яких надається доступ, із зазначенням найменування таких матеріалів. Тобто потрібно вказувати не тільки кількість сторінок і томів відкритих для ознайомлення матеріалів, а й речові докази (ч. 2, 3 ст. 290 КПК), із зазначенням найменування цих матеріалів. Саме таку вимогу повинен поставити перед слідчим і прокурором адвокат. У цьому випадку сторона захисту буде мати чіткий документ про те, які матеріали були надані в порядку ст. 290 КПК.

Про вчинення такої процесуальної дії, як ознайомлення з матеріалами досудового слідства, повинен би складатися протокол про надання доступу до матеріалів справи, що логічно впливає з ч. 1 ст. 104 КПК. Саме у протоколі фіксуються хід і результати проведення процесуальної дії. Отже, у протоколі в такому випадку повинен бути вказаний перелік наданих матеріалів справи, із зазначенням їх найменування, а не кількість томів, наданих для ознайомлення.

Як відомо, ці томи в подальшому розшиваються і суду надаються не всі матеріали, які надавались для ознайомлення. Адвокат Олег Несінов правильно звертає увагу, що «хибною <...> є практика, коли відкриті стороні захисту матеріали кримінального провадження потім розшиваються і надаються суду лише частково»¹.

Важливим є й застереження у ч. 1 ст. 290 КПК про те, що прокурор здійснює певну процедуру визнання доказів достатніми для складання обвинувального акта. На цю важливу обставину звертає особливу увагу О. Несінов. Адже ч. 2 ст. 9 КПК зобов'язує слідчого, прокурора дослідити обставини кримінального провадження та надати їм належну правову оцінку. Для того, щоб дати обставинам належну правову оцінку відповідно до вимог ст. 91 КПК, необхідно зібрати, перевірити та оцінити одержані докази (ст. 92 КПК).

Відповідно до ч. 1 ст. 94 КПК слідчий, прокурор «<...> за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ із погляду належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів — з погляду

¹ Несінов О. М. Складові успіху у кримінальному процесі. Харків : «Права людини», 2018. С. 11.

достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення»¹.

Відповідно до вимог ч. 1, 3 ст. 110 КПК рішення слідчого, прокурора приймаються у формі постанови. Отже, слідчі і прокурори повинні обґрунтовувати свої рішення щодо оцінки доказів у письмовій формі, як це роблять і суди, — зазначає О. Несінов. До цього спонукають і такі засади кримінального процесу, як законність (п. 2 ч. 1 ст. 7 КПК), публічність (п. 18 ч. 1 ст. 7 КПК), вимоги ч. 6 ст. 9 КПК та інші. Тому оцінка доказів у вигляді письмової постанови має бути передумовою складання обвинувального акта, — вважає О. Несінов². Захисникам доречно користуватись цією аргументацією та вимагати такий документ при ознайомленні з матеріалами, незалежно від того, чи підтримує таку позицію судова практика.

Отже, факт надання доступу до матеріалів сторона захисту повинна підтверджувати не просто розпискою про ознайомлення з усіма матеріалами досудового розслідування. Згідно з ч. 9 ст. 290 КПК *сторона захисту зобов'язана підтвердити факт надання доступу до матеріалів із зазначенням найменування таких матеріалів. Отже, сторона має описати кожен доказ.* Це унеможливить зловживання із перенумерацією сторінок провадження, їх заміною та долученням нових доказів після ознайомлення.

З огляду на правила ч. 6 ст. 290 КПК, сторона захисту зобов'язана надати доступ до зібраних доказів *за запитом прокурора.* Однак *захист має право не надавати прокурору доступ до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого.*

Захист має право прийняти рішення про надання чи ненадання прокурору доступу до таких матеріалів *після закінчення ознайомлення сторони захисту з матеріалами досудового розслідування.* Одержавши запит прокурора про надання матеріалів захисту, адвокат повідомляє останнього (як правило, цінним листом, телеграмою або в електронному вигляді) про їх надання, зазначивши місце, де прокурор може з ними ознайомитись. Це може бути і офіс адвоката.

Момент відкриття матеріалів стороною захисту доцільно визначати моментом завершення ознайомлення із матеріалами слідства. У випадку із листом захист лише повідомляє прокурора про можливість ознайом-

¹ Несінов О. М. Там само. С. 32-33.

² Несінов О. М. Там само. С. 34.

лення із матеріалами. Надалі у суді буде складно підтвердити факт ознайомлення прокурора з матеріалами, якщо він не прибув для ознайомлення у визначені місце та час. Прокурор повинен надати розписку або перелік матеріалів, з якими його ознайомлено, із зазначенням про найменування цих матеріалів. Якщо ви порушите порядок відкриття матеріалів стороні обвинувачення, суд не зможе допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Порядок відкриття матеріалів іншій стороні під час судового розгляду належним чином не врегульований. Є тільки норма із розділу «Досудове розслідування» — ч. 11 ст. 290 КПК: «Сторони кримінального провадження зобов'язані здійснювати відкриття одне одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду».

Прокурора і потерпілого можна ознайомити безпосередньо перед початком судового засідання, надати копії матеріалів, а під час судового засідання заявити клопотання про долучення матеріалів із посиланням на ч. 11 ст. 290 КПК.

Захисник може заявити клопотання про долучення нових матеріалів до кримінальної справи. Після цього на підставі ч. 11 ст. 290 КПК можна надати іншій стороні — прокурору та потерпілому — матеріали для огляду та долучити їх до кримінальної справи.

Під час судового розгляду захисник може зробити заяву про відкриття матеріалів прокурору та потерпілому і надати їм матеріали для огляду. Після огляду такі матеріали долучаються до кримінальної справи.

Верховний Суд України у постанові від 16.03.17 р. у справі № 671/463/15-к висловив таку правову позицію: *ч. 12 ст. 290 КПК фактично передбачає кримінальну процесуальну санкцію стосовно сторін кримінального провадження, в разі невиконання сторонами обов'язку щодо відкриття матеріалів. Санкція полягає в тому, що в майбутньому суд не має права допустити відомості як докази в невідкритих матеріалах. Так, невідкриття сторонами кримінального провадження одна одній матеріалів суттєво зменшує їх доказову базу, що, у свою чергу, може негативно вплинути на законність та обґрунтованість прийнятого судом рішення.*

Невідкриття матеріалів сторонами одна одній у порядку ст. 290 КПК після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, є підставою

для визнання судом відомостей, що містяться в них, недопустимими як докази.

Враховуючи наведену правову позицію ВСУ, можна її відстоювати в суді, якщо вона йде на користь захисту. Отже, матеріали, які існували під час досудового розслідування, але не відкривались іншій стороні, позбавлені доказового значення під час судового розгляду¹. Якщо ж матеріали об'єктивно отримані або з'явилися вже під час судового розгляду, то вони матимуть доказове значення у випадку виконання вимог п. 11 ст. 290 КПК про відкриття таких матеріалів іншій стороні.

У всякому разі діє правило – матеріали справи обов'язково потрібно відкривати іншій стороні, інакше вони не матимуть доказового значення.

Матеріали захисту (докази, клопотання, заяви, відповіді на них тощо) доцільно додавати до письмового пояснення на обвинувальний акт (ст. 20 КПК) залежно від тактики захисту. У певних випадках надаються письмові пояснення, і до них може бути доданий реєстр процесуальних дій захисту протягом досудового слідства або ж надаються докази, клопотання, заяви, запити, вимоги, які подавав захист, та відповіді на них. Так, за аналогією з обвинувальним актом, може бути сформований пакет документів захисту, який можна надати суду.

ДОСЛІДЖЕННЯ РЕЧОВИХ ДОКАЗІВ У СУДІ (СТ. 357 КПК)

1. *Речовими доказами* є матеріальні об'єкти, які були знаряддями вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, що можуть бути використані як докази факту чи обставин, які встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об'єктом протиправних дій. Речові докази повинні подаватись до суду для огляду в запакованому вигляді згідно зі встановленими правилами. Весь процес огляду речових доказів відображається в журналі судового засідання.

Речові докази є одним із процесуальних джерел доказів (див. ст. 84 КПК), під час судового розгляду вони оглядаються судом і подаються для ознайомлення учасникам судового провадження, а в разі необхідності – також іншим учасникам кримінального провадження.

¹ Така позиція все ж видається спірною.

Перед початком дослідження речових доказів головуючий повинен оголосити, який саме речовий доказ буде оглядатися, одночасно роз'яснюючи учасникам огляду їх право звертати увагу суду на ті чи інші обставини, пов'язані з річчю та її оглядом. Першим оглядає речові докази суд, а потім інші учасники судового розгляду. Особливості речових доказів, на які звернули увагу сторони кримінального провадження, відображаються в журналі судового засідання.

Перш ніж приступити до дослідження доказів, суд повинен би перевірити, чи ці докази відкривались стороні в порядку ст. 290 КПК. Захисник не повинен покладатись на суд. Тому він повинен мати під рукою копію свого письмового підтвердження про надання доступу із зазначенням найменування цих матеріалів та в кожному випадку перевіряти, чи відкривався той чи інший доказ у порядку ст. 290 КПК.

Частиною 12 ст. 290 КПК чітко та безальтернативно визначено, що *якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.*

Суди схильні допомагати прокуратурі (обвинувальний ухил нікуди не подівся), тому при ознайомленні в порядку ст. 290 КПК обов'язково залишайте собі копію наданого прокуратурі **підтвердження факту відкриття матеріалів з їх найменуванням.**

Іноді слідчий складає протокол і просить підписати його на підтвердження факту відкриття матеріалів. Тоді в обов'язковому порядку просить надати вам копію цього протоколу з відміткою слідчого або прокурора, що протокол з відміткою одержано. Так само потрібно перевіряти й інші докази: документи, відеозаписи тощо.

2. У ході судового розгляду дослідження речових доказів може бути здійснене у будь-який його момент за клопотанням сторони кримінального провадження або за ініціативою суду.

3. Якщо речові докази не можна доставити в судові засідання, то за наявності клопотання сторін або з власної ініціативи суд може провести огляд речового доказу за місцем його розташування. У такому разі огляд речових доказів відбувається за правилами, встановленими для проведення огляду місцевості, приміщення, речей та документів (див. ст. 237 КПК). Проведення огляду таких речових доказів і його результати відображаються в протоколі огляду речового доказу судом на місці.

4. Протокол огляду речових доказів, складений під час досудового розслідування, може бути долучений до матеріалів кримінального провадження і досліджений у випадку неможливості тривалого зберігання товарів або продукції, що швидко псується. Одночасно з протоколом повинні бути досліджені матеріали фотозйомки і відеозапису та інші носії інформації, які відображають речові докази. У разі виявлення невідповідностей відображення обставин стосовно речових доказів у протоколах і їх безпосередньому дослідженні головуючий за власною ініціативою або за клопотанням сторін судового провадження приєднує такий протокол до матеріалів кримінального провадження і з'ясовує причини такої ситуації шляхом проведення процесуальних дій.

5. Пред'явлення речових доказів свідкові, потерпілому чи обвинуваченому повинно відбуватися як під час, так і після проведення їх допиту. У разі необхідності для надання допомоги у дослідженні речових доказів можуть бути залучені експерти чи спеціалісти, що їх оглядали. Учасники судового провадження мають право ставити запитання з приводу речових доказів свідкам, потерпілим, обвинуваченим, експертам і спеціалістам. Отже, адвокат своєчасно повинен потурбуватись, щоб відповідні свідки, експерти та спеціалісти були викликані до суду на момент дослідження речових доказів відповідно до процедури судового розгляду та ст. 349 КПК.

Виходячи з вимог ст. 290 КПК, прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надати доступ до приміщення або місця, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем держави, і прокурор має намір використати відомості, що містяться в них. Якщо речові докази отримано стороною обвинувачення до завершення досудового розслідування, то вони не є додатковими матеріалами і мали бути відкриті іншій стороні після завершення досудового слідства і до направлення обвинувального акта до суду.

Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Отже, якщо суд підігрує в цих питаннях прокурору і намагається в непередбачений законом спосіб штучно створити видимість допустимості доказів, то такий суддя не може бути визнаний безстороннім.

Адвокат у таких випадках повинен реагувати своїми запереченнями на порядок проведення процесуальної дії (п. 10 ч. 3 ст. 42 та ч. 4 ст. 46 КПК). Якщо це не допомагає, то реакцією захисника на такі дії має бути заява про відвід суду з мотивів сумнівів у його неупередженості¹.

ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКУМЕНТІВ (СТ. 358 КПК)

До дослідження документів потрібно готувати суд ще з підготовчого засідання. Відповідно до ст. 315 КПК на підготовчому засіданні суд вирішує питання про виклик осіб для допиту, а також про витребування певних речей чи документів. Адвокат вже тоді може зазначити у клопотанні про витребування певних документів, а також про виклик свідків, спеціалістів та експертів, які оглядали документи і до яких можуть бути подані запитання.

Згідно з ч. 2 ст. 92 КПК обов'язок доказування належності та допустимості доказів покладається на сторону, яка їх надає. Якщо їх надає захисник, то й обов'язок доказування допустимості таких доказів лежить, відповідно, саме на ньому. Матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані (ч. 2 ст. 99 КПК), зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», є документами та можуть використовуватися в кримінальному провадженні як докази. При цьому згідно з ч. 2 ст. 8 зазначеного Закону прийняття рішення про проведення оперативно-розшукових заходів, подання та розгляд відповідних клопотань, фіксація та використання їх результатів, проведення цих заходів до постановлення ухвали слідчого судді регулюються згідно з положеннями глави 21 КПК. Враховуючи сказане, можна дійти висновку, що доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому законом. Предметом оцінки суду виступають не докази, а фактичні дані, які набувають значення доказів лише після їх верифікації у суді і прийняття судом відповідного рішення. Тому правильним є формулювання «визнання фактичних даних недопустимими як докази» замість нормативного формулювання «недопустимі докази»².

¹ При написанні підрозділу використані матеріали адвоката О. Несінова.

² Панова А. В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2016. 20 с. — С. 13.

У суддів є спокуса провести якомога швидше дослідження документів, формально зачитавши їх. Однак такого формалізму не можна допускати. Документ повинен надаватись адвокату для ознайомлення. Після ознайомлення з документом адвокат має право поставити запитання свідкам, спеціалістам та експертам, які оглядали документ.

Частина 3 ст. 89 КПК передбачає право сторони подавати під час судового розгляду клопотання про визнання певного доказу недопустимим. Сторона може наполягати на тому, що певний доказ є очевидно недопустимим, а тому це тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження (ч. 2 ст. 89 КПК). Отже, адвокат, починаючи з підготовчого засідання, повинен продумати порядок дослідження документів та завчасно подати клопотання про недопустимість доказів, їх очевидну недопустимість, а також про допит осіб у зв'язку з досліджуваними документами.

Відповідно до ч. 3 ст. 358 КПК, якщо в адвоката є сумніви у достовірності документа, можна просити про його виключення з числа доказів або призначити відповідну експертизу такого документа. Про цю обставину також варто зазначати ще в поясненнях на обвинувальний акт.

ПРО ДОСЛІДЖЕННЯ ЗВУКО- І ВІДЕОЗАПИСІВ (СТ. 359 КПК)

Звукозапис та відеозапис згідно з п. 1 ч. 2 ст. 99 КПК належать до документів і визнаються речовими доказами за умови, що вони містять зафіксовані за допомогою зображення або звуку відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження. Демонстрація відеозапису або відтворення звукозапису проводяться в залі судового засідання або в спеціально обладнаному приміщенні. У необхідних випадках можуть запрошуватись спеціалісти. Якщо предметом відтворення та демонстрації є особисті записи, зміст телефонних розмов, телеграфних та інших повідомлень, суд для запобігання розголошенню відомостей про особисте та сімейне життя, з власної ініціативи чи за клопотанням сторони, може прийняти рішення про дослідження таких записів у закритому судовому засіданні. У журналі судових засідань фіксується початок проведення процесуальної дії, а також основні технічні характеристики обладнання та носіїв інформації.

Після прослуховування або перегляду головуючий повинен надати можливість сторонам та іншим учасникам висловити свою думку щодо побаченого або почутого. У разі необхідності відтворення звуку або перегляд зображення можуть бути повторені повністю або частково. У необхідних випадках може бути проведено повторний допит свідка, експерта, потерпілого. Сторона може заявити клопотання про підробку та призначення відповідної експертизи цих доказів.

На практиці зустрічались випадки, коли одержану інформацію і пояснення сторони намагались оформити та видати як слідчий експеримент. Тому адвокат потрібно виявляти пильність у цих питаннях.

ПРОВЕДЕННЯ ЕКСПЕРТИЗИ

У ч. 2 ст. 101 та ч. 1 ст. 242 КПК передбачено право самостійно ініціювати проведення експертизи. Однак при цьому не забезпечуються права підозрюваного, які раніше були передбачені ст. 197 КПК 1960 року. Тим більше, не забезпечуються права майбутнього підозрюваного у випадках, коли експертиза проводиться до пред'явлення підозри.

Адвокат О. Несінов вважає проведення такої експертизи без участі підозрюваного порушенням права на захист і підставою для визнання такої експертизи недопустимим доказом¹.

Питання проведення експертизи регулюються як нормами КПК, так і відповідною Інструкцією, якою повинен керуватись адвокат (**Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 08.10.98 р. № 53/5²** (у редакції від 26.12.12 р. № 1950/5).

Адвокат перевіряє законність підстав проведення експертизи, наявність доручення слідчого судді чи суду, наявність відповідного клопотання. Перевіряється відповідність клопотання вимогам ст. 244 КПК, а також Інструкції № 53/5.

Відповідно до ст. 332 КПК під час судового розгляду за клопотанням сторін або потерпілого суд має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам. Не допускається проведення експертизи з питань права.

Висновок експерта в кримінальній справі є процесуальним джерелом доказів (ч. 2 ст. 84 КПК). Такий висновок не має наперед

¹ Несінов О. М. Там само. С. 65.

² Далі за текстом — Інструкція № 53/5.

встановленої сили (ч. 2 ст. 94 та ч. 2 ст. 242 КПК). Але так вже склалася судова практика в Україні, що для суддів висновки експертів слугують опорною точкою при написанні вироку. Це пов'язано з тим, що спростувати експертизу можна тільки іншим експертним висновком. А в реальній практиці України експерти всіляко підтримують попереднього експерта.

Як зазначає О. Несінов, «особливо це стосується судово-медичних експертиз, що проводяться обов'язково (ч. 2 ст. 242 КПК)¹. Суд має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи незалежно від наявності клопотання, якщо суду надано кілька висновків експертів, які суперечать один одному, а допит експертів не дав змоги усунути виявлені розбіжності.

Заявляючи клопотання про проведення експертизи, захисник повинен аргументувати свою позицію. На практиці захисники в таких випадках попередньо звертаються до Міністерства юстиції України з метою ревізії експертного висновку або залучають спеціаліста, який може надати розгорнуту критику експертного дослідження, яке вже є у справі.

Дотримуючись формального **Порядку проведення рецензування висновків судових експертів та висновків експертних досліджень, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 25.05.15 р. № 775/5²**, але без звернення до Мін'юсту, спеціаліст може як проаналізувати висновки експерта, так і посприяти вдосконаленню професійної майстерності експертів, поліпшенню якості та обґрунтованості їх висновків, — наголошує адвокат і колишній експерт А. С. Федчишин. Як правило, адвокати критикують висновки експертів, намагаючись не вступати на їх поле діяльності. Однак якщо потрібно ґрунтовно оспорити висновки експерта, то залучають іншого експерта або спеціаліста, який може зі знанням справи вказати на ті помилки і упущення, які допустив експерт, тобто провести ревізію висновків експертизи.

Оскарження експертних висновків за допомогою рецензій, які складені не за нормами Порядку № 775/5, тобто без звернення до Мін'юсту, на практиці існує, хоч і піддається критиці як з боку суддів, так і з боку самих експертів. Адвокати при цьому виходять з положення закону про те, що жоден доказ не має наперед встановленої сили (ст. 94, а також п. 3 ч. 2 ст. 332 КПК).

¹ Несінов О. М. Там само. С. 69.

² Далі за текстом — Порядок № 775/5.

«Бийте» експерта на чужій для нього території. Витягніть експерта із затишної раковини спеціальної компетенції, професійної термінології на простір, що продувається вітром скепсису і здорового глузду. Зірвіть із нього маску об'єктивної науки, яку він нібито представляє. Покажіть його шкурний інтерес у справі, якщо він є. Примусьте його говорити мовою звичайних людей: нехай він переведе результати своїх досліджень у зрозумілі, категоричні і прості роз'яснення. Не зможе — отже, немає йому віри з боку присяжних. Немає сенсу в суді присяжних пускатися в наукові дискусії, які не під силу звичайному, непідготовленому розуму.

У висновків експертизи повинен бути здоровий глузд, а не теоретична і наукова глибина. Прості люди не любляють розумників, якщо не розуміють того, що ті роблять, і не бачать практичних результатів їх діяльності. Хоча деякі експерти просто облудники і дуті величини, які намагаються приховати за хмарою термінологічного пилу свою недбалість або невміння. Треба виходити з того, що експерт противника приготувався якомога більше нашкодити вам і скористатися для цього будь-якою можливістю, яку ви йому необережно надасте. Такі свідки зазвичай розумні, проникливі і спритні. Вони приходять до суду добре підготовленими з предмета, щодо якого дають свідчення.

Отже, у справах, де є експертизи для адвокатів, важливо поставити під сумнів результати експертизи, спрямованої проти клієнта, використовуючи загальні можливості, передбачені КПК. Для цього перевіряються всі етапи призначення експертизи і порівнюється те, що відбулося де-факто.

ПРО НАЛЕЖНІСТЬ І ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ

Вважаються дискусійними певні властивості доказів, такі як сила, значимість, достатність тощо. У правовій літературі наголошується, що лише у ст. 85 та 86 КПК 2012 року вперше в кримінальному процесі сформульовано критерії визначення належності та допустимості доказів, хоч у теоретичному плані ці питання особливих дискусій не викликали.

Але відсутність нормативного вирішення цих питань викликала проблеми у судовій практиці. Установка на тотальну боротьбу зі злочинністю, в основу якої покладено як головний показник не реальні результати, а статистичні звіти про розкриття злочинів, веде до порушень прав людини. За таких умов превалює принцип «краще притягнути до відповідальності десять невинних, аніж звільнити одного винного». Легкість, з якою можна занести дані в ЄРДР та зареєструвати кримінальне провадження, створила певну внутрішню суперечність у самій ідеології КПК. Зареєструвавши кримінальне провадження, слідчий, прокурор зобов'язані проводити досудове слідство. І вони це роблять навіть за наявності достатніх доказів, які дають підстави для закриття провадження.

Ось дані з практики тільки одного адвоката: за період з 2013 по 2018 роки у адвоката було 12 справ, з яких 11 були закриті провадженням за відсутності складу злочину без пред'явлення підозри. Одна справа була закрыта після пред'явлення підозри за відсутності складу злочину. Але по більшості з них проводились негласні слідчі дії, обшуки, експертизи. Були затрачені державні кошти і час слідчих та прокурорів. Адвокат, маючи тільки статус особи, яка надає правову допомогу свідку (потенційному підозрюваному), в порядку «допомоги» слідчому надавав експертні висновки та інші фактичні дані, які спростовували дані, внесені в ЄРДР. По суті, адвокатом здійснювався квазізахист під виглядом допомоги слідству¹. Про наявність зареєстрованого кримінального провадження адвокат та його клієнт дізнавалися з Інтернету, куди «злили» інформацію слідчі.

Звичайно, ст. 284 КПК містить достатньо підстав для закриття кримінального провадження. Частина 4 ст. 284 КПК, зокрема, передбачає, що слідчий приймає рішення у випадках, передбачених пп. 1,

¹ З архіву Я. Зейкана.

2, 4, 9, 10 ч. 1 ст. 284 КПК. Пункт 10 доповнено абзацом: «Слідчий, прокурор зобов'язані закрити кримінальне провадження також у разі, коли строк досудового розслідування, визначений ст. 219 цього Кодексу, закінчився та жодній особі не було повідомлено про підозру».

Але закриття кримінального провадження — справа відповідальна, і слідчий, як правило, не бажає брати на себе таку відповідальність. Ось і ведеться безглузде розслідування, яке не має судової перспективи. За це не карають.

Отже, в Україні створено ситуацію, характерну для поліційної держави. Десятки, а то й сотні тисяч справ, у яких громадяни, навіть не знаючи, що проти них ведеться досудове слідство, підлягають тотальній перевірці із застосуванням негласних слідчих дій. І за весь цей час громадяни навіть не можуть захищатись, оскільки не мають певного процесуального статусу. У кращому випадку вони можуть мати статус свідка, показання якого є недопустимим доказом у випадку пред'явлення йому підозри та обвинувачення.

За ст. 84 КПК доказами є фактичні дані, які достовірно відображають події минулого, отримані у передбаченому Кодексом порядку. Необхідно усвідомлювати, що такі фактичні дані можуть подаватись як обвинуваченням, так і захистом.

Відсутність єдиного підходу до інституту допустимості та належності доказів викликає дискусію не тільки навколо питання щодо процесуальних рішень у кримінальному провадженні на підставі доказів, отриманих з порушенням процесуальної форми, а й щодо юридичної сили таких доказів¹.

Зміст допустимості як властивості кримінально-процесуального доказу складається з чотирьох правил (умов, критеріїв): 1) належного суб'єкта його отримання, 2) законності джерела відомостей; 3) використання для їх отримання лише передбаченої законом слідчої або судової дії; 4) проведення слідчої або судової дії з дотриманням встановлених законом вимог².

Фактичні дані повинні бути одержані з такого джерела відомостей, яке здатне встановлювати факт, який має значення для справи.

¹ Малярова В. О. Належність та допустимість доказів у кримінальному провадженні. Науковий вісник Ужгородського національного університету, 2016. С. 119.

² Сергеева Д. Б. Допустимість доказів у теорії та КПК 2012 року. Вісник кримінального судочинства № 3/2015. С. 81.

Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів. У ст. 86 КПК визначено, що доказ вважається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому Кодексом. Отже, недотримання цього порядку є визначальним при вирішенні питання про недопустимість цього доказу.

Допустимість доказу визначається насамперед його надійністю (достовірністю), для чого потрібно знати джерело походження інформації, можливість її перевірки й спростування. Вважається, що до критеріїв допустимості слід віднести етичність тактичних прийомів, за допомогою яких одержано ці фактичні дані, їх одержання суб'єктом, який має право проводити процесуальні дії. Зміст фактичних даних повинен бути надійним, та при їх отриманні повинна бути дотримана відповідна процесуальна форма. Основним критерієм тут є конституційна норма: «Обвинувачення не може ґрунтуватись на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях» (ч. 3 ст. 62 Конституції України). Така ж позиція закріплена й у ч. 3 ст. 17 КПК, де визначено презумпцію невинуватості людини. При цьому необхідно також враховувати ч. 2, 3 ст. 88 КПК, де визначено окремі випадки допустимості доказів (тобто коли сторони погоджуються на визнання певного доказу, і вони подаються для доказування, що обвинувачений діяв із певним умислом, або ж їх подає сам обвинувачений тощо).

Дотримання процесуальної форми отримання доказу як встановленого кримінальним процесуальним законом порядку, що забезпечує можливість перевірки процесу його отримання, й робить доказ допустимим. Іншими словами, доказ, отриманий відповідно до процесуальної форми, набуває такої внутрішньої властивості, як допустимість. Отже, поняття «допустимість доказу» та «процесуальна форма» отримання доказу співвідносяться як мета діяльності й умова її досягнення. Проте якщо процесуальну форму розглядати у <...> широкому розумінні, то точка зору, що правила, які регулюють допустимість доказу, є одним із елементів процесуальної форми, є також правильною¹.

Відсутність процесуальної форми отримання доказів шляхом, наприклад, обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267 КПК), контролю за вчиненням злочину

¹ Сергеева Д. Б. Там само. С. 81.

(ст. 271 КПК) тощо, що до того ж проводяться за дорученням слідчого уповноваженим оперативно-розшуковим підрозділом та фіксація яких здійснюється відповідно до п. 4.1 **Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні**, затвердженої спільним наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Міністерства фінансів України, Адміністрації Державної прикордонної служби України та Міністерства юстиції України від 16.11.12 р. № 114/1042/516 /1199/936/1681/51¹, що не відповідає загальним правилам фіксації кримінального провадження, призводить до наявності реальних можливостей зловживань, фальсифікації доказів, порушень прав і свобод людини.

На наш погляд, результатом проведення НСРД та інших заходів, передбачених ч. 2, 3 ст. 93 КПК, повинні бути докази у кримінальному провадженні, проте КПК має містити низку дієвих механізмів, які б створювали процесуальні гарантії від незаконного втручання в приватне життя людини органами досудового розслідування та отримання за їх результатами доброякісних судових доказів.

Типовими шляхами усунення вищевказаних протиріч між загальними дефініціями (ч. 1 ст. 84, ст. 86 КПК) та положеннями, що визначають порядок отримання окремих видів доказів, є законодавче визначення процесуальної форми отримання всіх видів доказів або, за певних умов, відповідні правові позиції Верховного Суду з опорою на рішення ЄСПЛ.

Виключення вимоги дотримання процесуальної форми процесу отримання доказу, на наш погляд, є неприйнятним, оскільки встановлення процесуальної форми проведення окремих заходів із отримання доказу (НСРД; заходів, передбачених ч. 2 ст. 93 КПК та інших) суперечить їх сутності.

На сьогоднішньому етапі розвитку правосвідомості суспільства та працівників правоохоронних, правозахисних та судових органів, процесуальна форма отримання окремих видів доказів, зокрема отриманих за результатами провадження НСРД, а також інших процесуальних дій, повинна бути більш чітко визначена у кримінальному

¹ Далі за текстом — Інструкція про НСРД.

процесуальному законодавстві, що потребує і наукових пошуків у цьому напрямі.

На практиці виникає запитання, а коли саме суд повинен визначитись із допустимістю доказу? Деякі практики вважають, що це має відбуватись тоді, коли прокурор або захисник подає певні фактичні дані, які вважає доказами. Мовляв, у цей момент суддя «допустив» ці фактичні дані до судового розгляду. Тут є певна підміна понять. Обвинуваченню і захисту належить право подати певні фактичні дані, які вони вважають доказами, а в суду є обов'язок долучити ці матеріали до справи.

На етапі долучення матеріалів кримінального провадження питання допустимості доказів не вирішується. Хоч адвокат може в цей момент заявити, що доказ, який подається, є недопустимим. Як правило, він наразиться на реакцію судді в тому плані, що ми зараз не досліджуємо докази, а тільки долучаємо їх.

Питання достовірності, допустимості, належності фактичних даних та вирішення питань недопустимості доказів визначаються під час їх дослідження, а процесуальні рішення щодо них, як правило, приймаються у нарадчій кімнаті. У разі встановлення **очевидної недопустимості** доказу під час судового розгляду суд негайно визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість його дослідження або припинення його дослідження в судовому засіданні. Сторони мають право під час судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими (ч. 1 — 3 ст. 89 КПК).

Джерело фактичних даних (відомостей) 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 показання захисника, священнослужителя, лікаря, 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 тощо).

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.

ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ (ФАКТИЧНИХ ДАНИХ) НЕДОПУСТИМИМИ

Загальні питання.

Визначившись із правовою позицією у справі, адвокат разом із клієнтом вирішує тактичні завдання, спрямовані на вирішення обраної позиції у справі. До них належать і питання з'ясування належності, достовірності і допустимості доказів та виявлення недопустимих доказів.

Щодо дослідження доказів адвокатами напрацьована певна технологія, яка повинна бути ув'язана також із рішеннями ЄСПЛ:

- чи належним є джерело одержання доказу;
- чи належить доказ до предмета доказування;
- чи одержано доказ правомочним суб'єктом відповідно до КПК;
- чи дотримана процесуальна форма одержання доказу;
- чи не був порушений процесуальний порядок його одержання;
- чи були дотримані права підозрюваного, обвинуваченого при одержанні доказу;
- чи не є доказ внутрішньо суперечливим та чи не суперечить він іншим доказам з точки зору місця, часу, змісту;
- чи досліджені докази складають достатню сукупність для прийняття процесуальних рішень судом;
- чи є підстави для визнання наявних у справі доказів недопустимими;
- чи є можливість поставити під сумнів докази обвинувачення при проведенні прямого і перехресного допиту;
- чи дотримані вимоги щодо фіксації процесуальної дії за допомогою технічних засобів.

У будь-якому разі необхідно якнайшвидше ставити питання про недопустимість доказів, якщо є підстави, передбачені ст. 87, 88, 89, 97 КПК, готуючи до цього суд. Так, зокрема, вважає американський адвокат Джеррі Спенс, який протягом 40 років не програв жодної справи.

За правилами КПК 2012 року сторони під час досудового розслідування збирають матеріали (фактичні дані), які на етапі судового провадження в умовах змагальної судової процедури визнаються доказами судом.

Критично оцінюючи КПК, науковці наголошують, що він є «гібридом процесуальних моделей» (В. Точилівський), проектна робота якого «точилася не на підставі добре відпрацьованої теоретичної моделі кримінального процесу, а радше методом пошуку та еклектичного

склеювання фрагментів процесуальних порядків різних типологій» (В. П. Гмирко)¹.

У результаті в Україні одночасно використовуються технології правового регулювання, які притаманні як континентальній, так і англо-американській моделі доказування². Тому практикуючі адвокати повинні використовувати досвід як адвокатів континентальної Європи, так і англо-американських адвокатів. Слід враховувати й ідеологію англо-американської доктрини про те, що судовий процес — це спектакль, поставлений двома режисерами: прокурором і адвокатом. І такий спектакль готується сторонами заздалегідь. В інквізиційному процесі режисером такого спектаклю є суддя. Й українські судді ніяк не можуть відійти від своєї ролі режисера в інквізиційному процесі, у зв'язку з чим і виникають проблеми, на які неодноразово вказував відомий адвокат Л. О. Шалімов.

Тому й не дивно, що Кодекс містить певні внутрішні суперечності і колізії, які на практиці потрібно усувати прокурорам, адвокатам та суддям.

Збирання доказів здійснюють, крім слідчих, і сторона захисту, і потерпілий, і представник юридичної особи. Усі нормативні приписи, що стосуються підстав і порядку визнання доказів недопустимими, розраховані виключно на одного суб'єкта, а саме на суд. Згідно з ч. 2 ст. 23 КПК не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом³.

Адвокат О. Несінов порушив проблему обвинувального акта, яка актуальна насамперед для адвокатів. Обвинувальний акт є процесуальним рішенням, яким завершується досудове розслідування. У такому акті підбиваються підсумки досудового слідства та обґрунтовуються докази і висновки слідчого та прокурора. Логіка такого акта вимагає посилання на докази.

Визнання отриманих фактичних даних допустимими доказами виключно судом відповідає змагальній моделі кримінального процесу та посилює можливості захисту порівняно з КПК 1960 року і забезпечує

¹ Цит. за книгою: Панова А. В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні. Харків: Право, 2017. 256 с. С. 25.

² Панова А. В. Там само. С. 25.

³ Панова А. В. Там само. С. 12.

реалізацію права на справедливий суд. Деякі науковці висловлюють позицію, що поняття «доказ» стає таким лише на стадії остаточної оцінки судом, а стосовно інших стадій необхідно використовувати термін «інформаційний процесуальний документ» (Ю. П. Боруленков)¹.

Аналіз судової практики засвідчує, що на сьогодні однією з основних стратегій захисту є породження в суду сумнівів щодо допустимості доказів, або, як зазначає О. С. Александров, — процедурна деконструкція доказових фактів². У зв'язку з цим «необхідно виключити із поняття доказів, що міститься у ст. 84 КПК, слідчого, прокурора, оскільки ці особи не є суб'єктами визнання фактичних даних доказами, адже вони виступають лише суб'єктами формування доказів»³.

А. В. Панова вважає за доцільне використовувати замість поняття «докази» словосполучення «фактичні дані», що перебуває у логічному взаємозв'язку з п. 7 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», відповідно до якого адвокат має право «збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази, в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою»⁴.

Така позиція ґрунтується на системному аналізі положень КПК 2012 року і вигідна для адвокатів. У процесі судового розгляду адвокати наполягають на дослідженні доказів з їх участю та відповідно до ст. 20, 22 КПК подають свої усні та письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення та самостійно обстоюють свої правові позиції, права, свободи і законні інтереси засобами, передбаченими законом. Слово «обстоювати» означає захищати когось, боронити, відкидаючи заперечення, добиватися визнання, виконання чого-небудь; наполягати на чомусь.

На практиці окремі судді, незважаючи на прямі вимоги закону, не схильні надавати такі можливості захисту. Твердження про те, що подані обвинуваченням матеріали є поки що тільки «фактичними даними», можуть бути включені захистом до аргументації щодо необхідності вислухати доводи захисту стосовно того чи іншого «доказу».

¹ Панова А. В. Там само. С. 14.

² Александров А. С. «Похвала» теории формальных доказательств. Известия вузов. Правоведение. 2002. № 4. С. 34-37.

³ Панова А. В. Там само. С. 14.

⁴ Панова А. В. Там само. С. 15.

Отже, КПК 2012 року ввів у судову практику певний стандарт для оцінки доказів — змагальний судовий розгляд, що є тим ситом, через яке пропускаються «фактичні дані», щоб в умовах справедливого судового розгляду забезпечити їх допустимість як доказу.

Адвокати повинні відчувати ключову відмінність КПК 2012 року — перенос акцентів у доказуванні в судові стадії кримінального провадження та встановлення заборон, які стосуються неможливості використання фактичних даних, що отримані з порушеннями прав людини, і впровадження в процес доктрини «плодів отруєного дерева».

Отже, під час судового розгляду адвокат повинен займати максимально активну позицію при дослідженні доказів і не відкладати їх критику до виступу в судових дебатах. На цьому шляху потрібно долати інерцію суддівського мислення, які за старою звичкою намагаються перенести критичний аналіз захисника на стадію судових дебатів. Визнання фактичних даних «недопустимими як докази слід розглядати як складову презумпції невинуватості, що прямо впливає зі змісту ч. 3 ст. 17 КПК, у якій передбачено, що підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом»¹.

Критику фактичних даних можна розпочати ще в поясненнях на обвинувальний акт (ст. 20 КПК), про що вже зазначалося в цій книзі. Така «вступна промова» після виступу прокурора повинна містити чітку правову позицію, яку обрав для захисту адвокат, та вказівку щодо недопустимості доказів. Але при цьому не обов'язково надавати розгорнуту їх критику. Таке посилення підготує суд до того, що при дослідженні доказів можуть бути заяви про їх недопустимість.

Професійна деформація суддівського мислення, сформована в умовах інквізиційного процесу, часом заважає суддям об'єктивно вирішувати справу, не говорячи вже про одіозний «обвинувальний ухил», який сформувався під тиском владних структур і нікуди не подівся.

Ось *приклад із суддівської практики*. У суді присяжних, коли адвокат попросив у перерві судового засідання надати йому слово для пояснень на обвинувальний акт (вступної промови), головуючий сказав: «Я вже 10 років суддя і буду першим, хто вам відмовить у цьому».

Адвокат звернувся з листом до голови суду, до апеляційного суду та до Вищого спеціалізованого суду в порядку звернення громадян та пояснив, що так звана «вступна промова» ґрунтується на вимогах

¹ Панова А. В. Там само. С. 36.

ст. 20 КПК, яка передбачає право захисту надати суду пояснення з приводу підозри і обвинувачення, та ст. 321 КПК, яка зобов'язує суд з'ясувати всі обставини кримінального провадження. Зрештою головуючий надав адвокату можливість виступити з «вступною» промовою після прокурора. Було б доцільно більш чітко врегулювати таке право у КПК.

Редакція ст. 86 КПК потребує уточнення. Збирання доказів здійснюють не тільки слідчі, але й адвокати та потерпілі. Тому правильно було б зазначити, що доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому законодавством, зокрема законами України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та «Про оперативно-розшукову діяльність» тощо. Існує певна неточність у ст. 88 КПК щодо недопустимості доказів та відомостей, які стосуються судимостей особи підозрюваного, обвинуваченого, та пропонується провести заміну поняття «недопустимий доказ» на «неможливість використання», коли йдеться про характеризуючі особу ознаки як на доказ вини останнього¹.

Захисник у судовому провадженні здійснює також оцінку доказів з погляду їх належності та достовірності. Існують певні психологічні бар'єри, які доводиться долати суду і адвокату при оцінці доказів. Доказ, одержаний із порушенням закону, по суті, може бути достовірним та достатньо переконливим, щоб суддя суб'єктивно у нього повірив.

Виникає почуття роздвоєності: з одного боку, суддя вірить, що доказ є достовірним, але в силу вимог закону він змушений його відкинути як недопустимий. Це веде до когнітивного дисонансу — внутрішнього психічного конфлікту, що виникає при зіткненні в свідомості індивіда суперечливих знань, ідей, переконань або поведінкових установок.

Пригадується випадок, коли суддя у приватній розмові зауважив: я вірю, що свідка катували, але він сказав правду. Це було в часи інквізиційного процесу та панування обвинувального ухилу.

Але й нині деякі судді покарані за те, що, маючи на руках протоколи про адміністративне правопорушення, за відсутності заперечень з боку порушника, ухвалили відповідний штраф. При цьому ці рішення не скасовані, а особи, які складала фальшиві протоколи, не покарані. Постає питання: на основі чого суддя повинен був знати, що протокол сфальсифікований?

¹ Панова А. В. Там само. С. 19-22.

А. В. Панова звертає увагу на випадок ознайомлення сторони захисту з постановою про призначення експертизи після її проведення, що є порушенням вимог закону, а отже, свідчить про недопустимість такого доказу, проте на достовірність висновку експерта це не впливає¹.

Неспроможність юридичної конструкції «недопустимий доказ» розглядається деякими вченими як своєрідний оксюморон (розумна дурість), тобто поєднання непоєднуваного. Цього уникнули законодавці нових держав, які виникли на пострадянському просторі.

Наприклад, у ст. 116 КПК Республіки Казахстан зазначається, що фактичні дані повинні бути визнані недопустимими як докази, якщо вони отримані з порушенням вимог цього Кодексу. Аналогічно до цього врегульовано це питання у законодавстві Латвії, Молдови, Вірменії.

На основі аналізу сучасного КПК у контексті законодавства можна говорити лише про наявність двох понять: «фактичні дані, отримані з порушенням закону» та «недопустимість доказів».

У першому випадку йдеться про фактичні дані, під час збирання та закріплення яких сторони припустилися порушення вимог закону, але чи є такі порушення підставою недопустимості цих фактичних даних як доказів, визначає лише суд.

У другому випадку має місце визнання судом недопустимості фактичних даних як доказів, а отже, й відсутності їх юридичної сили. Таким чином, поняття «недопустимі докази» змістовно охоплює поняття «докази, що не мають юридичної сили»².

Таке розуміння цього правового інституту відкриває для практикуючих адвокатів можливість для чіткого розмежування цих понять та вказує на дорожню карту, якій потрібно слідувати до визнання певних фактичних даних як таких, що є недопустимими і не можуть використовуватись як доказ.

Отже, адвокат повинен чітко бачити, що відповідно до ч. 2 ст. 87 КПК суд **зобов'язаний** визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод діяння, які в ній визначені (регулятивна зобов'язальна норма), а відповідно до ч. 2 ст. 86 КПК — недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення (регулятивна заборонна норма).

¹ Панова А. В. Там само. С. 23.

² Панова А. В. Там само. С. 31.

Заборони використання фактичних даних, отриманих з порушенням передбаченого законодавством порядку, в теорії розглядають як санкції нікчемності, що становлять окремий вид санкцій¹.

ОЧЕВИДНА НЕДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ

Очевидна недопустимість доказів — оцінне поняття, тому при з'ясуванні його змісту та значення виникає потреба у тлумаченні. Системний аналіз статей 86 — 89 КПК дозволяє провести розмежування між поняттями «недопустимий доказ» та «очевидно недопустимий доказ», що має важливе практичне значення.

В юридичній літературі питанням проблем недопустимості доказів присвячено чимало робіт. Це пов'язано з тим, що процедура визнання доказів недопустимими у КПК є, м'яко кажучи, не бездоганною.

Насамперед створює труднощі на практиці норма ст. 89 КПК, в якій не зазначено, що слід розуміти під **«очевидно недопустимими доказами»**. Аналіз наукових праць та задекларованих позицій авторів вказує на те, що серед науковців немає єдності думок стосовно тих критеріїв, за якими доказ повинен бути визнаний *очевидно недопустимим*.

Д. А. Захаров відносить до очевидно недопустимих доказів: 1) докази, отримані за наявності порушень, перелічених у ч. 2 ст. 87 КПК, оскільки їх недопустимість не пов'язана із фактичними наслідками цих порушень; 2) випадки, коли можна говорити про презумпцію незаконності дій або рішень, у разі відсутності певних матеріалів або процесуальних рішень. За таким критерієм за відсутності судового рішення про проведення обшуку, він вважається незаконним; 3) порушення права на перехресний допит можна вважати встановленим за відсутності даних про присутність у судовому засіданні осіб, які можуть прийняти в ньому участь; 4) відсутність даних про залучення захисника у випадках, коли його участь є обов'язковою, що дозволяє зробити висновок про порушення права особи на захист².

І. Л. Чупрікова в дисертаційному дослідженні стверджує: «Якщо акумулювати тлумачення поняття «очевидно недопустимі докази»,

¹ Панова А. В. Там само. С. 32.

² Захаров Д. А., Руденко А. В. Роль суду в формуванні доказової бази у кримінальному провадженні. Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». Том 25 (64). № 2. 2012. С. 199-204.

то врешті-решт все сходиться до того, що це докази, отримані з явними порушеннями чинного законодавства. Але в той же момент всі докази, отримані такого роду шляхом, повинні бути визнані недопустимими¹.

В. В. Тютюнник вважає, що:

а) очевидно недопустимим є доказ, будь-яке порушення процедури отримання якого згідно з нормами КПК є безумовною підставою визнання його недопустимим (наприклад, протоколи НСРД, складені після закінчення строків досудового розслідування, крім їх проведення за дорученням суду (ст. 223 КПК));

б) доказ є очевидно недопустимим, коли недопустимість ґрунтується на обставинах, що є безсумнівними і беззаперечними і не потребують додаткового дослідження (наприклад, протокол, отриманий унаслідок проведення слідчої (розшукової) дії не уповноваженим суб'єктом);

в) в основу очевидної недопустимості доказів не можуть бути покладені обставини, що мають «оцінний характер» («порушення прав особи на захист», «істотне порушення прав людини») і потребують дослідження додаткових фактів².

О. В. Литвин очевидно недопустимими доказами вважає такі, що: отримані органом досудового розслідування в непередбачуваному процесуальному законом порядку; отримані з порушенням передбаченого законом процесуального порядку; отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК)³.

Ґрунтовна робота проведена А. В. Пановою, яка у своїй дисертації зазначає, що «очевидна недопустимість» є якісною характеристикою допущених порушень передбаченого законом порядку доказування у кримінальному провадженні. Такі порушення є безсумнівними, безперечними і в силу цього не потребують перевірки і співставлення з іншими доказами, наданими учасниками судового провадження.

¹ Чупрікова І. Л. Допустимість доказів у світлі нового Кримінального процесуального кодексу: дис.... канд. юрид.наук: 12.00.09/І. Л. Чупрікова. Одеса, 2016. 191 с.

² Тютюнник В. В. Інститут допустимості доказів як критерій здійснення окремої судової процедури визнання доказу недопустимим під час кримінального провадження. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. 2014. Вип. 9-1. С. 233-236.

³ Литвин О. В. Деякі питання порядку визнання судом недопустимості доказів у стадії судового розгляду. Порівняльно-аналітичне право. 2013. № 3-1. С.356-358. URL: http://www.pap.in.ua/3-1_2013/9|Lytvyn%20O.V..pdf.

Ці недоліки процесуальної форми можуть бути пов'язані не лише з істотним порушенням прав і свобод людини, а і з будь-яким іншим недотриманням правил недопустимості доказів. А. В. Панова наголошує, що формулювання «<...> фактичні дані, отримані у передбаченому КПК порядку» та положення ч. 3 ст. 17 КПК про те, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом, свідчать, 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 і свобод людини (ст. 87 КПК) за умови підтвердження сторонами кримінального провадження їх очевидної недопустимості. В іншому разі суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення¹.

А. А. Павлишин зазначає, що якщо порушення допустимості доказів мають очевидний характер, то питання про визнання їх недопустимими має вирішуватися судом **одразу** після заявлення сторонами відповідного клопотання з виходом у нарадчу кімнату в ухвалі суду.

Це також впливає з ч. 3 ст. 87 КПК, у якій зазначено, що докази, передбачені цією статтею, тобто отримані внаслідок істотного порушення прав і свобод людини, повинні визнаватися судом недопустимими під час будь-якого судового розгляду <...>².

Отже, неправильно діють ті судді, які, вирішуючи заявлене клопотання про визнання доказів очевидно недопустимими, протокольнo визначають, що це питання буде вирішено у нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення.

О. В. Литвин зазначає, що залежно від характеру недопустимості доказу — очевидного чи неочевидного, порядок та момент судового розгляду, в якому докази визнаються недопустимими, мають бути різними: при встановленні очевидної недопустимості доказу — його недопустимість визнається в окремому порядку (шляхом постановлення

¹ Панова А. В. Там само. С. 204.

² Павлишин А. А. Окремі питання допустимості доказів за кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року.

ухвали і виключення доказу з розгляду) за умови наявності клопотання сторони або потерпілого <...>; при неочевидності допустимості доказу — суд у вирокі повинен визнавати докази, отримані внаслідок істотного порушення прав і свобод людини, недопустимими за клопотанням сторін <...> чи з власної ініціативи¹.

На жаль, на практиці ще є судді, які ігнорують ці позиції і навіть при заявленні клопотання **про визнання доказу очевидно недопустимим** відкладають вирішення цього питання на нарадчу кімнату під час ухвалення судового рішення. Відстоюючи своє право на захист, адвокати в таких випадках повинні активно заявляти про свою незгоду та подавати зауваження і заперечення щодо такого порядку проведення процесуальних дій (п. 10 ч. 3 ст. 42 КПК), а в необхідних випадках заявляти про відвід.

Очевидно недопустимим є проведення досудового розслідування кримінального правопорушення, вчиненого неповнолітнім, без участі захисника; здійснення слідчих дій працівником оперативного підрозділу без доручення слідчого: проведення слідчих (розшукових) дій за межами строків досудового розслідування тощо.

У всіх таких випадках безперечним є факт порушень передбаченого законом порядку, що свідчить про очевидну недопустимість отриманих фактичних даних. Категорія очевидної недопустимості має оцінний характер і є якісною інтегративною характеристикою допущених при збиранні доказів порушень².

М. І. Шевчук, узагальнивши позиції, висловлені в правовій літературі, вважає, що до очевидно недопустимих доказів слід віднести, зокрема³:

1. Докази, отримані внаслідок істотного порушення прав людини (ст. 87 КПК), які могли вплинути чи вплинули на достовірність отриманих фактичних даних та перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення (наприклад, незабезпечення перекладача для учасника, який не володіє державною мовою (ст. 29 КПК, п.п. «е» п. 3 ст. 6 КЗПЛ);

— ненадання доступу до матеріалів досудового розслідування протилежній стороні кримінального провадження, потерпілому до на-

¹ Литвин О. В. Кримінально-процесуальне доказування у стадії судового розгляду: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2016. 214 с. С.13.

² Панова А. В. Там само. С. 36.

³ Шевчук М. І. Визнання доказів недопустимими: право суду чи його обов'язок? Право і суспільство. № 4 ч. 2. 2017 С. 207-215.

правлення обвинувального акта до суду (ч. 12 ст. 290 КПК, п.п. «б» п. 3 ст. 6 КЗЛП);

— проведення негласних слідчих дій, які потребують попереднього дозволу прокурора, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов (ч. 4 ст. 246 КПК);

— допит малолітнього свідка за відсутності законного представника, педагога (психолога) (ч. 1 ст. 226 КПК);

— допит осіб, які не можуть бути допитані як свідки (ст. 65 КПК) тощо. Очевидна недопустимість у цих випадках може бути встановлена саме на логічному етапі, який починається з їх аналізу та синтезу та не потребує додаткових процесуальних дій.

2. *Докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.* У ч. 1 ст. 87 КПК закріплено правило «плодів отруєного дерева», згідно з яким недопустимими є не лише докази, які були отримані внаслідок істотного порушення, а й докази, які були отримані на підставі перших. Таким чином, самі собою докази можуть бути допустимими, але через те, що їх джерелом є недопустимі докази, ці докази також стають недопустимими (наприклад, результати експертного дослідження об'єктів, отриманих у результаті незаконного обшуку);

— показання осіб, які отримані на підставі відомостей, отриманих від інших осіб за допомогою забороненого ст. 3 КЗЛП поводження. При цьому слід враховувати висновок А. В. Панової про те, що доктрина «плодів отруєного дерева» не може вважатися абсолютною. Слід враховувати істотність порушень закону та важливості доказу для встановлення обставин кримінального провадження. Тому кожний доказ має оцінюватись автономно, оскільки його безумовне виключення може призвести до негативних наслідків і ухвалення незаконного, несправедливого і необґрунтованого рішення¹.

3. *Докази, отримані органами досудового розслідування в непередбаченому процесуальним законом порядку:*

— отримання доказів із не встановленого в законі процесуального джерела (ч. 2 ст. 84 КПК);

— проведення процесуальної дії неналежним суб'єктом (внаслідок порушення закону про підслідність, підсудність; у результаті проведення слідчих (розшукових) дій без доручення слідчого, прокурора

¹ Див. Панова А. В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні: дис...канд. юрид. наук :12.00.09 / А.В.Панова. — Харків С. 52.

або особою, яка знаходиться не при виконанні службових обов'язків (у відпустці, або не визначена керівником органу досудового розслідування, або слідчим, прокурором, які підлягають чи підлягали відводу, якщо при цьому знали про наявність обставин, що виключають їх участь у кримінальному провадженні тощо);

— отримання доказів за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами (допит під гіпнозом, використання здібностей екстрасенсів, телепатів, ясновидців тощо).

4. До очевидно недопустимих доказів належать також ті, про недопустимість яких прямо вказується в КПК. Наприклад:

— докази, одержані в разі проведення слідчої дії до внесення відомостей до ЄРДР за винятком випадків, передбачених ч. 3 ст. 214 КПК, проведення слідчих дій після закінчення строків досудового розслідування, крім тих, які проводяться за дорученням суду (ч. 3 ст. 333, ч. 8 ст. 223 КПК). Проведення слідчих дій після прийняття рішення про зупинення досудового розслідування без постанови про відновлення такого (ч. 5 ст. 280 КПК); незастосування технічних засобів фіксування процесуальної дії у випадках, якщо воно є обов'язковим; проведення слідчих дій за відсутності понятих, якщо їх участь є обов'язковою (ч. 7 ст. 223 КПК); у разі пред'явлення для впізнання особи, яка попередньо вже була пред'явлена за фотознімками, матеріалами відеозапису тій самій особі (ч. 6 ст. 228 КПК) тощо;

— докази, зібрані під час НСРД, є очевидно недопустимими у випадках порушення заборони провокації злочину при проведенні контролю за вчиненням доказу (ч. 3 ст. 271 КПК);

— недотримання заборони залучати до конфіденційного співробітництва під час проведення НСРД осіб із числа медичних працівників — стосовно осіб, які є їхніми пацієнтами, священнослужителів — стосовно їхніх прихожан, адвокатів — стосовно їхніх клієнтів, а також нотаріусів та журналістів, якщо таке співробітництво пов'язане з розкриттям конфіденційної інформації професійного характеру (ч. 2 ст. 275 КПК) тощо.

М. І. Шевчук відносить до «*неочевидної недопустимості доказів*» такі, *недопустимість яких повинна вирішуватись у кожному окремому випадку.* При цьому враховується:

— чи спричинило це порушення появу обґрунтованих сумнівів у достовірності фактичних даних, отриманих у результаті процесуальних дій;

— чи можливо усунути ці сумніви і «нейтралізувати» допущені порушення.

До порушень, які не завжди породжують непереборні сумніви у достовірності отриманого результату та відповідно не обов'язково тягнуть за собою втрату юридичної сили доказу можна віднести такі: відсутність у протоколі слідчої дії відомостей про дату та місце проведення слідчої дії, відомостей про тривалість слідчої дії; відомостей про учасника слідчої дії та про посадову особу, яка провадила слідчу дію; підпису слідчого або будь-кого з учасників слідчої дії, наприклад понятого; відсутність у протоколі слідчої дії опису всіх необхідних обставин (проведених дій, застосування технічних засобів, вимірювань, умов вилучення виявлених предметів і документів, відомостей про спосіб пакування речових доказів і направлених на експертизу).

Встановлення достовірності доказу в таких випадках відбувається шляхом аналізу змісту фактичних даних, порівняння їх з іншими доказами, проведення додаткових слідчих (розшукових) дій з метою отримання додаткових доказів, які підтверджують або спростовують доказ, який перевіряється.

На думку М. І. Шевчука, якщо усунути сумніви виявиться неможливим шляхом проведення доступної для суду додаткової перевірки та незаповнення існуючих прогалин (наприклад, шляхом допиту понятих), суд визнає такі фактичні обставини такими, що не мають доказової сили.

Встановлення очевидної недопустимості доказу тягне за собою неможливість його дослідження або припинення такого дослідження в судовому засіданні, якщо воно було розпочате.

Очевидна недопустимість доказу може бути встановлена лише під час судового розгляду, а її наслідком має бути **ухвала** суду, постановлена в судовому засіданні про визнання доказу очевидно недопустимим.

Очевидна недопустимість доказу може бути встановлена судом як на початку дослідження доказу, так і на будь-якому етапі його аналізу. Аналіз норм КПК засвідчує, що суд і сам повинен проявляти активність при вирішенні питання про допустимість доказів як у випадку визнання їх недопустимими за власною ініціативою, так і за ініціативою сторін.

Якщо одна зі сторін подала клопотання в порядку статті 89 ч. 3 КПК про визнання певного доказу очевидно недопустимим, суд повинен його вирішувати відразу з виходом до нарадчої кімнати, де постановляє мотивовану ухвалу.

Це сприяє активності сторін. У цьому разі сторони матимуть можливість з урахуванням змін у доказовому матеріалі вжити заходів для заповнення існуючих прогалин, що забезпечить всебічне, повне та об'єктивне з'ясування всіх обставин кримінального провадження, до чого головуючого спонукає ст. 221 КПК¹.

Норми КПК містять імперативне положення про обов'язок суду визнавати докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, недопустимими, незалежно від наявності клопотань сторін (у такому разі йдеться не про ініціативу суду, а саме про обов'язок суду визнавати докази недопустимими).

У цій ситуації суд повинен бути активним у силу вимоги закону². Порушення судом питання про визнання доказів недопустимими з власної ініціативи відповідає ролі суду, яка йому відведена у змагальному процесі, при цьому суд не стає на сторону ані обвинувачення, ані захисту. Він виконує свій конституційний обов'язок, який полягає в недопущенні використання доказів, отриманих із порушенням закону, забезпечуючи при цьому відновлення законності, справедливості, змагальності та рівноправності сторін³.

Очевидно недопустимими доказами пропонується визнавати випадки, коли можна говорити про презумпцію незаконності дій або рішень у разі відсутності певних процесуальних документів або матеріалів.

Наприклад, проведення обшуку вважається незаконним за відсутності судового рішення про можливість його проведення; порушення права на перехресний допит можна вважати встановленим за відсутності в судовому засіданні осіб, які можуть приймати у ньому участь; відсутність даних про залучення захисника у випадках, коли його участь є обов'язковою тощо.

Щодо оцінки «очевидної недопустимості доказів» у судовій практиці, то проведене дослідження відповідних ухвал суду показало, що суди лише в небагатьох випадках визнають зазначені у клопотаннях сторін кримінального провадження порушення, як такі, що свідчать про очевидну недопустимість доказів.

¹ Шевчук М. І. Там само. С. 212.

² Шевчук М. І. Там само. С. 212.

³ Див. Шевчук М. І. Визнання доказів недопустимими: право суду чи його обов'язок? «Право і суспільство». № 4 частина 2/2017. С. 212.

Очевидне є безперечним, наданим безпосередньо, і таким, що не вимагає особливих обґрунтувань та особливих розумових зусиль. У роз'ясненні Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (Інформаційний лист «Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» від 05.10.12 р. № 223-1446/0/4-12)¹ містилась вказівка, що, роз'яснивши обвинуваченому суть обвинувачення, головуючий має з'ясувати в учасників судового провадження про те, **які докази необхідно дослідити.**

Саме тоді вже можна подати клопотання про визнання певних доказів недопустимими, а також відомостей, які свідчать про їх очевидну недопустимість. У такому разі суд мав би, заслухавши інших учасників судового провадження і, за необхідності, думку експерта чи спеціаліста, встановивши очевидну недопустимість доказу, повинен би відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК визнати такий доказ недопустимим та припинити його дослідження в суді². Судова практика засвідчує, що таку рекомендацію складно реалізувати через спротив і несприйняття такої позиції судами.

Проте при цьому в судовій практиці все ж таки наявні приклади вирішення питання про визнання фактичних даних недопустимими для використання як доказів під час судового розгляду. Аналіз ухвал суду про вирішення цього питання надав змогу виділити критерії, якими керуються судді при встановленні очевидної недопустимості фактичних даних, що надаються сторонами кримінального провадження.

Пропонуємо розглянути деякі з них.

Першим із критеріїв очевидної недопустимості доказів можна назвати **незаконне внесення відомостей до ЄРДР**, що в подальшому тягне за собою визнання всіх слідчих дій, які проводяться в рамках цього кримінального провадження, незаконними, а отже, й визнання даних, отриманих у результаті проведення таких слідчих дій, очевидно недопустимими.

¹ Далі за текстом — Інформаційний лист ВССУ від 05.10.12 р.

² Див. Тютюнник В. В. Очевидна недопустимість доказу як критерій здійснення окремої судової процедури визнання доказу недопустимим під час кримінального провадження. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. 2014. № 9-1. С. 234.

Як зазначає ВССУ в Інформаційному листі від 05.10.12 р., 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 й щодо доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК) за умови підтвердження сторонами кримінального провадження їх очевидної недопустимості.

В іншому разі суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. Тобто, відповідно, очевидно недопустимими є докази, які: 1) отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним законом порядку; 2) отримані органом досудового розслідування з порушенням передбаченого процесуальним законом порядку; 3) докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК). До очевидно недопустимих доказів віднесено докази, які відповідають таким ознакам: докази, отримані за наявності порушень, перелічених у ч. 2 ст. 87 КПК, оскільки їх недопустимість не пов'язана із фактичними наслідками даних порушень; випадки, коли можна говорити про презумпцію незаконності дій або рішень, у разі відсутності певних документів або матеріалів.

Ще одним критерієм є **таке істотне та очевидне порушення, що викликає сумніви у достовірності отриманих фактичних даних**. Так, захисники просили суд ухвалити рішення про визнання недопустимими речових доказів і показання свідків, в тому числі під час пред'явлення для впізнання обвинувачених, яке проводилось без участі понятих.

У США скасовано понад 300 справ, де суди помилились, ґрунтуючи свої вироки на результатах впізнання. Це стосується періоду, коли ще не проводились генетичні експертизи. Серед них є випадки, коли людина відбула 30 років позбавлення волі, а потім за результатами генетичної експертизи була виправдана. Тепер у США змінили порядок впізнання: його повинен проводити офіцер, який не знає, хто у справі є підозрюваним. Застосовується метод послідовного пред'явлення осіб або фотографій. Свідок попереджується, що серед

пред'явлених осіб підозрюваного може і не бути. Було б доцільним запровадити і в Україні такі методики¹.

У силу вимог ч. 7 абз. 2 ст. 223, ст. 237 КПК України огляд речей проводиться у присутності понять. При цьому усі вилучені під час огляду речі підлягають негайному огляду і опечатуванню із завіреними підписами осіб, які брали участь у проведенні огляду.

Протокол огляду має бути підписаний учасниками слідчої дії. Цих вимог закону у конкретній справі слідчий при вилученні речових доказів не дотримався. Із матеріалів справи вбачається, що про вилучення кожного з них записано на окремому аркуші, який жодним учасником огляду не підписаний.

З оглянутої у суді упаковки речового доказу стає зрозумілим, що його упакування підписав спеціаліст, який протокол слідчої дії не підписував. Отже, слідча дія була проведена з істотним та очевидним порушенням порядку її проведення, що підтвердили в суді свідки, які не змогли пригадати факту вилучення речового доказу.

Так, свідок Н. стверджував, що не був під час огляду та вилучення, він просто проходив поруч і підписав протокол на прохання слідчого. Зазначені порушення порядку проведення слідчої дії та вилучення предметів, які мають значення для кримінального провадження, суттєво вплинули на достовірність отриманих фактичних даних, а тому й призвели до ухвалення рішення про їх недопустимість.

Наведені обставини не вичерпують кола тих, за наявності яких фактичні дані можуть бути визнані очевидно недопустимими. Дослідження цього питання характеризується особливою актуальністю в аспекті формування правозастосовної практики, орієнтованої на дотримання прав людини у сфері кримінального провадження.

¹ Психолог Елізабет Лофтус, працюючи над докторською дисертацією у Стенфордському університеті, звернула увагу на те, що пам'ять може виявитись напрочуд ненадійною. Зокрема, після утвердження точної пам'яті може утворюватись фальшива пам'ять. Вона запропонувала студентам подивитись фільм про нещасний випадок на дорозі. Половина студентів відповіла на запитання: «Як швидко білий спортивний автомобіль їхав, коли проїжджав стодолю, рухаючись по сільському шляху?». У фільмі не було жодної стодоли. Близько 20 відсотків студентів сказали, що бачили стодолю. Тобто відбулась контамінація — заповнення пам'яті шляхом поєднання частин, які належать різним об'єктам. Слово «контамінація» (змішування) у цьому контексті означає фальшиве відтворення. Роботи Елізабет Лофтус і Уеллса привели до змін у впізнанні.

Очевидно недопустимим доказом може бути проведення негласної слідчої дії на підставі постанови слідчого у випадках, коли така дія повинна здійснюватись на підставі ухвали слідчого судді апеляційного суду.

Можна дійти висновку про те, **що очевидна недопустимість доказів**, будучи оцінним поняттям, має комплексний характер, включає істотність порушень кримінального процесуального законодавства, що викликають сумніви в достовірності отриманих фактичних даних, а також відсутність необхідності перевірки допущених порушень при ухваленні вироку (що свідчить про їх очевидність).

Верховний Суд у постанові Верховного Суду від 29.03.18 р. у справі № 208/2576/15-к зазначив: «<...> Суд апеляційної інстанції не зважив на те, що не відкриття матеріалів сторонами одна одній у порядку ст. 290 КПК після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, є підставою для визнання судом відомостей, що містяться в них, недопустимими як докази.»¹.

Очевидно недопустимим може бути і доказ, який був використаний за зазначених нижче обставин. Верховний Суд у своєму рішенні зазначив таке:

Суд першої інстанції, даючи у вирoku оцінку протоколу обшуку від 23.07.15 р. як доказу у справі, обґрунтовано дійшов висновку, що цей протокол у частині виявлення та вилучення речового доказу – рослини зеленого кольору, не відповідає вимогам ст. 104, 106 КПК, а дані, які містяться у протоколі, не можуть бути визнані як належні та допустимі докази вини ОСОБА_5 у вчиненні злочину.

Як слушно зазначено судом першої інстанції, у протоколі обшуку від 23.07.15 р. всупереч вимогам ч. 2 ст. 106 КПК, ч. 5, 7, 9 Інструкції про порядок вилучення, обліку, зберігання та передачі речових доказів у кримінальних справах, цінностей та іншого майна органами дізнання, досудового слідства і суду, затвердженої наказом Генеральної прокуратури України, МВС України, Державної податкової служби України, СБУ, ВСУ, Державної судової адміністрації України №51/401/649/471/23/125 від 27.08.10 р., відсутній опис належних ідентифікуючих ознак виявленої рослини (вага, стан рослини – стебло чи подрібнена маса тощо). При складанні протоколу обшуку, з метою

¹ Див. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73157351>.

виключити можливість підміни чи будь-якого іншого впливу на речовий доказ, слідчим також не було відображено процедуру упакування та вилучення цієї рослини, шляхом зазначення у протоколі пакету, в який її було поміщено, та способу його опечатування.

Крім того, відповідно до показань свідка — понятого ОСОБА_8 — на час проведення обшуку було виявлено пакет блакитного кольору, в якому було одне стебло (сухе бадилля), яке слідча продемонструвала всім присутнім, відкривши пакет. У пакеті нічого іншого не було. Цей блакитний пакет опечатували у квартирі ОСОБА_6, при цьому остання принесла нитки білого кольору на обв'язку пакета. Пакет блакитного кольору обв'язували ниткою білого кольору, паперову бирку підписували окремо. Жодного чорного пакета він не бачив.

Аналогічні показання в частині кольору пакета — блакитного та нитки — білої, якою обв'язувався пакет з речовим доказом (рослини зеленого кольору), дали свідки ОСОБА_7, ОСОБА_6 і ОСОБА_9, які були присутні під час проведення обшуку.

Отже, судом на підставі наявних доказів було встановлено, що на час проведення обшуку 23.07.15 р. було виявлено лише поліетиленовий пакет блакитного кольору з висушеною рослиною зеленого кольору, який було опечатано та вилучено.

Проте, як вбачається з матеріалів кримінальної справи, 24.07.15 р. слідчим СУ УМВС України в Житомирській області Ковальчуком О.В. було винесено постанову про призначення в кримінальному провадженні від 10.07.15 р. судово-хімічної експертизи та направлено для її виконання *пакет із полімерного матеріалу чорного кольору*, в якому знаходиться висушена рослина зеленого кольору, вилучений 23.07.15 р. під час обшуку житла та іншого володіння за адресою: АДРЕСА_1»¹.

Відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК в 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 розпочато.

Адвокати повинні звертати увагу на вимогу ч. 2 ст. 104 КПК про те, що ***дії та обставини проведення обшуку, не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні.***

¹ Див. ЄДРСР. Ухвала ВССУ від 28.11.17 р. у справі № 283/2757/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70845995>.

На практиці суди конструкцію «очевидна недопустимість доказу» трактують як:

а) відомості, матеріали та інші фактичні дані, отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним законом порядку чи з його порушенням, є очевидно недопустимими;

б) відомості, матеріали та інші фактичні дані, отримані внаслідок істотного порушення прав і свобод людини (ст. 87 КПК), є очевидно недопустимими за умови підтвердження сторонами кримінального провадження їх очевидної недопустимості;

в) сторони можуть доводити «очевидну недопустимість доказів», зокрема, шляхом надання суду відповідних відомостей, заслуховування думки експерта, спеціаліста тощо.

Така позиція ґрунтувалася на положеннях, які містяться в листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі — ВССУ) від 05.10.12 р. № 223-1446/0/4-12 «Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України».

Не слід забувати також про те, що судова практика використання в рішенні доказів, отриманих із порушенням закону, визнає недопустимими доказами не всі без винятку фактичні дані, а обов'язково з урахуванням істотності цих порушень. Тож і не дивно, що в судах виникають труднощі з вирішенням цього питання через відсутність чіткого визначення у КПК змісту поняття «*очевидна недопустимість доказу в кримінальному провадженні*». Переважно судді відносять вирішення питання про недопустимість доказів у нарадчу кімнату при ухваленні вироку.

Прикладом такого критерію є ухвала Баранівського районного суду Житомирської області у кримінальному провадженні № 273/590/14-к, де було встановлено, що під час проведення слідчого експерименту з неповнолітнім, який на той момент мав статус свідка, хоч і вказаний як підозрюваний) було порушено його право на захист відповідно до ст. 52 КПК.

Порушення порядку проведення слідчої дії, яке є істотним та очевидним, було зафіксовано в ухвалі Міськрайонного суду Хмельницької області у м. Кам'янець-Подільський у справі № 676/620/13-к.

У силу вимог абз. 2 ч. 7 ст. 223, ст. 237 КПК огляд речей проводиться у присутності понятих. Вилучені під час огляду речі підлягають

огляду і опечатуванню із завіреними підписами осіб, які брали участь у проведенні огляду.

Протокол має бути підписаний учасниками слідчої дії. Цих вимог слідчий не дотримав. З оглянутої у суді упаковки стає зрозумілим, що його упакування підписав спеціаліст, який протоколу слідчої дії не підписував.

Так, свідок стверджував, що не був під час огляду і вилучення, він просто проходив поруч і підписав протокол на прохання слідчого. Зазначені порушення суттєво вплинули на достовірність отриманих фактичних даних¹.

Верховний Суд визнав недопустимим доказом протокол слідчого експерименту, як такий, що не відповідає вимогам ст. 104 КПК, оскільки не підписаний захисником, який брав участь у проведенні цієї процесуальної дії (Постанова Верховного Суду від 19.04.18 р. № 51-893км18).

ЄСПЛ неодноразово наголошував, що завдання Суду згідно з Конвенцією полягає не у вирішенні того, чи було належним чином прийнято показання свідків як докази, а у встановленні того, чи провадження загалом, і зокрема спосіб отримання доказів, було справедливим. Усі докази повинні зазвичай надаватися у відкритому судовому засіданні в присутності підсудного з метою забезпечення змагальних дебатів².

Закріплена в ч. 2 ст. 6 Конвенції фраза «в законному порядку», на думку ЄСПЛ, не є простим відсиланням до національного законодавства і не означає неможливості здійснення самим Судом оцінки доказової діяльності на предмет дотримання прав, гарантованих Конвенцією³.

Отже, приступаючи до аналізу фактичних даних, адвокат повинен володіти певним набором навичок із застосування норм, що містяться у низці статей КПК, зокрема у статтях 17, 20, 22, 86, 87, 88, 89, 90, 97, 101, 107, 223, 233, 321.

¹ Див. Матеріали III міжнародної науково-практичної конференції. М. Харків. 2015 р. Вид. «Плеяда». Панова А. В.: Очевидна недопустимість доказів: зміст та критерії оцінки.

² Див. Справа «Ван Мехелен та інші проти Нідерландів: Рішення палати Європ. Суду з прав людини від 23.04.1997 р. Практика Європ. суду з прав людини. Рішення. Коментарі. 1999. № 2. С.175-220; Справа «Доорсон проти Нідерландів». Вибрані справи Європейського Суду з прав людини. Київ, 2003. Вип. 1. С. 118-149.

³ Панова А. В. Там само. С. 36.

Висновки. КПК встановлює право суду за власною ініціативою вирішувати питання допустимості доказів. До того ж суд може і повинен визнавати докази недопустимими як у випадку очевидно недопустимих доказів, так і у разі, коли фактичні дані отримані з порушенням передбаченого кримінальним процесуальним законодавством порядку, яке хоч і не характеризується такою якісною ознакою, як «очевидна недопустимість», проте це порушення спричинило обґрунтовані сумніви у достовірності одержаних даних.

Проте захисник не повинен покладатись на таке право суду і зобов'язаний сам ініціювати визнання доказу недопустимим. Повідомити про наявність недопустимих доказів захисник може вже після виступу прокурора, **подаючи усні та письмові пояснення на обвинувальний акт (ст. 20 КПК)**, які дехто називає вступною промовою захисника.

Частина 3 ст. 89 КПК надає право захиснику подати клопотання про визнання доказів очевидно недопустимим під час судового розгляду. У такому разі суд повинен відразу, заслухавши думку сторін, постановити мотивовану письмову ухвалу про задоволення клопотання або відмову у його задоволенні. Таку ухвалу необхідно складати в нарадчій кімнаті.

Про доктрину «плодів отруєного дерева»

Відповідно до законодавства США (правило 402 Федеральних правил про докази США 1975 року) всі належні докази є допустимими, якщо інше не встановлено Конституцією США, актами Конгресу або висновками Верховного суду США. Неналежний доказ є недопустимим. У більшості випадків законність або незаконність отримання доказів у США виробляються судовою практикою¹.

Доктрина «плодів отруєного дерева» виникла у прецедентному праві США на початку 20 століття. У КПК України 2012 року були запозичені положення, які становлять зміст доктрини «плодів отруєного дерева». Так, відповідно до ч. 1 ст. 87 КПК недопустимими слід визнавати докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав і свобод людини².

¹ Панова А. В. Там само. С. 44.

² Панова А. В. Там само. С. 45.

Враховуючи гібридний характер КПК 2012 року, цікавим є й досвід ФРН, законодавство якої містить так звані заборони на докази. Під цим поняттям розуміють обмеження повноважень на втручання в основні права особи під час слідства та збирання доказів. Наприклад, заборона на проведення допиту без роз'яснення прав особи. У ФРН діє доктрина «вчення про зважене рішення», критеріями якого є вагомість порушень доказових норм, тяжкість злочину та гіпотеза правомірного отримання доказів. Судова практика ФРН навіть допускає використання доказів, які отримані приватними особами з певними порушеннями (таємний звукозапис, примусове отримання показань тощо)¹.

Концепція «плодів отруєного дерева» виникла з двох справ, де було визнано: якщо частина майна вилучається незаконно, тоді і все майно, в тому числі і те, що використовується як доказ, — також вилучено незаконно і не може бути допустимим доказом. У другій справі було визнано, що доказ, отриманий унаслідок незаконних обшуків, не може бути використаний у суді. У справі «Сполучені Штати проти Леона» поліцейський здобув доказ, маючи, на його переконання, дійсний ордер. Проте потім останній визнали недійсним. Суд зробив виняток «за сумлінністю» згідно з правилом: доказ непотрібно виключати, якщо він отриманий через ненавмисні помилки поліції². Отже, в питаннях допустимості доказів суди США проявляють певну гнучкість, у бік зважування суспільного інтересу у розкритті злочину.

Доктрина «плодів отруєного дерева» застосовується у практиці ЄСПЛ. У рішенні у справі «Allan v. United Kingdom» ЄСПЛ визначив, що право не давати свідчення проти себе буде порушено, якщо доказ отриманий від підозрюваного шляхом обману, тиску, проти його волі та якщо він використаний проти нього в суді. Надалі ЄСПЛ почав використовувати теорію «плодів отруєного дерева». У справі «Gafgen v. Germany» підозрюваний викрав дитину з метою отримання викупу та був затриманий. Слідчий почав йому погрожувати тортурами з метою

¹ Панова А. В. Там само. С. 48.

² Панова А. В. Там само. С. 49; Щербаков С. В. Допустимість доказательств в американском уголовном доказательном праве. Евраз. юрид. Журн. 2010, № 4. С. 37-43. Прилуцький С. Інститут допустимості доказів у кримінальному судочинстві США та Англії: порівняльно-правовий аспект. Право України. 2006. № 10. С. 132-137.

одержання інформації про дитину, після чого той зізнався у вбивстві дитини і вказав, де знаходиться труп.

Захист заявив, що всі докази є «плодами отруєного дерева» і мають бути виключені з процесу. Національний суд зазначив, що незаконність допиту не повинна в цій справі мати критичних наслідків. Національний суд здійснив «зважування інтересів»: політика протидії тортурам, з одного боку, і державний та суспільний інтерес у розслідуванні вбивства — з другого. Згодом заявник надав пізнавальні показання в суді. Вирок ґрунтувався на показаннях обвинуваченого, наданих ним у суді, показаннях свідка, речових доказах та низці непрямих доказів. Таким чином, вирок ґрунтувався на матеріалах, досліджених у судовому засіданні. Судом не було враховано жодного з протоколів досудового розслідування¹.

У справі «Тодоров проти України» від 12.01.12 р. суд визнав порушення права заявника на справедливий суд, незважаючи на те, що суди не послалися у рішеннях на його зізнання, зроблене за відсутності захисника. Суд зауважив, що «неможливо виключити, що наявність самовикривальних показань як така вплинула на хід розслідування та спосіб отримання та тлумачення доказів <...>, оскільки національні судові органи ніколи прямо не реагували на скарги заявника щодо порушення його права на правову допомогу»².

Ось кілька випадків застосування доктрини «плодів отруєного дерева» судами України. У вирокі Липовецького районного суду Вінницької області (справа № 136/940/14-к від 27.12.14 р.) суд визнав недопустимим доказом висновок експерта у зв'язку з тим, що предмети, які були надані на дослідження, отримані внаслідок незаконного обшуку. При цьому суд визнав, що в резолютивній частині ухвали не було зазначено об'єкти, які підлягають відшукуванню. По справі було ухвалено виправдувальний вирок.

Центральний районний суд м. Миколаєва ухвалив виправдувальний вирок від 05.05.14 р. у справі № 490/12158/13 -к, відповідно до матеріалів якої огляд місця події був проведений без понятих. Як наслідок, суд визнав недопустимим доказом висновок експерта, оскільки речовий

¹ Стандарти справедливого правосуддя (международные и национальные практики) под ред. Т. Г. Морщаковой. Москва: Мысль, 2012. 584 с.; Панова А. В. Там само. С. 53-54.

² Панова А. В. Там само. С. 53-54.

доказ, який було наданий на експертне дослідження, було вилучено під час незаконного огляду місця події.

Царичанський районний суд Дніпропетровської області (справа № 196/439/14-к) дійшов висновку, що протокол обшуку помешкання обвинуваченого не може бути оцінено як допустимий доказ. У порушення приписів ст. 236 КПК копія ухвали слідчого судді перед початком її виконання **обвинуваченому** не надавалась, не було внесено до протоколу обшуку заяви про неналежність йому виявлених працівниками міліції банки з порохом та пакету рослинного походження, схожого на коноплю. Також судом взято до уваги, що при проведенні слідчої дії здійснювався відеозапис, а потім зняті матеріали були перенесені на оптичний диск, але процесуально таке перенесення запису не було оформлено, що є недотриманням порядку отримання доказів, з огляду на положення ч. 3 ст. 107 КПК.

Судом також взято до уваги пояснення понятого, що він не володіє українською мовою на рівні вміння читати і писати, а тому протокол був ним підписаний без попереднього особистого ознайомлення. Через відсутність у матеріалах постанови про призначення експертизи об'єктів, вилучених при обшуку, суд дійшов переконання, що висновок експерта також не може бути визнаний допустимим доказом¹.

Отже, захисник у таких справах повинен займати активну позицію та вносити до протоколів слідчих дій свої зауваження та заяви, а під час судового розгляду подавати в порядку ч. 3 ст. 89 КПК клопотання про визнання доказів недопустимими. Кожний доказ повинен оцінюватися автономно в порядку змагальної процедури, передбаченої ст. 20, 22, 23 КПК та ст. 357, 358, 359 КПК.

Порядок і підстави визнання фактичних даних недопустимими як докази. Про докази, одержані за допомогою провокації

Одним із основних методів боротьби з корупцією є провокації злочину працівниками правоохоронних органів, попри те, що відповідно до ч. 3 ст. 271 КПК забороняється підбурювати (провокувати) особу на вчинення злочину. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

¹ Панова А. В. Там само. С. 55.

Проблема провокації не вирішена остаточно ні в практичному плані, ні в науці кримінального процесу. Контроль за вчиненням злочину є допустимим за умов, якщо встановленими або невстановленими особами підготовлюється або вчиняється тяжкий або особливо тяжкий злочин, розкриття та розслідування якого шляхом провадження інших гласних та негласних слідчих (розшукових) дій неможливе; цей злочин є незакінченим, а також установа контролю з боку органу досудового розслідування забезпечує можливість припинення злочинної діяльності на ранніх стадіях її вчинення¹.

Мета експерименту — перевірка дійсних намірів певної особи, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішення щодо вчинення злочину.

Мета провокації — настання негативних наслідків для особи, на яку спрямована провокація. Провокація здійснюється на підставі заохочення особи до вчинення протиправних дій².

Отже, під провокацією слід розуміти умисну односторонню дію винного, спрямовану на моделювання такої поведінки іншої особи, яка мала би всі зовнішні ознаки злочину з метою дискредитації, шантажу або створення штучних доказів обвинувачення, якщо при цьому діяння особи, що провокується, фактично не наділені ознаками винуватості³. Провокація фактично є злочинними діями осіб, які здійснюють досудове розслідування, що мають на меті «підштовхнути» особу до вчинення злочину, який би за інших умов не був би вчинений⁴.

Тактичною особливістю спеціального слідчого експерименту є необхідність уникнення будь-якого впливу на волю особи. Будь-яке прохання, звернення та іншу подібну дію до конкретної особи вчинити певні дії або прийняти рішення необхідно розцінювати як вплив на вольові характеристики особи. Правомірність провадження спеціального слідчого експерименту буде дотримана тоді, коли особа

¹ Білічак О. А. Контроль за вчиненням злочину: поняття та форми. Учен. зап. Тавр. нац. ун-та ім. В. І. Вернадського. Серія: Юрид. науки. Симферополь, 2014. Т. 27, № 2. С. 130.

² Динту В. А. Спеціальний слідчий експеримент як форма контролю за вчиненням злочину. Порівн.-аналіт. право. 2014. № 4. С. 182.

³ Радачинский С. Н. Уголовная ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа: учебн. пособие. Ростов-на-Дону: Март, 2003. С. 14.

⁴ Панова А. В. Там само. С. 129.

ініціативно вчиняє певні дії, які відбуваються в умовах конспіративного спостереження.

Тлумачення провокації наведене у § 55 рішення ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви» від 05.02.2008 р., відповідно до якого провокації з боку правоохоронних органів «мають місце тоді, коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений».

Суд визначив, що навіть зізнання у злочині, вчиненому внаслідок провокації, не може нівелювати ані факт провокації, ані її наслідки та не звільняє суд від обов'язку перевірити відомості про провокацію.

ЄСПЛ оцінює ситуацію щодо наявності ознак підбурювання особи як таку, що зобов'язує державу розглянути належним чином заяву особи про схилання її до вчинення злочину¹.

У кожному випадку суд повинен встановити, чи знаходиться злочинне діяння в процесі вчинення на той момент, коли агент почав співпрацювати з міліцією. Негласна інформація повинна відповідати вимозі, згідно з якою слідство повинно проводитись в пасивній манері (справа «Веселов та інші проти Російської Федерації» від 02.10.2012 р.).

Працівники ВБНОН Дубенського МВ УМВС України в Рівненській області схилили до співпраці з ними раніше неодноразово судимого Г., щодо якого за останнім вирокком суду був встановлений іспитовий строк, і поставили йому неправомірну вимогу про необхідність притягнення до кримінальної відповідальності будь-якої особи за незаконний збут наркотичної сировини шляхом схилання цієї особи до збуту наркотиків, за що пообіцяли останньому грошову винагороду в розмірі 300 грн. за кожен факт збуту, а також те, що його прізвище в закупках не фігуруватиме. Г., побоюючись можливого переслідування з боку працівників міліції, погодився на їхню пропозицію.

З цією метою він попросив свого знайомого М., з яким перебував у дружніх стосунках, під приводом крайньої необхідності придбати для власного вживання амфетамін, що останній і зробив.

¹ Дроздов О. М. Актуальні питання заборони провокації злочину (за матеріалами практики ЄСПЛ). Правове забезпечення оперативно-службової діяльності: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: Харків, 2016. Вип. 7. С. 251.

За таких обставин матеріали оперативно-слідчих дій є недопустими доказами, а кримінальне переслідування в цьому випадку має характер провокації, організованої працівниками правоохоронного органу.

Вироком Дубенського міськрайонного суду Рівненської області від 06.05.2015 р., залишеним без змін ухвалою апеляційного суду Рівненської області від 08.07.2015 р., М. виправдано у зв'язку з недоведенням його вини у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 307, ч. 2 ст. 307 КК.

ЄСПЛ займає чітку позицію щодо того, що наявність державного інтересу не можна використовувати для застосування доказів, отриманих в результаті поліцейської провокації.

Застосування таких доказів позбавляє особу права на справедливий судовий розгляд. Національне законодавство в таких випадках не відповідає принципу «справедливого судочинства». Про це йдеться у рішеннях ЄСПЛ («Раманаускас проти Литви» від 05.02.2008 р., «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 09.06.1998 р., «Худобін проти Російської Федерації» від 26.10.2006 р., «Ваньян проти Російської Федерації» від 15.12.2005 р.).

Зокрема у справі *«Раманаускас проти Литви»* стверджується, що провокація порушує пункт 1 статті 6 Конвенції.

Застосування спеціальних методів розслідування, зокрема негласних, не може саме по собі порушувати право на справедливий судовий розгляд, і небезпека поліцейської провокації повинна бути обмежена зрозумілими рамками.

Застосування агентів під прикриттям повинно бути обмежене, співробітники поліції можуть діяти таємно, але не займатись підбурюванням (*рішення ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії»*).

Під провокацією розуміють випадки, коли посадові особи поліції, або особи, що діють за дорученням поліції, не обмежують свої дії лише розслідуванням кримінальної справи, а впливають на особу з метою спровокувати її на скоєння злочину, який в іншому випадку не було скоєно.

І навіть якщо особа в минулому була притягнута до кримінальної відповідальності, саме по собі це не є ознакою того, що вона наразі таку здійснює (рішення у справі *«Константін та Стоян проти Румунії»* від 29.09.2009 р.).

Важливим є і питання про те, чи уповноважені органи державної влади просто «приєднались» до здійснення кримінально-караного ді-

яння, або спровокували його. Наводимо кілька прикладів рішень про порушення статті 6 Конвенції¹:

Рішення «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 09.06.1998 р. (п. 36-38). У Конвенції немає положень, що забороняють використання анонімної інформації на стадії розслідування кримінальної справи. Проте подальше використання такої інформації — це інше питання (*рішення «Костовські проти Нідерландів» від 20.11.1989 р.*). Двоє поліцейських не обмежились пасивним розслідуванням злочинної діяльності Тейксейра де Кастро, а навпаки вдалися до спонукання вчинити злочин.

Суд дійшов до висновку, що працівники поліції вийшли за межі функцій негласних агентів і спровокували злочин, а тому немає жодних причин вважати, що без їхнього втручання злочин було б учинено.

Це втручання та його використання означало, що із самого початку заявник був однозначно позбавлений права на справедливий судовий розгляд. Отже мало місце порушення п. 1 ст. 6 Конвенції.

У рішенні від 05.11.2002 р. у справі «Аллан проти Сполученого Королівства» (заява № 48539/99) ЄСПЛ вказав: чи може інформатор вважатися державним агентом, залежить від того, чи відбувся б обмін між обвинуваченим та інформатором за відсутності втручання влади. Чи повинен вказаний доказ вважатись випитаним інформатором, залежить від того, чи була розмова між ним та обвинуваченим функціональним еквівалентом допиту, а також від характеру відносин між інформатором та обвинуваченим. Право зберігати мовчання буде порушене в тому випадку, якщо інформатор діяв у якості державного агента в момент, коли обвинувачений робив свою заяву, і якщо інформатор спонукав обвинуваченого зробити заяву.

Рішення від 15.12.2005 р. у справі «Ваньян проти Росії» (п. 47, 49). Коли дії таємних агентів спрямовані на підбурювання злочину і немає підстав вважати, що він був би скоєний без їхнього втручання, то це виходить за рамки розуміння таємного агента і може бути названо провокацією. Таке втручання може непоправно підірвати справедливість судового розгляду.

Рішення від 05.02.2008 р. у справі «Раманаускас проти Литви» (п. 67-74): суд, щоб встановити, чи обмежились А. Z. та V. S. лише «пасивним розслідуванням протиправної діяльності», повинен врахувати,

¹ Запозичено зі статті адвоката Катерини Алданової: Судово-юридична газета від 11.12.17 р.

що: у справі немає доказів, які б підтверджували, що заявник раніше вчиняв злочини, зокрема пов'язані з корупцією; як засвідчують записи телефонних розмов, заявник неодноразово зустрічався із А. Z. з ініціативи останнього (цей факт, очевидно, спростовує наведені урядом доводи про те, що правоохоронні органи жодного разу не тиснули на заявника і не вдавалися до погроз). Навпаки, через контакти, встановлені з ініціативи А. Z. та V. S., правоохоронні органи явно схилили заявника до протиправних дій, хоча, крім чуток, не було об'єктивних доказів для припущення, що заявник займається незаконною діяльністю.

Цих міркувань достатньо для обґрунтування висновку, що дії працівників правоохоронних органів вийшли за межі пасивного розслідування наявної протиправної діяльності. <...> Однак зізнання у злочині, вчиненому внаслідок підбурювання, не може нівелювати ні факт підбурювання, ні його наслідки. Суд визнав, що А. Z. та V. S. підбурили заявника до вчинення злочину, за який його було засуджено, і що немає підстав вважати, що він вчинив би його без їхнього втручання. Отже, в цій справі мало місце порушення п. 1 ст. 6 Конвенції.

Рішення від 10.03.2009 р. у справі «Биков проти Росії» № 378/02. У цьому випадку судові органи вирішили, що оскільки В. потрапив до помешкання заявника за його ж згоди і не йшлося про телефонне або поштове спілкування, то оспорюваний запис розмови, зроблений дистанційно за допомогою радіопередавача, не порушував чинну нормативно-правову базу. На думку Суду, використання радіопередавача для дистанційного запису розмови між В. і заявником слід віднести, з точки зору характеру і ступеня втручання у приватне життя зацікавленої особи, до прослуховування телефонної розмови. За відсутності конкретних і детальних правил застосування такої техніки нагляду проведення «перевіркової операції» не супроводжувалось належними гарантіями від різноманітних можливих зловживань. Отже, проведення згаданої операції мало ознаки свавілля і було несумісним із вимогами законності.

Рішення від 02.10.2012 р. у справі «Веселов та інші проти Росії», (заяви № 23200/10, 24009/07, 556/10) (п. 103-106). Враховуючи такий сильний акцент на результатах секретних операцій та їх важливість для результату кримінального розгляду, національні органи влади повинні були гарантувати, щоб порядок, відповідно до якого призначались та проводились перевірочні закупки, виключав можливість зловживання повноваженнями, зокрема провокацію. Суд повторив ви-

роблену в його практиці позицію, згідно з якою санкціонування проведення перевіркою закупки шляхом простого адміністративного рішення одного і того ж самого органу, який і проводить дану операцію, без будь-якого незалежного контролю, без необхідності обґрунтовувати проведені операції та практично без формальностей є, по суті, неналежним.

Рішення від 30.10.2014 р. у справі «Носко і Нефедов проти Росії» (п. 54, 62). Суд також відзначав у своїй прецедентній практиці, що негласні операції повинні проводитися пасивним шляхом за відсутності тиску на заявника для вчинення ним злочину за рахунок таких засобів, як прийняття на себе ініціативи в контактах із заявником, наполегливе спонукання, обіцянка фінансової вигоди або звернення до почуття жалю заявника.

ЄСПЛ також враховує, що міліція направила А. до заявниці не прямо, а через колишнього однокурсника заявниці і багаторічного колеги. Залученням Х. до негласної операції і помещенням заявниці в неформальне оточення міліція в деякій мірі розраховувала на довіру заявниці до цієї особи та її бажання допомогти колезі. Таким чином, можна дійти висновку, що міліція не залишалася повністю пасивною і негласна операція включала, зокрема, певний елемент тиску на заявницю.

Отже ЄСПЛ твердо стоїть на позиції пасивної ролі правоохоронних органів при проведенні негласних слідчих дій і недопустимості підбурювання до злочину. Таке підбурювання, як показують наведені приклади, розуміється в достатньо широких рамках і кваліфікується ЄСПЛ як несумісне з вимогами законності та є порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції.

До ознак, які дозволяють кваліфікувати дії прокурора, слідчого або співробітників оперативних підрозділів як провокацію вчинення злочину, слід віднести:

«...1) мету, що полягає у заохоченні особи до вчинення злочину; 2) активну форму поведінки вказаних осіб, що полягає у здійсненні впливу на особу, умовлянні, спонуканні її до вчинення злочину; 3) відсутність схильності та бажання особи до вчинення злочину за наявності реальної можливості його вчинити; 4) наявність достатніх даних про те, що за відсутності ініціативної діяльності вищевказаних осіб злочин не було би вчинено»¹.

¹ Панова А. В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2016. 20 с.

При постановці проблеми провокації адвокат повинен в обов'язковому порядку ознайомитись з ухвалою слідчого судді, висвітлити, на проведення яких саме негласних слідчих дій у кримінальному провадженні було надано дозвіл слідчим суддею. У випадках, коли при виконанні вимог ст. 290 КПК не була надана для ознайомлення ухвала про дозвіл на проведення НСРД, слід ставити питання про недопустимість такого доказу та покладання його в основу вироку. Верховний Суд у справі № 462/5338/14-к від 24 квітня 2018 р. вказав:

за змістом п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК недопустимим є доказ, отриманий при здійсненні процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов.

Як убачається з матеріалів провадження, в своїх апеляційних скаргах засуджена та захисник, серед інших доводів, зазначали про умисне провокування злочину з боку правоохоронних органів та недопустимість доказів, здобутих при проведенні негласних слідчих дій, які були покладені районним судом в основу вироку. Ці доводи суд апеляційної інстанції належним чином не перевірів і мотивованої відповіді у своєму рішенні на них не надав.

Зокрема, спростовуючи доводи сторони захисту про провокацію злочину, апеляційний суд у своєму рішенні лише зазначив, що вказані обставини були перевірені прокурором, оскільки із тексту постанови останнього від 01.07.2014 р. про проведення спеціального слідчого експерименту вбачається, що у справі проводилась перевірка матеріалів досудового розслідування й ознак провокації вчинення злочину ним не виявлено. Разом із цим, правильність цих висновків прокурора суд апеляційної інстанції не перевірів і будь-яких обґрунтувань на їх підтвердження в ухвалі не навів.

Стверджуючи про недопустимість доказів, отриманих в результаті проведення негласних слідчих дій, захисник в апеляційній скарзі вказував на те, що при виконанні вимог ст. 290 КПК та в судовому засіданні стороною обвинувачення не було надано для ознайомлення ухвалу слідчого судді про дозвіл на проведення негласних слідчих дій, а отже захист не мав можливості переконатися в законності джерел отримання цих доказів.

Мотивованої відповіді на цей довід сторони захисту апеляційний суд у своєму рішенні не навів, а лише зазначив, що рішення про проведення контролю за вчиненням злочину ОСОБА_1 прийнято

у відповідності до вимог кримінального процесуального законодавства, а тому результати їх проведення є належними і допустимими доказами, які правомірно покладені судом в основу вироку.

Однак із правильністю цього висновку апеляційного суду погодитись не можна.

Як вбачається з матеріалів провадження, при виконанні вимог ст. 290 КПК стороною обвинувачення не було надано захисту для ознайомлення ухвалу слідчого судді апеляційного суду від 1 липня 2014 року, на підставі якої у справі проводились негласні слідчі дії. Не було надано такої за клопотанням сторони захисту і в судовому засіданні при розгляді справи, хоча дані протоколів їх проведення були покладені судом в основу обвинувального вироку.

Відповідно до положень ч. 12 ст. 290 КПК, якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів, суд не має права допустити ці матеріали як доказ у справі.

За правилами ст. 290 КПК обов'язковому відкриттю підлягають усі зібрані сторонами матеріали, крім випадків, передбачених абз. 2 ч. 6 вказаної норми, у тому числі й ті, які є правовою підставою для проведення органом досудового розслідування негласних слідчих дій (ухвали, постанови, клопотання), що забезпечить можливість перевірки стороною захисту та судом допустимості результатів таких дій як доказів, оскільки за умов, коли стороні обвинувачення відомі всі докази, а сторона захисту не володіє інформацією про них до завершення розслідування, порушується баланс інтересів та принцип рівності сторін у кримінальному процесі.

Як зазначив Верховний Суд України у постанові від 12.10.2017 р. (справа №5-237кс(15)17), недослідження судом першої інстанції процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій, впливає на справедливість судового розгляду в цілому, оскільки відсутність дослідження цих матеріалів викликає сумніви щодо можливості здійснення судом належної оцінки законності проведення таких дій, а також достовірності та допустимості їх результатів як доказів. Недослідження зазначених матеріалів призводить до оперування судом доказами, допустимість яких є імовірною, що в контексті презумпції невинуватості є неприпустимим для обґрунтування рішення про винуватість особи та свідчить про порушення права особи на справедливий суд.

На необхідності надання доступу стороні захисту до матеріалів, які стосуються негласних слідчих (розшукових) дій, як гарантії справедливого судового розгляду неодноразово наголошував у своїх рішеннях і Європейський суд з прав людини («Едвардс і Льюїс проти Сполученого Королівства», «Джасперс проти Сполученого Королівства», «Раманаускас проти Литви», «Банніков проти Росії» та ін.).

Враховуючи наведене, колегія суддів дійшла висновку, що апеляційний розгляд справи був проведений судом без додержання положень статей 2, 370 КПК, а постановлене ним рішення не відповідає вимогам ст. 419 КПК.

Оскільки допущені порушення є істотними, колегія суддів вважає необхідним на підставі п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК ухвалу апеляційного суду скасувати та призначити новий розгляд у цьому суді¹.

Ця аргументація, наведена судом, може безпосередньо використовуватись у процесуальних документах адвоката.

Є випадки, коли провокація злочину здійснюється у формі оперативної закупки, яка проводиться в порядку Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». При цьому зазначається, що згідно з цим законом оперативні підрозділи мають право проводити оперативну закупку товарів, предметів та речовин. Закупка у справі проводилась на підставі постанови начальника відділу контррозвідувального захисту інтересів держави у сфері інформаційної безпеки Управління СБУ в Рівненській області від 27.05.2015 р. При цьому апеляційний суд зазначив, що проведення оперативної закупки здійснюється відповідно до положень ст. 271 КПК. Верховний Суд зазначив, що суд висловив суперечливу позицію щодо правового регулювання підстав для проведення оперативної закупки та допустимості доказів, отриманих у результаті проведення оперативно-розшукової діяльності.

Свою позицію Верховний Суд аргументував так. Відповідно до рішення Конституційного Суду України № 12рп/2011 від 20.10.2011 р. (справа № 1-31/2011) положення статті 62 Конституції України спрямовані на забезпечення прав і свобод людини і громадянина, а саме: обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, тобто обвинувачення у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на фактичних даних, одержаних у результаті оперативно-розшукової діяльності уповноваженою на те особою без дотримання конституційних

¹ Див. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74440190>.

положень або з порушенням порядку, встановленого законом, а також одержаних шляхом вчинення цілеспрямованих дій щодо їх збирання і фіксації із застосуванням заходів, передбачених Законом України № 2135-ХІІ від 18.02.1992 р. «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі — Закон № 2135), особою, не уповноваженою на здійснення такої діяльності.

У вказаному рішенні КСУ зазначено, що визнаватися допустимими і використовуватися як докази в кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина у кримінальному процесі та ухвалення законного і справедливого рішення у справі.

Оперативно-розшукова діяльність в Україні регулюється, зокрема, Законом № 2135, який є складовою кримінального процесуального законодавства.

Водночас, відповідно до положень ч. 3 ст. 9 КПК, закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому Кодексу. При здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу.

Статтею 8 Закону № 2135 встановлено права підрозділів, які, крім іншого, здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Такі підрозділи мають право проводити контрольовану поставку та контрольовану й оперативну закупку товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форми власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь. Проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупок здійснюється згідно з положеннями ст. 271 КПК у порядку, визначеному нормативно-правовими актами Міністерства внутрішніх справ України, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, Служби безпеки України, погодженими з Генеральною прокуратурою України та зареєстрованими у Міністерстві юстиції України.

Згідно з ч.1 ст. 86 КПК доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом.

Відповідно до вимог ч.2 ст. 99 КПК матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп, зібрані

оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону № 2135, за умови відповідності вимогам цієї статті, є документами та можуть використовуватися в кримінальному провадженні як докази. Ці вимоги належать і до фактичних даних, отриманих у ході проведення контрольованої та оперативної закупки, проведеної в межах оперативно-розшукової справи до внесення відомостей про вчинення кримінального правопорушення до ЄРДР.

Порядок, встановлений КПК (процесуальний порядок, форма, процедура), — це певна послідовність (кроки) прийняття кримінальних процесуальних рішень і здійснення кримінальних процесуальних дій. Першим кроком, спрямованим на проведення контрольованої і оперативної закупки товарів, предметів та речовин, є прийняття відповідного рішення прокурором. Прийняття останнього (постанови) є винятковим правом прокурора (ч. 4 ст. 246 КПК). Постанова прокурора про проведення зазначеної закупки в межах оперативно-розшукової справи має свої особливості: у ній не можуть бути зазначені найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер у зв'язку з невнесенням на цьому етапі відомостей про злочин до ЄРДР.

Пунктом 1 ч. 7 ст. 271 КПК на прокурора покладено обов'язок у постанові про проведення зазначеної дії викласти обставини, які свідчать про відсутність під час дії провокування особи на вчинення злочину.

ЄСПЛ при вирішенні питання справедливості судового розгляду в цілому враховує, у тому числі, й спосіб отримання доказів. Не виключаючи можливості використання особливих слідчих методів — агентурних методів, що само по собі не порушує права на справедливий судовий розгляд, ЄСПЛ висловив позицію, що у зв'язку з ризиком підбурювання з боку поліції при використанні таких методів, їх використання має бути обмежено чіткими рамками (справа «Раманаускас проти Литви»).

Проте, як убачається з матеріалів кримінального провадження, процесуальний порядок винесення рішення про проведення оперативної закупки у ОСОБА_1 не був дотриманий.

На усі наведені порушення вимог процесуального закону засуджений вказував у своїй апеляційній скарзі. Однак усупереч ст. 419 КПК апеляційний суд в ухвалі не дав на них вмотивованої відповіді, послався лише на Закон № 2135 як на підставу для проведення оперативної закупки, але не навів свого висновку, чи відповідає постанова

від 27.05.2015 р. про проведення зазначеної слідчої дії положенням ст. 271 КПК. Тобто, обґрунтованих відповідей на доводи апеляції за-судженого ухвала не містить¹.

Визнання висновку експерта недопустимим доказом

У своїй повсякденній практиці обвинувачення намагається опиратись на експертні висновки як на доказ, який важко спростувувати в суді і який не має наперед встановленої доказової сили (ч. 2 ст. 94 ч. 10 ст. 101 КПК). Плідну роботу в цьому напрямі здійснив відомий адвокат О. Несінов². Разом з тим, іноді вистачає здорового глузду, для того щоб піддати експертизу ніщивній критиці так, як це зробив «Адвокат № 1» С. Л. Арія: *Справа в тому, що на практиці суди ставляться до висновку експерта як до істини в останній інстанції і не схильні прислухатися до критики адвоката, як до особи, яка не є спеціаліст-ом. Розберемося з переконливістю цих доказів.*

Висновок експертизи зовні виглядає солідно — бездоганно оформлений на бланках наукової установи. Але якщо осмислити, що саме вчиняли експерти, то виявиться, що від науки тут тільки грифи на бланку. Фотографують накладну і її копію, потім складають діапозитиви так, щоб сумістити текст, і потім така ж людина, як ми з вами, без допомоги приладів дивиться, яка частина тексту не суміщається.

Далі ця людина бере папір з грифом научного відділу і пише: «В такій-то накладній має місце несуміщення». Це нам зрозуміло: експерт побачив дефект. Але далі він пише: Таке несуміщення є результатом пізньої дописки, а таке (завжди з числа тих, що не відносяться до обвинувачення) могло статися від випадкового зсуву під час заповнення». Тут вже неясно, за якими характерними ознаками експерт ділить несуміщення на сліди підробки і на випадкові.

Обидві стадії експертизи не дають достовірного результату у зв'язку з відсутністю в них наукової основи. Експерт пише у висновку, що несуміщення тексту визначалось ним візуально. Якщо це мудре слівце перевести, то воно буде звучати більш зрозуміло: на око. Тобто висновки експерта про співпадіння або неспівпадіння тексту

¹ Див. ЄДРСР. Постанова Верховного Суду від 03.05.2018 р. у справі № 569/11930/15-к. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73868748>.

² Несінов О. М. Там само. С. 11.

грунтуються тільки на зоровому сприйнятті звичайного смертного і не є результатом наукового дослідження...

Я не голослівний. Візьміть висновок експертів по накладній № 90. В ній є ряд несуміщень тексту. В тих частинах накладної, які потрібні обвинуваченню, експерт пише: «дописано пізніше», а ті зсуви, які не стосуються обвинувачення, експерт відносить до випадкових. За якими ознаками, за яким критерієм? Невідомо. Мовчать. І я думаю, що причини такого підходу належить шукати не в якихось таємничих особливостях тексту, а в службовому становищі експертів, у їх лояльному ставленні до зусиль слідства...¹

Висновок експертизи повинен містити фактичні дані, які не викликають сумніву. Однак детальний аналіз висновку, співставлення його з показаннями інших осіб, перепроверка наведених фактичних даних навіть самим адвокатом може виявити істотні неточності, які були допущені. По одній із справ адвокат разом з клієнтом кроками виміряв відстані, а також час, який потрібен був свідку, щоб дійти до місця злочину, і виявив повну невідповідність і показань свідка, і зазначених відстаней. Після енергійних дій адвоката — клопотань про відтворення обставин події було спростовано обвинувачення в цілому.

В іншій справі заявник стверджував, що особисто бачив через вікно, як передавались гроші з рук у руки у кабінеті (які він назвав хабарем). Прокурор довірився сумнівним заявам особи, порушив кримінальну справу, але відтворення обстановки та обставин події повністю спростувало можливість побачити те, що говорив заявник. Пізніше з'ясувалось, що особи, щодо яких давав показання заявник, взагалі знаходились у відрядженні і не могли бути в кабінеті у визначений заявником день. Отже, **перевірка і спростування фактичних даних можуть поставити під сумнів висновок експерта.**

Висновок повинен бути отриманий відповідно до встановленого законом порядку. Процедура призначення експертизи часто порушується, і адвокат повинен провести скрупульозний аналіз всіх обставин призначення експертизи, а також з'ясувати, чи має експерт відповідну кваліфікацію, чи він призначений слідчим суддею (ст. 242, 243 КПК), чи дотримано вимоги до змісту висновку (ст. 102 КПК), чи мають висновки експерта значення для кримінального провадження і чи належать вони до обставин, що підлягають доказуванню (ст. 91 КПК).

¹ Арія С. Л. Жизнь адвоката. Москва. 2010. С. 51.

В п. 17 постанови Пленуму ВСУ «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» № 8 від 30.05.1997 р. роз'яснено, що при перевірці й оцінці експертного висновку суд повинен з'ясувати:

- чи було додержано вимоги законодавства при призначенні та проведенні експертизи;
- чи не було обставин, які виключали участь експерта у справі;
- компетентність експерта і чи не вийшов він за межі своїх повноважень;
- достатність поданих експертові об'єктів дослідження;
- повноту відповідей на порушені питання та їх відповідність іншим фактичним даним;
- узгодженість між дослідницькою частиною та підсумковим висновком експертизи;
- обґрунтованість експертного висновку та його узгодженість з іншими матеріалами справи¹.

Адвокат повинен поставити цю проблему перед судом. Без ініціативи адвоката така перевірка висновку експерта може і не відбутися.

Відповідно до ст. 243 КПК експерт призначається за рішенням слідчого судді. Якщо експерт призначений з порушенням цієї норми, то адвокат вправі заявити клопотання про визнання такого доказу недопустимим, оскільки відсутнє попереднє рішення слідчого судді на проведення відповідної дії. До речі, експертна установа і експерт зобов'язані знати ці вимоги закону, і якщо вона свідомо це порушила і розпочала експертизу, то це дає підстави і для відводу експерта або відповідної установи.

При прийнятті рішень слідчі судді не досліджують докази, на які посилається прокурор (слідчий), а тільки переписують їх у своє рішення. Значна частина цих рішень проводиться слідчими суддями без участі адвокатів. Адвокат повинен добиватись дослідження доказів (в тому числі й експертизи), пам'ятаючи, що:

- недоведення доказової бази до відома захисту може загрожувати рівності сторін (а також праву на змагальний судовий розгляд) (справа ЄСПЛ «Куопіла проти Фінляндії»);
- переконливість кожного доказу доводиться у змагальній процедурі безпосередньо перед тим складом суду, який дає цьому доказу значущу оцінку (постанова ВСУ від 21.10.2016 р. № 5-249к15);

¹ Несінов О. М. Там само. С. 71.

— верховенство права ґрунтується на тому, що втручання органів виконавчої влади у права осіб має підлягати ефективному контролю, який зазвичай здійснюється судовим органом як останньою інстанцією, оскільки судовий контроль дає найбільші гарантії незалежності, безсторонності та здійснення належного провадження.

Заслуговує на увагу і рішення Конституційного Суду України від 20.10.2011 р. № 12-рп/2011: *положення першого речення частини третьої статті 62 Конституції України, відповідно до якого обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, слід розуміти так, що обвинувачення у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на фактичних даних, одержаних в результаті оперативно-розшукової діяльності уповноваженою на те особою без дотримання конституційних положень або з порушенням порядку, встановленого законом, а також одержаних шляхом вчинення цілеспрямованих дій щодо їх збирання і фіксації із застосуванням заходів, передбачених Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», особою, не уповноваженою на здійснення такої діяльності.*

Отже, ці правові висновки, наведені О. Несіновим, адвокати повинні використовувати у своїй аргументації при складанні процесуальних документів. І О. Несінов вказує, що матеріали досудового розслідування (а тим більш показання свідків) не є доказами обґрунтованості підозри чи наявності ризиків, бо отримані поза відкритою та змагальною процедурою, а тому суди не мають права посилалися на них без безпосереднього дослідження в судовому засіданні (ст. 23 КПК) та не повинні називати джерело доказів доказами¹. Раніше ці позиції були висловлені і А. В. Пановою з точки зору загальних положень теорії доказового права.

Підстави для визнання фактичних даних недопустимими

Приступаючи до аналізу доказів, адвокат в першу чергу шукає підстави для визнання фактичних даних недопустимими. Такою підставою згідно з п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК є здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його істотних умов.

¹ Несінов О. М. Там само. С. 38-39.

Проведення процесуальних дій без ухвали слідчого судді порушує права людини та зобов'язує суд визнати фактичні дані недопустимими як доказ. Якщо адвокат займає активну позицію, не чекає, що суд з власної ініціативи визнає ті чи інші фактичні дані недопустимими як доказ, то він може розраховувати на успішне вирішення його клопотання.

В цьому плані показова справа № 667\4011\15-к Комсомольсько-го районного суду м. Херсона. Відповідно до ч. 2 ст. 237 КПК огляд житла здійснюється згідно з правилами, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи.

У ст. 234 КПК зазначено, що обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді (ч. 2). Посилання прокурора на наявність заяви власника квартири на проведення огляду суд визнав необґрунтованим, оскільки законом не передбачена як підстава для проведення огляду чи обшуку житла згода власника.

Згідно зі ст. 233 КПК така згода можлива лише при проникненні до житла чи іншого володіння особи, тому не позбавляє прокурора, слідчого від обов'язку звернутися з клопотанням до слідчого судді про проведення обшуку чи огляду житла. Тому суд визнав фактичні дані, здобуті в результаті огляду, недопустимими як доказ.

За відсутності ухвали слідчого судді суд визнав, що оперативно-розшукова діяльність, під час здійснення якої нібито було виявлено факт вчинення обвинуваченими злочину, проводилась з істотним порушенням прав та свобод людини, а саме *процесуальні дії, які потребують попереднього дозволу суду, здійснювалися без такого дозволу*¹.

Отже суд розмежував положення ч. 1 ст. 233 КПК стосовно можливості проникнення до житла чи іншого володіння особи, яка ними володіє, за її добровільною згодою та вимоги закону стосовно проведення обшуку або огляду, які повинні проводитись на підставі ухвали слідчого судді.

Як виняток з цього правила слід розглядати невідкладні заходи або проведення слідчого експерименту.

Згода на проникнення повинна бути письмовою. Отже, проникнення до житла чи іншого володіння особи може здійснюватись з метою проведення обшуку чи огляду².

¹ Панова А. В. Там само. С. 61-62.

² Панова А. В. Там само. С. 63.

У судовій практиці не завжди зустрічається такий скрупульозний підхід з боку суду, але захисники повинні взяти на озброєння цю аргументацію і відстоювати свої позиції.

Рівненський районний суд м. Рівного визнав недопустимим доказом проведення негласних слідчих дій у пункту пропуску вагонів через кордон. Пункт пропуску не є публічно доступним місцем, для тимчасового перебування там потрібен спеціальний дозвіл. Тому негласні дії повинні були проводитись виключно на підставі ухвали слідчого судді або за рішенням слідчого, узгодженого з прокурором, або прокурора. У такому разі прокурор зобов'язаний був невідкладно звернутися з клопотанням до слідчого судді.

Обвинувачення у справі М. ґрунтувалось на матеріалах оперативної закупки наркотичних засобів. Проведеним у суді дослідженням встановлено низку грубих порушень закону при одержанні цих доказів, а саме:

- адреса НСД не відповідала адресі, зазначеній в обвинувальному акті;
- постанова прокурора на проведення таких дій не конкретизована (не зазначено, що слідчі дії проводились із застосуванням технічних засобів);
- у протоколі не вказано конкретний проміжок часу її проведення;
- у протоколі огляду покупця не зазначено про наявність у нього технічних засобів;
- дозвіл на проведення НСД слідчим суддею не надавався. Підстави для проведення відеоконтролю особи були відсутні. Обвинувачення всупереч вимогам ч. 3 ст. 23 та ч. 2 ст. 256 КПК не забезпечило явку в судове засідання та допит особи, яка здійснювала оперативні закупки у обвинувачених.

Огляд місця події (автомобіля, з якого вилучено психотропну речовину) проведено лише з дозволу співвласника автомобіля без ухвали слідчого судді. У порушення вимог ч. 3 ст. 233 КПК слідчий звернувся до слідчого судді лише через 2 дні після огляду автомобіля. При цьому питання огляду речей Г. не порушувалось (психотропна речовина виявлена саме у нього).

Вилучення речового доказу з порушенням встановленого порядку знівелювало результати експертного дослідження (український варіант принципу, що отруєна яблуня дає «отруєні» плоди), а відтак і проведена експертиза є недопустимим доказом. Суд визнав

одержані фактичні дані недопустимими як доказ і постановив виправдувальний вирок.

При оцінці допустимості фактичних даних і відомостей, отриманих в результаті НС(Р)Д, проведених у виняткових невідкладних випадках, потрібно мати на увазі, що закон вимагає, щоб такі дії були узгоджені із прокурором і обумовлені обставинами, за яких може настати реальна загроза життю людей або вчинено тяжкий чи особливо тяжкий злочин.

Недійсність процесуальної дії та отриманих результатів при порушенні вимог ч. 6 ст. 107 КПК

У відповідності до ч. 6 ст. 107 КПК, незастосування технічних засобів фіксування кримінального провадження, у випадках, якщо воно є обов'язковим, тягне за собою недійсність такої дії та одержаних результатів, — стверджує у своєму виступі на конференції д. ю. н. В. В. Гловюк. У ч. 6 ст. 107 КПК ми маємо певний недолік юридичної техніки, оскільки правильно б було вказувати не на недійсність процесуальної дії, а вживати термін «допустимі або недопустимі докази». Кримінально-процесуальна санкція у вигляді визнання недопустимими доказів передбачена лише для обшуку (п. 4 ч. 3 ст. 87 КПК)¹.

Разом з тим, відповідно до п. 7 ч. 2 ст. 412 КПК відсутність технічного носія інформації відноситься до істотних порушень кримінального процесуального закону і за певних умов це може бути використано судом в окремих випадках. Адвокат Д. В. Пономаренко зробив висновок, що розгляд слідчим суддею клопотання або іншого питання, без фіксування технічними засобами, тягне за собою недійсність відповідної процесуальної дії. КПК не містить визначення поняття «недійсний». Однак цей термін в юриспруденції використовується й означає: «той, що не створює юридичних наслідків». Адвокати повинні широко використовувати ці обставини і у всіх випадках, коли відсутній технічний носій інформації, наполягати на тому, що така процесуальна дія є недійсною, а тому не створює юридичних наслідків (ч. 6 ст. 107 КПК).

¹ За матеріалами наукової конференції в Одесі 2018 р.

Використання не зазначеної в ухвалі інформаційної системи або негласне отримання зразків

«В ухвалі суду про дозвіл на втручання у приватне спілкування через втручання в електронну інформаційну систему мають бути зазначені «ідентифікаційні ознаки» такої системи (ч. 3 ст. 264). Якщо ж для втручання використовувалась інша інформаційна система, це буде порушенням суттєвих умов дозволу»¹. Зауважимо, що в цій ситуації доцільно залучати до участі спеціаліста для обґрунтування і роз'яснення суду, що таке «ідентифікаційні ознаки» інформаційної системи.

Отже в ухвалі слідчого судді про дозвіл на втручання у приватне спілкування додатково повинні бути зазначені ідентифікаційні ознаки електронної інформаційної системи, у якій може здійснюватися втручання у приватне спілкування (найменування електронної інформаційної системи, фізична адреса розташування її файлових серверів та робочих станцій або електронна адреса в мережі Інтернет, її власник, володілець або утримувач), та спосіб, яким обмежений доступ до неї.

Відповідно у клопотанні до суду, що вноситься слідчим, прокурором, повинні бути вказані серійні номери персональної електронно-обчислювальної машини (ПЕОМ).

Обов'язковою умовою законності НС(Р)Д – негласне отримання зразків є зазначення у клопотанні слідчого, прокурора про надання дозволу на негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження, а в ухвалі слідчого судді – відомостей про конкретні зразки, які планується отримати.

Проведення огляду або обшуку в іншому місці, ніж зазначено в ухвалі

Якщо обшук або огляд проведений в іншому житлі чи володінні особи, ніж у тому, яке зазначене в ухвалі про надання відповідного дозволу, – то це підстава для визнання одержаних фактичних даних недопустимими як докази.

¹ Панова А. В. Там само. С. 65.

В літературі наводиться приклад, за яким в ухвалі слідчого судді про обшук не був вказаний транспортний засіб, в якому знайшли метадон і опій. Оскільки ухвала містила вказівку на обшук квартири, а транспортний засіб не був зазначений, суд визнав одержані фактичні дані недопустимими як доказ.

Прикладом порушення суттєвих умов дозволу на проведення процесуальних дій є здійснення такої дії за іншою адресою, ніж зазначена в ухвалі слідчого судді, а також проведення дії, яка є іншою, ніж та, на яку отримано дозвіл.

Так слідчий одержав ухвалу на проведення візуального спостереження за автомобілем. Оперативні працівники детально описали, куди заходили підозрювані і чим займались поза межами автомобіля. Фактично було проведено спостереження за особою, що ухвалою слідчого судді не було передбачено. Як на підставу його проведення було вказано на постанову слідчого. Суд визнав, що така постанова не відповідає вимогам ст. 251 КПК, а одержані докази є недопустимими.

Недотримання строків дії ухвали

Поширеними є порушення суттєвих умов, які полягають у недотриманні строків дії ухвали про дозвіл на обшук житла, а також вимоги щодо можливості проникнення до житла чи іншого володіння особи лише один раз (п. 1 ч. 2 ст. 235 КПК та ч. 1 ст. 235 КПК).

Відповідно до ст. 269 КПК НС(Р)Д у вигляді спостереження може проводитись за особою, місцем або річчю, при цьому лише слідчий суддя апеляційної інстанції може надавати дозвіл на проведення такої дії, як спостереження за особою.

Слідчий суддя, надаючи дозвіл на проведення спостереження за річчю у публічно доступних місцях, не визначив ані початок її проведення, ані строк, на який надається дозвіл, що є істотним порушенням вимог ст. 251 КПК.

У постанові не було обґрунтовано неможливість отримання відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб, без надання дозволу на проведення НС(Р)Д, що також є порушенням вимог КПК. У цьому випадку потрібно також керуватися й Інструкцією «Про організацію проведення негласних (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні».

ПОРУШЕННЯ ПРИ ПРОВЕДЕННІ СПОСТЕРЕЖЕННЯ

Згідно з ч. 2 ст. 269 КПК та п. 1.11.11 вищезазначеної Інструкції при проведенні спостереження за річчю у публічно доступних місцях оперативні підрозділи можуть проводити фіксацію дій певних осіб лише в момент контакту із річчю, зазначеною в постанові слідчого. Подальше спостереження за особою потребує наявності ухвали слідчого судді Апеляційного суду¹.

У схожій ситуації в іншій справі захисник подав 46 клопотань про визнання доказів недопустимими, оскільки спостереження за особами велося на підставі постанови слідчого, а не слідчого судді Апеляційного суду.

Реалізація принципу «отруєне дерево дає отруєні плоди»

У конкретній справі захист вважав недопустимими доказами протокол добровільної видачі диктофону, протокол огляду цього диктофону та прослуховування аудіозапису розмови, USB-флеш-накопичувача з копією запису, зробленого хабародавцем.

Ці докази є недопустимими тому, що сам диктофон, на який було записано розмову, суду не надано і USB-флеш-накопичувач, на якому зафіксовано розмову, для відповідного дослідження експерту не направлявся.

З показань вбачається, що розмову з К. записано з власної ініціативи заявника, ще до звернення із заявою про злочин до відповідних правоохоронних органів.

Відповідно до правової позиції Конституційного Суду України, викладеної в рішенні № 12-рп/2011, такі докази є недопустимими.

Самостійне збирання та фіксація доказів за допомогою технічних засобів не уповноваженою на те особою поза межами встановленої законом процесуальної процедури дає підстави для визнання доказів недопустимими.

¹ Панова А. В. Там само. С. 69-70.

КАТУВАННЯ

За п. 2 ч. 2 ст. 87 КПК суд зобов'язаний визнати істотним порушенням прав людини і основоположних свобод отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження, або погрози застосування такого поводження. Заборона катувань чи іншого нелюдського поводження не знає винятків, а отже, право на повагу до гідності є абсолютним. Держава зобов'язана провести ефективне офіційне розслідування на підставі обґрунтованої скарги про неналежне поводження. Справа «Лабіта проти Італії», справа «Салман проти Туреччини», справа «Спінов проти України», справа «Живіцький проти України», справа «Алексахін проти України» та інші засвідчують, що катування та нелюдське поводження і безпосередньо ст. 3 КЗПЛ знаходяться в центрі уваги ЄСПЛ.

А. В. Панова висловила позицію, що згідно з п. 2 ч. 2 ст. 206 КПК слідчий суддя, суд при отриманні заяви має доручити провести дослідження фактів, викладених у ній. У вказаних випадках, на її думку, така заява повинна вноситись в ЄРДР і перевірятись шляхом проведення досудового розслідування. Доручення ж перевірки прокурору не є ефективним способом захисту і не відповідає чинному законодавству¹. Адвокатам вигідно підтримати таку позицію, оскільки вона посилює як гарантії адвокатської діяльності, так і права підозрюваного та обвинуваченого.

Адвокати повинні добиватись перевірки заяв про катування. Наприклад, у випадку визнання недопустимим слідчого експерименту Верховний Суд у постанові № 51-893км18 від 19.04.18 р. вказав: «із матеріалів кримінального провадження убачається, що в суді першої інстанції ОСОБА_3 повідомив про застосування до нього працівниками міліції недозволених методів слідства, внаслідок чого він змушений був себе оговорити. Для перевірки вказаних тверджень місцевий суд двічі направляв запити до прокуратури Одеської області з вимогою провести відповідну перевірку (т. 3 а.к.п. 36, 82)».

У подальшому місцевий суд, не отримавши результати вказаної перевірки, 25.01.16 р. постановив обвинувальний вирок і лише 03.02.16 р. до цього суду надійшов лист-відповідь прокуратури Одеської області від 27.01.16 р. про відсутність підстав для проведення такої перевірки (т. 3 а.к.п. 100).

¹ Панова А. В. Там само. С. 82-83.

На ці порушення не звернув уваги апеляційний суд, не усунув їх та не забезпечив проведення відповідної перевірки вказаної заяви в установленій законом спосіб, що суперечить усталеній практиці ЄСПЛ, який у своїх рішеннях неодноразово наголошував на необхідності проведення ефективного офіційного розслідування скарг особи про те, що вона була піддана поганому поводженню зі сторони суб'єктів владних повноважень (справи «Вергельський проти України» та «Яременко проти України»).

Між тим за результатами такої перевірки, здійсненої шляхом проведення уповноваженим органом офіційного розслідування, по суті визначається допустимість такого доказу, як слідчий експеримент із ОСОБА_3, під час якого здобуті, зокрема, речові докази в цьому кримінальному провадженні (молоток, вилучений із громадського туалету, на який вказав ОСОБА_3, тощо).

За таких обставин рішення апеляційного суду як таке, що поставлене з істотними порушеннями кримінального процесуального закону, які перешкодили суду ухвалити законне та обґрунтоване судові рішення, відповідно до ч. 1 ст. 438 КПК підлягає скасуванню з призначенням нового розгляду в суді апеляційної інстанції.

Потрібно мати на увазі, що обвинувачення намагається використати слідчий експеримент з метою протягнути показання, які на слідчому експерименті дав обвинувачений, всупереч вимогам ч. 4 ст. 95 КПК про те, що суд «не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них. Ось уривки із захисних промов адвоката, де захисник критикує таку позицію обвинувачення:

ШАНОВНІ ПРИСЯЖНІ!

У першу чергу я звертаюсь до Вас. Бо держава, нічого не зробивши для Вашої підготовки до майбутніх процесів, поклала на Вас величезну відповідальність за долю людей, які тепер сидять на лаві підсудних. І якщо суд буде несправедливий, якщо Ви ухвалите вирок людям, щодо яких у Вас є сумніви відносно їх вини, то Ви надовго втратите спокійний сон і Вас роками будуть мучити докори сумління за несправедний вирок.

І якщо хтось скаже Вам, що помилку можуть виправити в апеляційному або навіть Верховному Суді, не вірте цьому. Бо в першу чергу це буде Ваша помилка. І це Вашими руками будуть несправедливо засуджені люди. Ви перша та остання інстанція, де присутні у складі

суду представники народу. А далі тільки професійні люди, які залежать не тільки від своєї суддівської совісті.

У нашому судовому процесі головуючий вже висловлювався, що Ви без сторонньої допомоги не зможете розібратись у складностях кримінального процесу. Але це не так.

Для того щоб розібратись у найважливішому, кардинальному питанні справи – питанні, чи винні люди, які сидять на лаві підсудних, непотрібне знання закону. У цивілізованому світі присяжні самі, без професійних суддів, вирішують питання вини, і там теж вони не мають юридичної освіти. Щоб вирішити питання вини людей, які сидять на лаві підсудних, Вам достатньо скористатись своїм життєвим досвідом, а він у Вас є, і здоровим глуздом.

Ми, адвокати, спостерігали, з якою напруженою увагою ви дивились відеозапис так званого слідчого експерименту, де один з обвинувачених у кабінеті слідчого розповідав про вбивство, яке на його очах вчинив другий обвинувачений. Потім його посадили в «автозак», як в народі називають автомашину, в якій перевозять арештованих, та привезли на місце гаданого злочину.

Якщо би це був справжній слідчий експеримент, то прокурор мав би право провести відтворення дій, обстановки злочину, здійснити необхідні досліді, провести вимірювання і скласти плани та схеми. Отже, обвинуваченого повинні були не везти в закритому без вікон «автозаку», а посадити в автомашину, щоб він показував дорогу до місця злочину. Ви спостерігали місце на дорозі, куди привезли обвинуваченого, і бачили той «автозак».

Після цього обвинуваченого пристебнули кайданками до співробітника міліції і той повів його на місце гаданого злочину. І ніякий це не слідчий експеримент. Бо одержано не викривальну інформацію від обвинуваченого, а тільки показано слідством місце, де було знайдено труп. І обвинувачений так і не підтвердив, що це саме те місце, де відбулося вбивство.

Отже, це слідчі, а не обвинувачений, Вам продемонстрували дорогу до місця, де було знайдено труп. І слідство, насправді, так і не встановило, де було здійснено вбивство: на тому місці, де було знайдено потерпілого, чи його, вже мертвого перенесли на це місце. Що стосується пояснень, наданих під час слідчого експерименту в кабінеті слідчого і на гаданому місці злочину, то вони є очевидно недопустимим доказом, і прямо суперечать ч. 4 ст. 95

КПК, яка встановлює правило, що «суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них».

ШАНОВНІ ПРИСЯЖНІ!

Ви знаєте, що захист подавав клопотання про визнання слідчого експерименту таким, що не може бути використаний як доказ. Професійні судді переконали Вас, що це питання потрібно вирішувати у нарадчій кімнаті при підготовці і ухваленні вироку.

Хочу зупинитись на цьому окремо. Є норма закону (ст. 95 КПК), яка каже: «Суд може обґрунтувати свої висновки лише на тих показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання». А обвинувачений у судовому засіданні дав зовсім інші пояснення та ще й розповів, що його катували. Ви бачили на відеозапису інший допит у кабінеті слідчого, де обвинувачений, сидючи на стільці у кайданках, без участі адвоката корчився від болю і давав пояснення, а із сусіднього кабінету було чути стогони і крики від іншого підсудного, якого там у цей момент катували, на що захист звертав Вашу увагу.

І для того щоб це усвідомити і зрозуміти, Вам, присяжним, не потрібно якесь особливе знання закону. Цей, так званий слідчий експеримент не може бути використаний на підтвердження вини підсудних.

Підсудних обвинувачують в умисному заподіянні смерті людини з корисних мотивів. Покарання за це — від 10 до 15 років або довічне позбавлення волі. Це ст. 115 КК. Але з досліджених у суді експертизи ми знаємо, що потерпілий не помер відразу. Він ще продовжував певний час жити і, можливо, вижив би, якби йому своєчасно була надана медична допомога.

Більше того. У справі так і не з'ясовано, чи був умисел у особи, яка, на думку захисту, так і не встановлена, саме на вбивство. Адже не викликає сумніву, згідно з проведеними експертизами, що потерпілий ще продовжував жити, а гаданий вбивця, не переконавшись у його смерті, пішов з місця події... І якщо це так, якщо той гіпотетичний вбивця пішов, бо йому було байдуже, чи помре ця людина, чи виживе, то тоді це не умисне вбивство, а нанесення тяжких тілесних ушкоджень, які спричинили смерть потерпілого. І тоді це зовсім інша стаття (121), яка карається на строк від 7 до 10 років.

Як бачите, Вам не обов'язково знати ці статті. Це ми, прокурори і адвокати, повинні роз'яснити ці обставини Вам. У Вас же достатньо життєвого досвіду і мудрості, щоб зрозуміти ці обставини і прийняти рішення в нарадчій кімнаті...

**Порушення права на захист
(ч. 3 ст. 129 Конституції України,
п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК та ст. 6 КЗПЛ)**

Основний зміст цього права викладено у ст. 20 КПК, яка передбачає право надати письмові та усні пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, збирати і подавати докази, користуватись правовою допомогою захисника, а також користуватись іншими процесуальними правами, передбаченими законодавством. Стаття 20 КПК відкриває можливості для виступу адвоката з поясненнями на обвинувальний акт (вступною промовою) після виступу прокурора.

ЕСПЛ у справі «Лучанінова проти України» від 09.09.11 р. у п. 63 зазначив, що «для здійснення обвинуваченням свого права на захист йому зазвичай повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника з самого початку провадження...». Відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК розгляд справи за відсутності захисника, якщо його участь обов'язкова, є безумовною підставою для скасування судового рішення.

Будь-які перешкоджання професійній діяльності адвоката (вимагання документів, що не передбачено законом, для допуску до участі у кримінальному провадженні; проведення С(Р)Д щодо адвоката без доведення необхідності такого втручання та переслідування правомірної мети; втручання в адвокатську таємницю тощо) мають розцінюватися як порушення права на захист, а отже — і визнання фактичних даних, отриманих з такими порушеннями, недопустимих як докази¹.

Безумовною підставою для визнання фактичних даних недопустимими як докази є отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитись від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права (п. 4 ч. 2 ст. 87 КПК).

¹ Панова А. В. Там само. С. 92-93.

До засад кримінального провадження належить ст. 18 КПК, в якій у розвернутій формі представлено право особи не бути примушеною до визнання своєї винуватості у вчиненні кримінального правопорушення та надання пояснень і показань, які можуть стати підставою для підозри, обвинувачення. Свобода від самовикриття передбачає право мовчати з приводу підозри і обвинувачення, право відмовитись відповідати на запитання, право не свідчити проти себе і бути поінформованим про ці права тощо. Стаття 18 КПК знаходиться у певному взаємозв'язку з презумпцією невинуватості.

Право на перехресний допит

До безумовних підстав визнання фактичних даних недопустимими як докази віднесено також і порушення права на перехресний допит (п. 5 ч. 2 ст. 87 КПК). Таке право передбачено також п.(d) ч. 3 ст. 6 КЗПЛ. Позбавлення особи права на перехресний допит є порушенням права на справедливий суд та права на захист і є безумовною підставою для визнання одержаних фактичних даних недопустимими як доказ.

На практиці суди порушують право на перехресний допит, знімаючи певні питання з посиланням на те, що на це питання вже надано відповідь. Захисник повинен реагувати на такі дії головуючого шляхом подання протесту (заперечення) в п. 10 ч. 2 ст. 42 КПК. Такі дії суду можна також оцінювати як порушення права на перехресний допит.

А. В. Панова наголошує, що пп.1 і 3(d) ст. 6 КЗПЛ вимагають надання підсудному відповідної та належної можливості заперечувати докази свідка обвинувачення і допитати його або під час надання останнім своїх показань, або пізніше¹. Такі слова вченого – справжній бальзам на душу адвоката. Можна пригадати, що в ст. 263 КПК 1960 року було правило: підсудний має право *«давати показання по суті справи в кожний момент судового слідства або відмовитися давати показання і відповідати на запитання»*. Ефективність цієї норми в першу чергу полягала в тому, що показання свідка підсудний мав можливість заперечити тут же в його присутності. В сучасному процесі такої можливості підсудному (обвинуваченому) судді, як правило, не надають.

¹ Панова А. В. Там само. С. 101.

У всякому разі, якщо засудження виключно або вирішальною мірою ґрунтується на показаннях особи, допитати яку чи домогтися допиту якої підсудний не мав можливості ані під час досудового слідства, ані під час судового розгляду, права захисту є обмеженими в тій мірі, що є несумісними з гарантіями, передбаченими ст. 6 КЗПЛ¹ (справи «Корнев і Карпенко проти України», «Солаков проти колишньої Югославської Республіки Македонії», «Унтерпертінгер проти Австрії»).

В Україні не дозволяється використовувати позасудові свідчення (ч. 4 і 8 ст. 95 КПК). Докази, отримані в порядку ст. 225 КПК, мають бути визнані недопустимими, якщо під час допиту у слідчого судді сторона захисту не мала змоги провести перехресний допит.

Право на мовчання є однією зі складових права на справедливий суд. На практиці адвокатам далеко не завжди вдається реалізувати це право підозрюваного, обвинуваченого через позицію свого клієнта, якому хочеться тут же, одразу розповісти слідчому, прокурору, суду про свою невинуватість. Разом з тим право на мовчання у певних ситуаціях є ефективним захисним ресурсом і адвокат, розробляючи тактику і стратегію захисту, повинен мати це на увазі.

У справі Н. адвокати вирішили, щоб їх клієнт не давав свідчень через його психологічну вразливість. Чотири прокурори, які сиділи в процесі, навпаки, чекали тільки моменту допиту, підготувавши до обвинуваченого більше сотні запитань. Адвокати ж переконували Н., щоб він не надав прокурорам такого задоволення, як ефективний і тривалий допит. Було вирішено, що Н. висловить те, що він хоче сказати в останньому слові. В такий спосіб було використано позицію мовчання та надання можливості висловити те, що бажав сказати обвинувачений в останньому слові.

«Правило Міранди» у США визначає, що особа має бути попереджена до початку допиту, що вона має право зберігати мовчання та право на присутність адвоката. До того моменту, поки обвинувач не доведе, що такі роз'яснення були надані і що особа відмовилась скористатись своїми правами, докази, отримані в результаті допиту, не можуть бути використані проти неї.

В Україні зазначене правило законодавчо закріплено у статті 20 КПК. До цього правила примикає і норма п. 3 ч. 1 ст. 66 КПК щодо

¹ Панова А. В. Там само. С. 101.

права свідка відмовитись давати показання, що можуть стати підставою для підозри, обвинувачення.

Недопустимими є також докази, що були отримані від свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні (п. 1 ч. 3 ст. 87 КПК)

Докази, отримані з показань свідка, який у подальшому набув статусу обвинуваченого, є недопустимими (ч. 3 ст. 87 КПК).

З. обвинувачено за ч. 2 ст. 286 КК. Дослідженням доказів встановлено, що З. підлягає виправданню за недоведеністю. Основним доказом у цій справі був протокол слідчого експерименту, в основу якого покладено показання З., допитаного як свідок.

У подальшому З. набув статусу обвинуваченого. Як наслідок його показання стали недопустимим доказом.

Висновок судової автотехнічної експертизи також має бути визнаний недопустимим доказом, оскільки під час її проведення такі показання було використано як вихідні дані. У справі з цих мотивів було ухвалено виправдальний вирок.

«Автозаводський районний суд м Кременчука в ухвалі від 06.08.15 р. (справа № 524/1571/15-к) визнав протокол додаткового огляду місця дорожньо-транспортної пригоди очевидно недопустимим у зв'язку з тим, що підозрюваний був допитаний як свідок і відповідно йому не було забезпечено право користуватися допомогою професійного захисника¹.

Своєрідну оцінку ситуації, передбаченої п. 6 ч. 2 ст. 87 КПК, дав ВСУ в постанові від 09.06.16 р. у справі № 5-360кс15: «п. 6 ч. 2 ст. 87 КПК має застосовуватися за умови, коли на час отримання показань від свідка уже існували дані, що його буде визнано підозрюваним чи обвинуваченим, але всупереч наявності у такої особи права на мовчання та свободи від самовикриття, слідчий чи прокурор вчиняє дії, спрямовані на отримання показань від неї. Саме такі дії, а не власне факт отримання показань від свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим, мають визнаватися істотним пору-

¹ Панова А. В. Там само. С. 110.

шенням прав людини і основоположних свобод. Оскільки на момент отримання показань свідка і проведення слідчих дій не існувало даних, які б свідчили про необхідність повідомлення про підозру, висновок експерта та протокол слідчого експерименту не можуть бути визнані недопустимими доказами».

Суперечливою є підстава, передбачена п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК, згідно з якою недопустимими є докази, що були отримані **шляхом реалізації органами досудового розслідування чи прокуратури своїх повноважень**, не передбачених КПК, для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень. Так, під час досудового розслідування прокурор прийняв рішення про виділення матеріалів з іншого кримінального провадження, копії яких представив суду як докази. Суд визнав їх недопустимими як докази, вказавши, що такі повноваження прокурора не передбачено КПК і пославшись на п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК¹ (Ухвала Апеляційного суду Вінницької області від 21.09.15 р., справа № 131/536/15-к, провадження № 11-кп/772/824/2015)².

Перелік підстав, зазначений у ст. 87 КПК, не є вичерпним. Частина 2 ст. 87 КПК вказує, що суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини, зокрема, такі діяння <...>. Слово «зокрема» вказує на те, що існують й інші діяння, які так само можуть бути підставами для визнання доказів недопустимими.

У випадках, якщо слідчий отримав відомості про вчинення іншого окремого кримінального правопорушення, він повинен відповідно до положень ст. 214 КПК та пп. 2.8, 2.9, 2.15, 2.16 Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань, внести відомості до ЄРДР про кримінальне правопорушення. Якщо зазначені положення закону щодо обов'язкового внесення відомостей до ЄРДР щодо кожного правопорушення окремо не були виконані ані слідчим, ані прокурором та всупереч положенням ст. 214, 37, 39 КПК не були призначені прокурор і слідчий у кожному конкретному кримінальному провадженні, то за таких обставин прокурори і слідчі не мали законних підстав здійснювати повноваження щодо проведення досудового слідства у конкретному кримінальному провадженні.

Ураховуючи вказані обставини, Михайлівський районний суд Запорізької області ухвалив виправдувальний вирок у справі № 321/954/14-к від 26.11.14 р.

¹ Панова А. В. Там само. С. 115.

² ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/51463217>.

Аналогічні підстави склали підгрунття виправдувального вироку, постановленого Оріхівським районним судом Запорізької області 24.12.15 р. (справа № 323/3329/15-к). На час обшуку особи обвинуваченого, вилучення і огляду речі — саморобного самопалу, відомості про вчинення кримінального правопорушення до ЄРДР внесені не були. А тому суд, керуючись ч. 3 ст. 214 КПК, визнав результати здійснення слідчим обшуку особи та вилучення і огляду речі недопустимими доказами¹.

СТРОКИ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Частина 8 ст. 223 КПК передбачає можливість визнання доказів недопустимими, яка пов'язана з порушенням строків досудового розслідування, тобто передбаченого законом порядку. С(Р)Д не можуть проводитись після закінчення строків досудового розслідування (виняток — обставини, передбачені ч. 3 ст. 333 КПК). Слідчі дії, проведені з порушенням цього правила, є недійсними, а одержані фактичні дані — недопустимими.

НЕВІДКРИТТЯ МАТЕРІАЛІВ

Частина 12 ст. 290 КПК передбачає кримінальну процесуальну санкцію стосовно сторін кримінального провадження за невідкриття матеріалів і полягає в тому, що суд в майбутньому не має права допустити відомості як докази у невідкритих матеріалах². У справі «Фуше проти Франції» ЄСПЛ ненадання доступу до матеріалів визнав порушенням п. 1 ст. 6 КЗПЛ.

Одержання копій та відкриття процесуальних документів на досудовому слідстві є важливим для практикуючого адвоката правом і цьому праву кореспондує обов'язок слідчого, прокурора надати ці документи. Адвокат Д. В. Пономаренко наголошує, що «документ — це матері-

¹ Панова А. В. Там само. С. 116-117.

² Алєнін Ю. П. Особливості відкриття матеріалів іншій стороні за новим КПК України. Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: матеріали IV міжнар. наук. практ. конф., присвяч. 95-річчю з дня народж. Проф. М. В. Салтєвського. — Одеса. 2012. С. 239.

альний носій, що містить інформацію, основними функціями якого є її збереження та передавання в часі та просторі»¹.

Правилами організації діловодства та архівного зберігання документів у державних органах, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах і організаціях, затвердженими наказом Міністерства юстиції України від 18.06.15 р. № 1000/5, визначено єдиний порядок архівного зберігання документів та засвідчення копій з них. Отже копія з документа потребує відмітки «згідно з оригіналом» та назву посади та імені особи, яка засвідчує копію, скріплених печаткою².

Д. В. Пономаренко рекомендує подавати слідчому, прокурору клопотання в порядку п. 15 ч. 3 ст. 42 та ст. 220 КПК, надання всіх засвідчених копій процесуальних документів і письмових повідомлень. У разі нерозгляду (бездіяльності) у строк, передбачений ч. 2 ст. 220 КПК, можна звертатися з відповідною скаргою на бездіяльність слідчого або прокурора до слідчого судді (п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК). Слідчий суддя може розглянути таку скаргу і зобов'язати слідчого або прокурора розглянути таке клопотання. Якщо слідчий відмовив у наданні таких матеріалів, постанову про відмову в задоволенні такого клопотання необхідно оскаржувати в підготовчому судовому засіданні (ч. 2 ст. 303 КПК) за правилами ст. 314 – 316 КПК. Це може бути і підставою для відводу прокурора в порядку п. 3 ч. 1 ст. 77 КПК³.

Знайомлячись з матеріалами справи, окремі обвинувачені та їх захисники допускають помилки і порушують вимоги ч. 9 ст. 290 КПК. Суть помилки — підтвердження факту надання їм доступу до матеріалів без зазначення найменування таких матеріалів.

У судовому засіданні потім важко визначити, чи надавались певні матеріали для ознайомлення, чи ні. У справі № 489/6010/14-к суд визнав порушення права на захист відповідно до вимог ст. 87 КПК. Так, із протоколу про надання доступу до матеріалів кримінального провадження цей документ не був підтверджений підписом обвинуваченого. Слідчий при цьому вказав, що обвинувачений від підпису у протоколі відмовився. Крім того, у вказаному протоколі не зазначено найменування всіх матеріалів, які відкривались обвинуваченому,

¹ Пономаренко Д. В. Тактичні питання захисту в кримінальному провадженні. — Одеса. 2018. С. 63.

² Пономаренко Д. В. Там само. С. 64.

³ Пономаренко Д. В. Там само. С. 66-67.

зокрема не було вказано, що йому надавався висновок експерта № 29 від 19.06.14 р. та інші документи, які в подальшому були надані суду стороною обвинувачення як докази у справі.

Посилання прокурора на те, що факт відкриття матеріалів досудового розслідування підтверджується наданням доступу до матеріалів, захиснику було визнано судом неспроможним. Захисник був допущений до захисту під час розгляду справи судом і тоді ж йому були відкриті матеріали. Стаття 290 КПК вимагає, щоб матеріали були відкриті до судового розгляду і до направлення обвинувального акта до суду, що прокурором зроблено не було¹.

У випадку, якщо експертиза проводилась стосовно певних речей (наприклад, ножа, одягу зі слідами крові), а ці речі не надавались для ознайомлення, то буде логічним подання клопотання про визнання висновку експерта недопустимим доказом у порядку ст. 87, 89 КПК, тобто реалізації принципу плодів «отруєного дерева». При цьому слід мати на увазі, що не можуть визнаватись доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження судом (ст. 23 КПК). Відкриття протоколів та висновків експертів не є відкриттям самих речей, які були об'єктом експертизи.

У постанові ВСУ від 16.03.17 р. № 5-364кc16 наголошено: «Відповідно до ч. 2 ст. 290 КПК прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості чи меншого ступеня винуватості обвинуваченого або сприяти пом'якшенню покарання.

Сторони кримінального провадження зобов'язані здійснювати відкриття одна одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду. Якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них як докази (ч. 11, 12 ст. 290 КПК)».

У постанові ВСУ № 5-237кc(15)17 вказується, що «відкриття в умовах публічного й гласного апеляційного судового розгляду окремих матеріалів кримінального провадження, які існували на момент звер-

¹ Панова А. В. Там само. С. 122.

нення до суду з обвинувальним актом, проте не були відкриті сторони захисту, не означає їх автоматичну допустимість, оскільки за КПК критерієм допустимості доказів є не лише законність їх отримання, а й попереднє відкриття матеріалів іншій стороні до їх безпосереднього дослідження в суді».

У постанові від 07.06.18 р. № 51-809км18р (справа № 604/1071/14-к) Верховний Суд зазначив: У матеріалах кримінального провадження відсутнє повідомлення, як того вимагає ст. 253 КПК, про проведені негласні слідчі дії від 20 червня 2014 року. Більше того, судом обґрунтовано зазначено, що в порушення вимог ст. 290 КПК, у матеріалах кримінального провадження відсутні протоколи про надання доступу до матеріалів досудового розслідування, зокрема повідомлення про вчинення кримінального повідомлення, повідомлення про факт і результати негласної слідчої дії — аудіо-відео контролю особи, постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину від 20.06.14 р., а тому надані стороною обвинувачення докази є недопустимими, оскільки згідно з п. 12 ст. 290 КПК, якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як доказ.

Аналогічну оцінку про недопустимість доказів містить і Постанова Верховного Суду від 29.03.18 р. у справі № 208/2576/15-к¹.

При цьому, обґрунтовуючи правильність висновків місцевого суду про доведеність винуватості ОСОБА_3 у незаконному збуті особливо небезпечного наркотичного засобу особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений ст. 309 КК, а також законність урахування цим судом доказів, отриманих у результаті проведення негласних слідчих дій, суд апеляційної інстанції не звернув уваги на те, що невідкриття матеріалів сторонами одна одній у порядку ст. 290 КПК після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, є підставою для визнання судом відомостей, що містяться в них, недопустимими як докази.

У ст. 85 КПК визначено, що належними є докази, які прямо чи непрямо підтверджують існування чи відсутність обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження, а також достовірність

¹ ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/73157351>.

чи недостовірність, можливість чи неможливість використання інших доказів. Згідно зі ст. 86 КПК доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим кодексом. Недопустимий доказ не може бути використаний для прийняття процесуальних рішень, на нього не може посилається суд при ухваленні судового рішення.

У зв'язку з цим колегія суддів погоджується з висновком суду першої інстанції про недопустимість таких доказів з огляду на положення ст. 86, 87 КПК та вважає, що у зв'язку із зазначеним суд дійшов обґрунтованого висновку про недоведеність вчинення кримінального правопорушення обвинуваченим ОСОБА_1.

Така позиція суду узгоджується з практикою ЄСПЛ, яка відповідно до ст. 17 Закону України від 23.02.06 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» застосовується при розгляді справ як джерело права.

Зокрема, ЄСПЛ у своєму рішенні від 05.02.08 р. у справі «Рамаукас проти Литви» (заява № 74420/01) наголошував, що докази, одержані за допомогою застосування спеціальних методів розслідування, можуть вважатися допустимими за умови наявності адекватних і достатніх гарантій проти зловживань, зокрема чіткого та передбачуваного порядку санкціонування, здійснення відповідних оперативно-слідчих заходів та контролю за ними (рішення ЄСПЛ від 06.09.78 р. у справі «Класс та інші проти Німеччини», від 26.10.06 р. у справі «Худобін проти Росії» (заява № 59696/00).

У рішенні «Рамаукас проти Литви» зазначено, що питання про допустимість доказів у справі — це насамперед предмет регулювання національного законодавства і, як правило, саме національні суди уповноважені давати оцінку наявним у справі доказам.

Знаковою для судової практики є постанова Верховного Суду у справі № 748/3070/15-к від 12.04.18 р., яка абсолютно конкретно тлумачить статус постанов прокурора про проведення негласних слідчих (розшукових) дій із грифом обмеження. Тлумачення просте: такі постанови нічим не відрізняються від інших матеріалів досудового розслідування та, як усі інші матеріали досудового розслідування, ці постанови, незважаючи на гриф, повинні бути долучені до матеріалів провадження та відкриті захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК.

Якщо постанови про проведення НСРД не будуть долучені до матеріалів провадження та відкриті стороною обвинувачення на стадії закінчення досудового розслідування, то докази, отримані на підставі цих

постанов, є недопустимими на підставі ст. 86 КПК. Тобто суд не може посылатися на такі недопустимі докази при ухваленні судового рішення.

Так, у цій справі хлопця звинуватили у скоєнні злочину, передбаченого ст. 307 КК. Обвинувачений себе винним не визнав. У матеріалах кримінального провадження містилося багато доказів його провини, проте всі вони були отримані на підставі постанов прокурора про проведення НСРД.

Суд першої інстанції ухвалив виправдувальний вирок. Суд виправдав обвинуваченого, посиляючись саме на недопустиме порушення кримінального закону, тобто на порушення ст. 290, 86 КПК.

Суд апеляційної інстанції скасував виправдувальний вирок і ухвалив обвинувальний вирок. Суд касаційної інстанції скасував обвинувальний вирок і направив справу на новий розгляд до суду апеляційної інстанції.

Зокрема, ВС підкреслив неправильність позиції суду апеляційної інстанції про таке: «На час відкриття матеріалів постанови прокурора про проведення стосовно ОСОБА_2 негласних слідчих дій мали гриф обмеження та не могли бути долучені до матеріалів провадження. Крім того, постанови, як форма вираження процесуального рішення прокурора, відповідно до ст. 84 КПК не є доказом. Перевірка законності підстав для надання дозволу на проведення стосовно особи негласних слідчих дій віднесено до компетенції слідчого судді апеляційного суду, а не місцевого».

Отже, **постанова про проведення НСРД є процесуальною формою вираження рішення прокурора**. Оцінюючи цей документ, суд може дійти висновку, чи були в органі досудового розслідування наявні законні підстави для проведення оперативно-розшукових заходів, результати яких виступають доказами у кримінальному провадженні.

Зокрема, Верховний Суд наголосив, що у справах «Нечипорук і Йонкало проти України» від 21.04.11 р. та «Барбера, Мессеґе і Ябардо проти Іспанії» від 06.12.98 р. ЄСПЛ вирішив, що «суд при оцінці доказів керується критерієм доведеності винуватості особи «поза будь-яким розумним сумнівом» і така «доведеність може впливати із сукупності ознак чи неспростовних презумпцій, достатньо вагомих, чітких і узгоджених між собою» (п. 150, 253).

Відповідно до змісту ст. 92 КПК обов'язок доказування покладений на прокурора. Саме сторона обвинувачення повинна доводити винуватість особи поза розумним сумнівом. Суд оцінює надані сторонами докази відповідно до ст. 94 цього Кодексу з точки зору належності,

допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів — з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Відповідно до вимог ст. 370 КПК судове рішення повинно бути законним, обґрунтованим і вмотивованим. Положеннями ч. 2 ст. 420 цього Кодексу передбачено, що вирок суду апеляційної інстанції повинен відповідати загальним вимогам до вироків.

Згідно з п. 2 ч. 3 ст. 374 КПК мотивувальна частина обвинувального вироку, крім іншого, повинна містити формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним, із зазначенням місця, часу, способу вчинення та наслідків кримінального правопорушення, форми вини і мотивів кримінального правопорушення, докази на підтвердження встановлених судом обставин, а також мотиви неврахування окремих доказів.

Обвинувальний вирок не може ґрунтуватися на припущеннях і ухвалюється лише за умови, коли в ході судового розгляду винність обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення доведена належними та допустимими доказами.

Проте вирок апеляційного суду щодо ОСОБА_2 вказаним вище вимогам закону не відповідає.

Із тексту вироку вбачається, що суд формально перерахував докази, якими він підтверджує винуватість ОСОБА_2 у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч.1, 2 ст. 307 КК, проте у супереч ст. 94 КПК не дав цим доказам оцінки з точки зору їх належності та допустимості. Суд апеляційної інстанції не спростував висновків місцевого суду про недопустимість таких доказів як постанов про проведення негласних слідчих (розшукових) дій та протоколів за результатами їх проведення, а також протоколів за результатами проведення таких негласних слідчих дій, як зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, аудіо-, відеоконтролю особи, протоколів помітки грошових купюр від 06.08.15 р. та їх вручення 12.08.15 р., протоколів огляду місця події та освідування особи ОСОБА_2 від 12.08.15 р. та інших доказів.

Спростовуючи доводи суду першої інстанції, апеляційний суд не врахував висновків, викладених у постанові ВСУ від 16.03.17 р., щодо необхідності дотримання сторонами кримінального провадження положень ст. 290 КПК та відкриття сторонами одна одній усіх матеріалів після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, оскільки недо-

тримання цих вимог є підставою для визнання судом відомостей, що містяться в них, недопустимими доказами. Усупереч наведеним вимогам закону апеляційний суд послався на те, що постанови прокурора про проведення негласних слідчих (розшукових) дій мали гриф обмеження і не могли бути долучені до матеріалів провадження. Крім того, суд зазначив, що вказані постанови не є доказом у розумінні ст. 84 КПК.

Проте апеляційний суд не взяв до уваги, що постанови прокурора та ухвали слідчого судді про проведення негласних слідчих (розшукових) дій є правовою підставою для проведення таких дій, у них зазначається вся наявна інформація, одержана в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів. Тобто саме з цих процесуальних документів суд може дійти висновку, чи були в органу досудового розслідування наявні законні підстави для проведення оперативно-розшукових заходів, результати яких виступають доказами у кримінальному провадженні.

Також апеляційний суд не спростував тверджень місцевого суду про наявність у діях працівників правоохоронних органів ознак провокації злочину, що відповідно до позиції ЄСПЛ, викладеній у справах «Ваньян проти Росії», «Тейксейре де Кастро проти Португалії», підлягає ретельній перевірці під час судового розгляду.

Так само не звернув уваги апеляційний суд і на ту обставину, що стосовно особи, яка брала участь у проведенні оперативних закупок у ОСОБА_2, здійснювалося досудове розслідування за фактом вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК, що може свідчити про певну залежність зазначеної особи від правоохоронних органів. Також суд не взяв до уваги, що ця особа була безпосередньо знайома з ОСОБА_2, а отже, застосування заходів безпеки відносно неї є безпідставним, а наданий із цього приводу доказ (повідомлення про застосування заходів безпеки) є недопустимим, оскільки не передбачений кримінальним процесуальним законом та не містить підстав для прийняття такого рішення.

Отже, висновок апеляційного суду про те, що наявні у кримінальному провадженні докази належні та допустимі, є передчасним, прийнятим без ретельного та всебічного їх дослідження й оцінки відповідно до ст. 94 КПК. Вирок апеляційного суду не відповідає вимогам ст. 370, 374, 420 цього Кодексу, а тому підлягає скасуванню на підставі істотного порушення цим судом вимог кримінального процесуального закону.

Урахувавши наведене, колегія суддів дійшла висновку, що касаційну скаргу захисника слід задовольнити, скасувати вирок апеляційного суду на підставі п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК і призначити новий розгляд у цьому суді. Під час нового розгляду апеляційному суду слід ретельно перевірити усі наявні в матеріалах кримінального провадження докази, дати їм оцінку відповідно до ст. 94 КПК та прийняти обґрунтоване рішення відповідно до вимог закону.

Адвокати повинні враховувати й ухвалу ВССУ від 04.07.17 р. у справі № 641/10161/15-к¹, в якій зазначено таке.

У межах перевірки доводів апеляційної скарги засудженого про незаконність джерел одержання доказів, на яких ґрунтується вирок, ретельному дослідженню апеляційним судом підлягали не лише докази щодо фактів справи, а й матеріали на підтвердження допустимості цих доказів, зокрема стосовно законних підстав для проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Відповідно до позиції ЄСПЛ, викладеної у рішенні від 11.12.08 р. у справі «Мирилашвілі проти Росії», такі матеріали мають досліджуватися у змагальному процесі в аспекті реалізації права на справедливий судовий розгляд, гарантованого ст. 6 КЗПЛ.

Зокрема, аудіо-, відеоконтроль особи як один із різновидів втручання у приватне спілкування згідно зі ст. 258, 260 КПК допускається виключно за вмотивованою ухвалою слідчого судді. У відповідній ухвалі, виходячи з положень ч. 4 ст. 248 цього Кодексу, зазначаються: вид негласної слідчої (розшукової) дії, відомості про особу, спостереження за якою санкціонується, строк дії ухвали та інші дані, що окреслюють межі дозволених дій працівників правоохоронних органів.

Що стосується контролю за вчиненням злочину, у тому числі у формі оперативної закупки, то виключним правом санкціонувати таку негласну слідчу (розшукову) дію згідно з ч. 4 ст. 246 КПК наділений прокурор. У відповідній постанові згідно з ч. 7 ст. 271 цього Кодексу, крім відомостей, передбачених ст. 251 КПК, обов'язково мають бути викладені обставини, які свідчать про відсутність провокування особи на вчинення злочину.

Здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов згідно з ч. 2 ст. 87 КПК визнається істотним порушенням прав людини

¹ ЄДПСУ. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/67575527>.

і основоположних свобод, що є безумовною підставою для оцінки доказів як недопустимих.

Зазначених орієнтирів апеляційний суд не врахував та не взяв до уваги відсутності у матеріалах кримінального провадження постанов прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину у формі оперативних закупок в ОСОБА_5, а також належних документів про санкціонування слідчим суддею аудіо-, відеоконтролю особи засудженого.

При цьому колегія суддів звертає увагу на те, що посилання на відповідний судовий дозвіл чи постанову прокурора у протоколі за результатами негласної слідчої (розшукової) дії не є достатнім підтвердженням її законності. Протокол не є процесуальним першоджерелом такої інформації, не відображає конкретного змісту прийнятого прокурором рішення, його відповідності вимогам ст. 251, 271 КПК, а також не розкриває суттєвих умов судового дозволу, що є необхідним для перевірки дотримання правоохоронними органами санкціонованих меж.

Обвинувальний вирок, який був предметом перегляду, переважно ґрунтується на доказах, одержаних у результаті зазначених негласних слідчих (розшукових) дій. Дотримання законної процедури їх проведення становить основний критерій допустимості вказаних доказів, однак апеляційним судом зазначене питання не досліджувалось.

За таких обставин суд касаційної інстанції дійшов висновку, що ухвала апеляційного суду є невмотивованою та не відповідає вимогам ст. 419 КПК. Недотримання наведених законодавчих приписів апеляційним судом, до виключної компетенції якого належить перевірка доводів щодо невідповідності висновків місцевого суду фактичним обставинам кримінального провадження та неповноти судового розгляду, призводить до непоправного порушення права особи на захист своїх прав і законних інтересів шляхом оскарження судового рішення до суду вищого рівня.

Отже, захисники повинні мати на увазі, що суди враховують не тільки факт відкриття сторонами матеріалів, а й наявність письмового підтвердження останніми про надання їм доступу до матеріалів. Важливим є висновок суду про необхідність надання відповідних ухвал та постанов, які визначають підстави для проведення НСРД і за якими суд може дати оцінку про те, наскільки правомірним було проведення негласних слідчих дій. Оскільки обов'язок зазначити найменування

матеріалів покладено на сторону, яка ознайомлюється, то адвокат та його підзахисний повинні вказувати і найменування відкритих матеріалів.

КОНТРОЛЬ ЗА ВЧИНЕННЯМ ЗЛОЧИНУ

Важливим моментом для захисників є перевірка контролю за вчиненням злочину. Формами таких НС(Р)Д відповідно до ст. 271 КПК є: *контрольована поставка, контрольована та оперативна закупка, спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки злочину.*

Кожна з цих форм несе ризик порушення прав і свобод громадян і законних інтересів особи та є *потенційною формою провокації*. І хоч законодавець у ч. 3 ст. 271 КПК прямо зазначив, що під час підготовки та проведення заходів з контролю забороняється провокувати (підбурювати) особу до вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття і допомагати вчинити злочин, який би ця особа не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв. Тому здобути в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Стаття 253 КПК передбачає, що особи, права яких тимчасово були обмежені внаслідок проведення НС(Р)Д, а також підозрюваний, його захисник мають бути письмово повідомлені прокурором або за його дорученням слідчим про таке обмеження не пізніше звернення до суду з обвинувальним актом. На практиці обвинувачення, як правило, ігнорує цю імперативну вимогу закону.

Законодавство не передбачає якоїсь санкції за невиконання вимог ст. 253 КПК, але такі дії звужують доступний для адвокатів інформаційний простір і можливості для підготовки до процесу, що у сукупності з іншими порушеннями є порушенням права на захист.

Представляючи інтереси особи у кримінальному провадженні, коли частина матеріалів залишається недоступною для судів та учасників кримінального провадження, адвокату слід брати до уваги рішення також ЄСПЛ у справі «Хлебик проти України» від 25.07.17 р.

Адвокат-представник у кримінальному провадженні, оцінюючи в цілому вплив процесуальних проблем на досудовій стадії на загальну справедливість судового провадження, повинен брати до уваги низку факторів, що впливають із прецедентної практики ЄСПЛ та неповний перелік яких міститься у рішенні ЄСПЛ у справі «Ібрахім та інші проти Сполученого Королівства» (Ibrahim and Others v. United Kingdom) № 50541/08 від 13.09.16 р. (п. 274).

Перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина у кримінальному процесі та ухвалення законного і справедливого рішення у справі.

У постанові ВСУ від 16.03.17 р. № 5-364кц16 наголошено, що відповідно до ч. 2 ст. 290 КПК прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання. Сторони кримінального провадження зобов'язані здійснювати відкриття одна одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду. Якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази (ч. 11, 12 ст. 290 КПК).

Отже, з вищенаведених положень вбачається, що невідкриття матеріалів сторонами в порядку цієї статті є окремою підставою для визнання таких матеріалів недопустимими як докази. При цьому відкриттю, окрім протоколів, в яких зафіксовано хід та результати проведення певних дій, в обов'язковому порядку підлягають і матеріали, які є правовою підставою проведення таких дій (ухвали, постанови, клопотання), що забезпечить можливість перевірки стороною захисту та судом допустимості результатів таких дій як доказів.

Висловлюючи думку щодо правозастосування зазначеної норми права в оспореному судовому рішенні, касаційний суд наголосив на тому, що суд апеляційної інстанції обґрунтовано визнав допустимими доказами відомості, що містяться у вищезазначених постановках від 04.09.14 р. та від 16.12.14 р., а також відповідну інформацію щодо їх проведення, які апеляційним судом були долучені до матеріалів кримінального провадження за клопотанням прокурора та досліджені під час перегляду рішення суду першої інстанції.

Проте згідно з ч. 3 ст. 404 КПК за клопотанням учасників судового провадження суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції неповністю або з порушеннями, та може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, виключно якщо про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді

першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується.

Як убачається з цього кримінального провадження, прокурор не заявляв у суді першої інстанції клопотання про дослідження вищезазначених матеріалів, незважаючи на те, що ці матеріали стали відомі не після ухвалення судового рішення, що оскаржується, а були відомі від початку досудового розслідування.

Суд зауважує, що чинний КПК не містить заборони для сторін кримінального провадження представляти в суді матеріали, не відкриті одна одній. Заборона адресована суду, який згідно з ч. 12 ст. 290 КПК не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази. Надання стороною обвинувачення у суді матеріалів, до яких не було надано доступ стороні захисту, і долучення їх як доказів на стадіях судового розгляду порушує право обвинуваченого на захист, оскільки змушує його захищатися від так званих нових доказів без надання достатніх можливостей і часу для їх спростування.

Отже, факт ознайомлення з матеріалами справи після закінчення розслідування не є достатнім для відстоювання стороною захисту своєї позиції у кримінальному процесуальному змаганні. За таких умов, коли стороні обвинувачення відомі всі докази, а сторона захисту не володіє інформацією про них до завершення розслідування, порушується баланс інтересів у кримінальному процесі.

Частина 12 ст. 290 КПК фактично передбачає кримінальну процесуальну санкцію стосовно сторін кримінального провадження, яка реалізується в разі невиконання сторонами обов'язку щодо відкриття матеріалів, яка полягає в тому, що в майбутньому суд не має права допустити відомості як докази у невідкритих матеріалах. Так, невідкриття сторонами кримінального провадження одна одній матеріалів суттєво зменшує їх доказову базу, що, в свою чергу, може негативно вплинути на законність та обґрунтованість прийнятого судом рішення.

А. В. Панова звертає увагу на те, що відкриття матеріалів є обов'язком сторони обвинувачення і прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до всіх матеріалів досудового розслідування. Зокрема, і тих матеріалів, які є в розпорядженні сторони обвинувачення, але не будуть використовуватись нею під час судового розгляду. У разі ж якщо слідчий, прокурор не забезпечать можливості реалізації цього права стороні захисту, суд не повинен

допускати такі відомості як докази відповідно до положень ч. 12 ст. 290 КПК¹.

Однак адвокат повинен мати на увазі, що ч. 1 ст. 221 КПК слідчий прокурор зобов'язаний за клопотанням сторони захисту <...> надати їм матеріали досудового розслідування для ознайомлення, а згідно з ч. 2 ст. 317 КПК головуючий повинен забезпечити учасникам судового провадження можливість ознайомитись із матеріалами кримінального провадження, якщо вони про це заявлять клопотання.

Адвокат повинен мати на увазі, що у випадку коли здійснюються не окремі НС(Р)Д, а їх комплекс, то дозволи повинні надаватись, наприклад, прокурором для контролю за вчиненням злочину і слідчим суддею для спостереження та аудіоконтролю особи. Особливу увагу адвокат повинен звертати на застосування ст. 267, 269, 270 КПК і мати на увазі, що ст. 269 КПК регулює проведення НС(Р)Д для спостереження за особою, річчю або місцем, якеможе здійснюватись у публічно доступних місцях. Аудіо-, відеоконтроль місця згідно зі ст. 270 КПК теж здійснюється лише у публічних місцях. Відповідно до ч. 2 ст. 267 КПК публічно недоступним місцем є місце, в якому неможливо перебувати на правових підставах без отримання згоди на це власника, користувача.

НС(Р)Д ПРИ ПЕРЕКВАЛІФІКАЦІЇ

У літературі і на практиці дебатовуються питання про те, як бути, якщо НС(Р)Д проведені за підозрою у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину, а пізніше підозра або обвинувачення були перекваліфіковані на злочин невеликої або середньої тяжкості. Адвокати повинні усвідомлювати, що ризики свавільності з боку влади значно підвищуються, якщо повноваження слідчого, прокурора здійснюються таємно. Тому особливо скрупульозно повинні ставитись до перевірки НС(Р)Д. У наведеному випадку науковці і судова практика шукають певний компроміс, який полягає в такому: якщо на момент проведення НС(Р)Д існували достатні дані для кваліфікації діяння як тяжкого чи особливо тяжкого злочину, а пізніше було змінено кваліфікацію на більш м'яку, то фактичні дані, отримані в результаті проведення НС(Р)Д, можуть бути доказами в цьому кримінальному провадженні.

¹ Панова А. В. Там само. С. 154.

Якщо ж на момент проведення НС(Р)Д вказані достатні підстави для кваліфікації діяння як тяжкого чи особливо тяжкого злочину не існували (тобто кваліфікація була помилковою або свідомо «завищеною»), отримані в їх результаті фактичні дані не можуть бути визнані доказами¹. Отже, адвокат повинен зосередитись на питаннях правомірності кваліфікації та доводити очевидність її «завищення» або помилки.

Верховний Суд у постанові № 51-809км18 від 07.06.18 р. зазначив: «<...> судом першої інстанції правильно встановлено, що негласні слідчі дії у вигляді контролю за вчиненням злочину, відповідно до ч. 2 ст. 246 КПК можуть проводитись щодо тяжких та особливо тяжких злочинів. Проте інкриміноване ОСОБА_1 кримінальне правопорушення було перекваліфіковане з ч. 3 на ч. 1 ст. 368 КК 20.06.14 р., тобто в день вчинення інкримінованого правопорушення. Відповідно до ст. 12 КК злочин, передбачений ч. 1 ст. 368 КК, є злочином середньої тяжкості, а тому результати негласних слідчих дій правильно визнані недопустимими доказами. Із цим висновком місцевого суду погодився апеляційний суд, навівши відповідні мотиви прийнятого рішення». Аналогічну позицію Верховний Суд зайняв у справі № 51-809км18 від 07.06.18 р.

ФІКСУВАННЯ

Окремим випадком недопустимості фактичних даних як доказів є порушення вимог ст. 107 КПК. Частина 6 ст. 107 КПК визначає, що незастосування технічних засобів у випадках, коли таке є обов'язковим, тягне визнання отриманих фактичних даних недопустимими як докази і недійсність відповідної процесуальної дії. Адвокат повинен пам'ятати, що фіксування, як правило, стає обов'язковим у разі наявності клопотання. Обов'язковим є і фіксування за допомогою технічних засобів в суді під час судового провадження.

У справі Н. був ухвалений виправдувальний вирок. Прокуратура його оскаржила на тій підставі, що в одному із засідань, на яке не з'явилися сторони, не було здійснено аудіозапису. І хоч захисник наполягав на тому, що оскільки сторони в суд не з'явилися, то і технічний запис не був обов'язковим, Апеляційний суд скасував вирок

¹ Панова А. В. Там само. С. 154.

і направив справу на новий розгляд. Суддя-доповідач у перерві засідання навіть висловив адвокату свою позицію, вказавши, що складу злочину у справі він не бачить, але формально змушений скасувати виправдувальний вирок.

При новому розгляді суддя з власної ініціативи повернув обвинувальний акт прокуратури з формальних підстав, після чого провадження у справі було закрито і до суду справа більше не повернулася. Адвокат залишився при своїй думці, про те, що відбулася домовленість прокуратури і суду: щоб не було виправдувального вироку, попросили справу повернути прокуратурі, де вона була закрита прокурором.

ПОКАЗАННЯ З ЧУЖИХ СЛІВ

Стаття 97 КПК — нове слово в українському кримінальному процесі і надає адвокатам серйозні захисні ресурси. У першу чергу це стосується правил допустимості показань з чужих слів. Показаннями з чужих слів є висловлювання в усній або письмовій формі щодо певного факту, яке ґрунтується на поясненні іншої особи. Частина 4 ст. 97 КПК визначає, що умовою визнання доказом показань з чужих слів є згода на це сторін судового провадження. Якщо такої згоди немає, суд не має права визнавати показання з чужих слів доказами. У цьому випадку ми маємо доказ, першоджерело якого не може бути досліджено за допомогою перехресного допиту. Інша особа, яка тільки передає чужі слова, може бути допитана, але встановити, чи говорила правду та особа, слова якої озвучуються. Тому в цьому випадку перехресний допит втрачає сенс. По суті до суду доводять твердження, що надані поза судовим розглядом. Такі докази є недопустимими.

Так, наприклад, Апеляційний суд Одеської області (справа № 520/14721/13-к) виключив з мотивувальної частини вироку суду першої інстанції показання з чужих слів на тій підставі, що такі показання не були погоджені сторонами, а тому є недопустимими. Аналогічне рішення ухвалив і Апеляційний суд Вінницької області (справа № 127/11102/14-к). Однак адвокати не повинні чекати, поки суд з'ясує у сторін, чи дають вони згоду на показання з чужих слів. У цих випадках адвокат повинен займати активну позицію і заявляти відповідне клопотання, якщо такі показання суперечать інтересам його підзахисного.

Згідно з ч. 5 ст. 97 КПК суд має право визнати показання з чужих слів, якщо підозрюваний, обвинувачений створив або сприяв створенню обставин, за яких особа не може бути допитана.

Частина 7 ст. 97 КПК містить правило, за яким в жодному разі не можуть бути визнані доказом показання з чужих слів, якщо вони надаються слідчим, прокурором, співробітником оперативного підрозділу, стосовно пояснень, наданих їм під час здійснення кримінального провадження.

У справі В., який звинувачувався у тяжкому злочині, обвинувачення намагалось довести вину за допомогою показань слідчого та співробітників оперативних служб. Незважаючи на заяви та протести захисту, який заперечував на підставі ч. 7 ст. 97 КПК проти допиту цих осіб, суд все ж заслухав їх показання. Але в нарадчій кімнаті визнав їх показання недопустимими.

Відповідно до ч. 3 ст. 89 КПК суб'єктами ініціювання визнання фактичних даних недопустимими в якості доказів виступають сторони, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої проводиться кримінальне провадження. В літературі висловлено позицію щодо доцільності надання цього права й іншим учасникам кримінального провадження, які мають власний інтерес: цивільному позивачу, цивільному відповідачу, їх представникам. Ці особи повинні мати таке право лише в частині, що стосується цивільного позову¹.

Загальним є правило ч. 2 ст. 23 КПК, що не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених КПК. Суддя, і тільки суддя визначає питання допустимості доказів, але ці докази повинні перевірятись за участю судді у змагальній процедурі, в якій беруть участь сторони кримінального провадження.

¹ Тютюник В. В. Інститут допустимості доказів як гарантія ухвалення законного та обгрунтованого вироку. С. 15.

ВИЗНАННЯ НЕДОПУСТИМИМ ДОКАЗОМ НА ДОСУДОВОМУ СЛІДСТВІ

У літературі виникла дискусія щодо того, чи може слідчий суддя при застосуванні запобіжного заходу визнати той чи інший доказ недопустимим доказом. Аргументовано виклала свою позицію А. В. Панова, яка наголосила, що відповідно до ч. 4 ст. 87 КПК докази повинні визнаватись недопустимими під час будь-якого судового розгляду. Відповідно до положень п. 24 ч. 1 ст. 3 КПК та гл. 28 КПК судовий розгляд — це стадія кримінального провадження, на якій справа розглядається по суті¹.

І все ж проблема залишається. Відповідно до ст. 178 КПК слідчий суддя при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу зобов'язаний оцінити вагомість наявних **доказів** про вчинення кримінального правопорушення. Стаття 194 КПК зобов'язує слідчого суддю встановити, чи доводять надані сторонами докази наявність обґрунтованої підозри у вчиненні правопорушення. Частина 3 ст. 17 КПК наголошує, що підозра обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом. У системному зв'язку зі ст. 178 та 194 КПК та враховуючи права захисту, можна ставити перед судом вимогу про те, що певний доказ, на якому ґрунтується підозра, отриманий незаконним шляхом, а отже, відсутня обґрунтована підозра й у задоволенні клопотання прокурора слід відмовити.

У реальній судовій практиці це питання остаточно не вирішено. Якщо доказ (фактичні дані), на якому базується обґрунтована підозра, отримано явно незаконним шляхом, суд повинен дати цьому оцінку. Як компроміс суд може не визнавати ці фактичні дані як недопустимий доказ, просто не використовуючи їх і зробивши загальний висновок, що надані фактичні дані (докази) не підтверджують наявність обґрунтованої підозри.

Такі пропозиції висловлені й у науковій літературі. Йдеться про те, що відповідно до ч. 3 ст. 223 та ч. 3 ст. 250 КПК, за відсутності підстав для проникнення до житла чи іншого володіння особи, слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук, а встановлені внаслідок такого обшуку докази є недопустимими. Отримана інформація підлягає знищенню в порядку, передбаченому ст. 225 КПК. Таким чином, слідчий суддя в наведених випадках лише вирішує питання по суті,

¹ Панова А. В. Там само. С. 154.

однак не приймає процесуальне рішення про визнання відомостей недопустимими як докази. Так само слідчий суддя постановляє ухвалу про відмову у наданні дозволу на проведення НС(Р)Д¹.

Отже, суд є єдиним суб'єктом визнання фактичних даних недопустимими як докази із винесенням відповідного процесуального рішення. При цьому суд вирішує це питання як за клопотанням сторін, так і за власною ініціативою. Обґрунтовуючи такий висновок, А. В. Панова зазначає, що він впливає з буквального тлумачення ч. 2 ст. 87 КПК: «суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод такі діяння <...>»².

Порушення порядку долучення доказів до справи можуть бути ефективним захисним прийомом, про що свідчить і судова практика. Стосовно В. ухвалено обвинувальний вирок Лубенського міськрайонного суду від 20.03.15 р. за ч. 2 ст. 367 КК. Органом досудового розслідування В. обвинувачений у тому, що він, неналежно виконуючи обов'язки керівника Лубенської дирекції КП «Шляхрембуд», допустив неправомірне включення до актів завищеної вартості виконаних робіт з капітального та поточного ремонтів і утримання доріг комунальної власності, що спричинило збитки місцевому бюджету на суму 95 292 грн.

Приймаючи рішення про закриття кримінального провадження стосовно В., апеляційний суд констатував суттєві процесуальні порушення, допущені органом досудового розслідування в частині збирання доказів.

В основу обвинувачення В. покладено висновки комплексної судової будівельно-технічної та економічної експертизи, які містять істотні суперечності, а докази, які мають важливе процесуальне значення (акти приймання-передачі матеріалів, банківські виписки та доручення, висновок комплексної судово-економічної експертизи), отримані з іншого кримінального провадження та у порушення вимог ст. 110 КПК долучені до цього провадження рапортом слідчого, а не постановою.

Такі порушення мають істотний характер у частині збирання доказів, а тому не можуть бути допустимим доказом для обґрунтування вини особи. Ухвалою Апеляційного суду Полтавської області від 16.06.15 р. скасовано обвинувальний вирок Лубенського міськрайонного суду від 20.03.15 р. за ч. 2 ст. 367 КК у зв'язку з невстановленням достатніх доказів для доведення його винуватості у вчиненні кримінального правопорушення.

¹ Панова А. В. Там само. С. 192.

² Панова А. В. Там само. С. 195.

Адвокат, здійснюючи захист у справі, повинен застосовувати всі можливі способи для захисту особи. Суди зобов'язані у рішенні надати відповідь на заявлені клопотання захисника. Так з'являються судові рішення, які збагачують судову практику новими підходами.

ПОРУШЕННЯ ТАЄМНИЦІ НАРАДЧОЇ КІМНАТИ

У справі Т., який обвинувачувався у вбивстві, адвокат виступив в апеляційній інстанції. Він перевіряв текст вироку і порівнював його з текстом, проголошеним у судовому засіданні. Текст проголошеного вироку та викладений на папері вирок істотно різнилися між собою. Адвокат також звернув увагу, що вирок ухвалювався після скасування судом апеляційної інстанції і має місце порушення вимог ст. 416 КПК, оскільки при новому розгляді покарання було посилено, хоча вирок не скасовувався за апеляційною скаргою прокурора або потерпілого з мотивів необхідності застосування закону про більш тяжке кримінальне правопорушення або посилення покарання. У результаті Апеляційний суд міста Києва скасував вирок, а справу направив на новий розгляд із зазначенням про необхідність перевірки низки доказів на предмет їх допустимості. Обвинуваченого Т. було звільнено з-під варті в залі суду.

Органом досудового розслідування Б. обвинувачувався в тому, що за попередньою змовою з іншими особами вони за допомогою мотопомпи, шляхом гідророзмиву ґрунту, незаконно видобули бурштин-сирець вагою 262 гр, що є корисною копалиною загальнодержавного значення.

Єдиним доказом винуватості Б. у вчиненні інкримінованого злочину є висновок судової гемологічної експертизи про те, що надані для експертного дослідження камені є бурштином-сирцем. Проте у суді встановлено, що у порушення вимог ч. 2 ст. 102 КПК експерт не був попереджений слідчим про кримінальну відповідальність за ст. 384 КК.

Крім того, з наданого суду стороною захисту витягу з реєстру атестованих судових експертів убачається, що експерт, який проводив експертизу, не значиться в ньому як атестований судовий експерт, що дає підстави для визнання доказу недопустимим. Вироком Сарненського районного суду Рівненської області від 30.04.15 р., залишеним без змін ухвалою апеляційного суду Рівненської області від 27.07.15 р., Б. виправдано за недоведеністю вини у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 240 КК.

АЛІБІ

Органом досудового розслідування С. та Ч. обвинувачувались за ч. 3 ст. 187 та ч. 1 ст. 263 КК у вчиненні розбійного нападу на магазин «Золото Срібло», під час якого заволоділи ювелірними виробами на суму 85 000 грн.

Під час досудового розслідування не спростовано алібі обвинувачених, а їх перебування на цей час в іншому місці у судовому засіданні достовірно підтвердили 5 свідків. При цьому стороною обвинувачення не вжито заходів до перевірки місцезнаходження С. та Ч. за вилученими у них мобільними телефонами.

З показань потерпілої вбачається, що нападники були в масках та перуках, і вона їх не впізнала. Її показання про те, що схожих на обвинувачених чоловіків за 4 дні до нападу вона бачила поруч із магазином, є припущеннями, на яких обвинувачення ґрунтуватися не може.

Прокурором не надано компакт-диск із записом GPS-координат автомобіля «Daewoo Lanos», використання якого під час розбійного нападу інкримінувалось обвинуваченим, у зв'язку з чим цей доказ, а також схема переміщення автомобіля є недопустимими та такими, що окремо один від одного не мають доказового значення.

БЕЗ ПОНЯТИХ

Обшуки за місцем проживання обвинувачених проведено з порушенням вимог КПК (фактично без понять), що також дає підстави для визнання цих доказів недопустимими.

ЗА МЕЖАМИ СТРОКУ ДІЇ УХВАЛИ

Вироком Каланчацького районного суду Херсонської області від 20.11.14 р., залишеним без змін ухвалою апеляційного суду Херсонської області від 17.03.15 р., С. та Ч. виправдано за обвинуваченням у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 187 та ч. 1 ст. 263 КК.

Органом досудового розслідування М. обвинувачується у тому, що він спільно з Ч. (засудженим за ч. 1 ст. 185 КК) за допомогою мобільного телефону та електронної послуги «Приват24» зняли і перевели грошові кошти з банківського рахунку Б. на іншу банківську картку, а в подальшому цими коштами заволоділи.

Серед ключових доказів обвинувачення суду надано протокол тимчасового доступу до речей і документів від 06.06.14 р. на підставі ухвали слідчого судді від 22.04.14 р. (зазначений протокол має важливе доказове значення, оскільки містить інформацію про доступ до рахунку потерпілого, про рух коштів, які у подальшому були привласнені), однак зазначена слідча дія (виїмка банківської документації) була проведена поза межами строку дії ухвали слідчого судді (згідно з п. 7 ч. 1 ст. 164 КПК цей строк не може перевищувати один місяць). Ця обставина вказує на те, що цей доказ є недопустимим.

Крім того, на час здійснення доступу до речей і документів у кримінальному провадженні закінчився строк досудового розслідування, і відповідно до ч. 8 ст. 223 КПК жодні слідчі дії не могли проводитися. Посилання на зазначений доказ у реєстрі матеріалів досудового розслідування відсутнє.

У справі з цих мотивів було ухвалено виправдальний вирок.

ОПЕРАТИВНА ЗАКУПКА З ПОРУШЕННЯМИ

Досудовим розслідуванням К. обвинувачувався за ч. 2 ст. 307 КК у незаконному збуті за попередньою змовою зі своїм сином С. особливо небезпечного наркотичного засобу «канабіс» вагою у перерахунку на висушену речовину 4,329 гр.

Оперативну закупку наркотичних засобів проведено з грубим порушенням вимог КПК (у протоколі не зазначено конкретний проміжок часу її проведення, адреса проведення НСРД не відповідає адресі, зазначеній в обвинувальному акті, постанова прокурора, яка була підставою для проведення НСРД, не конкретизована, не зазначено, що слідчі дії проводилися із застосуванням технічних засобів, у протоколі огляду покупця не зазначено про наявність у нього технічних засобів, на що вказали й поняті), дозвіл на проведення НСРД стосовно К. слідчим суддею не надавався, підстави для проведення аудіота відеоконтролю особи були відсутні, що дає підстави для визнання доказів недопустимими.

Крім порушень, допущених на стадії досудового розслідування, стороною обвинувачення не виконано вимоги ч. 3 ст. 23 та ч. 2 ст. 256 КПК — не забезпечено явку в судове засідання та допит особи, яка здійснювала оперативні закупки наркотичних засобів у обвинувачених. У справі з цих мотивів було ухвалено виправдальний вирок.

НЕЗАКОННЕ ВНЕСЕННЯ ВІДОМОСТЕЙ ДО ЄРДР

На типові випадки визнання фактичних даних недопустимими як докази вказує А. В. Панова. До таких, зокрема, належить незаконне внесення відомостей до ЄРДР, що в подальшому тягне визнання всіх С(Р)Д, які проводяться в рамках цього кримінального провадження, незаконними, що викликає сумніви в їх достовірності, а отже, й визнання даних, отриманих у результаті їх проведення очевидно недопустимими.

Ухвалою Рівненського міського суду від 19.03.14 р. (справа № 569/12094/13-к), за клопотанням захисника, визнано очевидно недопустимими 87 доказів сторони обвинувачення. Підставою стало те, що, незважаючи на відсутність повноважень вносити скаргу особи, предметом якої була її незгода з рішенням органів досудового розслідування про відмову в порушенні кримінальної справи (за часів дії КПК 1960 року), до ЄРДР та проводити будь-які слідчі дії до скасування судом постанови про відмову в порушенні кримінальної справи, слідчий провів досудове розслідування і зібрав докази у кримінальному провадженні, яке було направлено до суду з обвинувальним актом. Отже, слідчий провів досудове розслідування події, яка на момент внесення відомостей до ЄРДР не могла бути кваліфікованою як злочин. Тому суд дійшов обґрунтованого висновку про недопустимість 87 доказів сторони обвинувачення.

Наведеними прикладами не вичерпуються випадки визнання доказів недопустимими. Очевидно, що адвокати в кожній справі повинні здійснювати скрупульозну аналітичну роботу та своєчасно заявляти клопотання про визнання недопустимими фактичних даних як доказів.

ПРИКЛАДИ З АДВОКАТСЬКОЇ ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Подаючи нижче текст клопотання (яке було відхилено судом), захисники включили й інші питання, щоб суд принаймні побачив перспективи такої справи. Не сумніваюсь, що у цій справі на суддів тисне (щонайменше) внутрішній цензор, який зобов'язує їх забезпечити обвинувальний вирок.

Клопотання про повернення обвинувального акта прокурору

Пункт 3 ч. 3 ст. 314 КПК передбачає, що в підготовчому судовому засіданні суд має право повернути обвинувальний акт, якщо він не відповідає вимогам цього КПК. Вважаю, що обвинувальний акт у справі С. не відповідає вимогам КПК, а тому підлягає поверненню з наведених нижче підстав.

1. Порушення презумпції невинуватості.

1.1. Численні категоричні твердження обвинувального акта про злочинний умисел С. без доведення факту скоєння злочину вироком суду є неприпустимим, брутальним порушенням ст. 62 Конституції України та п. 10 ч. 1 ст. 7 і ст. 17 КПК щодо презумпції невинуватості, а також позицій ЄСПЛ із цього приводу, зазначених у рішеннях «Хужин та інші проти Росії», «Шагін проти України» від 10.12.09 р., «Альне де Рібемон проти Франції» від 01.02.95 р., «Бьомер проти Німеччини» від 03.10.02 р., «Ісмаїлов та інші проти Росії» від 24.04.08 р., «Дактарс проти Литви» та ін.

1.2. У рішенні ЄСПЛ від 23.10.08 р. у справі «Хужин та інші проти Росії» Європейський Суд чітко вказує на важливість дотримання презумпції невинуватості, зазначаючи:

«...Суд нагадує, що положення п. 2 ст. 6 Конвенції спрямовано на те, щоб забезпечити обвинувачену особу від порушень її права на справедливий процес упередженими твердженнями, що тісно пов'язані з розглядом її справи в суді. Презумпція невинуватості, закріплена в ст. 17, є одним із елементів справедливого судового розгляду, про який сказано в п. 1 ст. 6 Конвенції.

Цей принцип забороняє формування передчасної позиції суду, в якій би відображалася думка про те, що особа, обвинувачена у вчиненні злочину, є винуватою ще до того, коли її вина буде доведена відповідно до закону. Водночас ця вимога стосується й висловлювань інших посадових осіб про перебіг розслідування кримінальної справи, якщо такі твердження спонукають громадськість повірити у винуватість обвинуваченої особи та впливають на оцінку фактів справи компетентним судом.

Суд чітко дотримується тієї позиції, що презумпція невинуватості порушується в тому разі, коли судові рішення або твердження посадової особи стосовно обвинуваченого відображає думку про те, що вона

є винуватою, тоді як її вина не була попередньо доведена відповідно до закону.

Навіть за відсутності формальної думки про винуватість осіб достатньо, аби були певні підстави вважати, що суд чи посадова особа ставиться до обвинуваченого як до винуватого у вчиненні злочину. Суд неодноразово наголошував на важливості вибору слів у твердженнях посадових осіб про обвинуваченого».

Крім обвинувального акта, порушення допустили й інші посадові особи.

Зокрема, такі порушення допустила Перша віце-спікерка Верховної Ради України, представниця України в гуманітарній підгрупі Тресторонньої контактної групи (ТКГ) Ірина Герашенко, яка у своєму виступі включила до числа осіб, що підлягають обміну на Сенцова С. як такого, що признався в роботі, — цитую: «...на страну-агрессора. Поэтому сегодня я отправлю официальное письмо на представителя РФ в трехсторонней контактной группе Грызлова со ссылкой на письмо Москальковой, что мы готовы рассматривать этих граждан как таких, которых мы можем передать для освобождения украинцев». С. ніколи не визнавав своєї вини.

Зазначене також суперечить ст. 9 Конституції, ч. 5 ст. 9 КПК, ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23.02.06 р., де сказано, що рішення ЄСПЛ є джерелами права.

Наданий обвинувальний акт від 29.02.16 р. з порушенням зазначених вище вимог має бути повернутий прокурору.

2. Порушення форми обвинувального акта (ч. 1 ст. 291).

2.1. Частина 1 ст. 291 КПК установлює, що обвинувальний акт затверджується прокурором. Однак обвинувальний акт у кримінальному провадженні за обвинуваченням С. у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 408, ч. 1 ст. 111 КК, не затверджений прокурором, а отже, не відповідає вимогам КПК. У розслідуванні справи брав участь заступник військового прокурора Центрального регіону України полковник юстиції Х. (старший групи). Склав і підписав обвинувальний акт заступник військового прокурора Дарницького гарнізону капітан юстиції М.

Центральний регіон України є вищим органом щодо Дарницького гарнізону. Тому затверджувати обвинувальний акт повинен був стар-

ший групи, полковник юстиції вищого органу. Однак обвинувальний акт взагалі не затверджений.

2.2. Саме підписання й затвердження обвинувального акта прокурором та скріплення його підпису печаткою надає цьому документу статус офіційного і свідчить про належний нагляд за досудовим розслідуванням. Зазначена правова позиція збігається з правовою позицією Верховного Суду України у справі № 5-50кс15 від 09.07.15 р.

Отже, обвинувальний акт має бути повернутий прокурору й у зв'язку з незатвердженням його прокурором.

3. Про відсутність формулювання обвинувачення.

3.1. Пункт 5 ч. 2 ст. 291 КПК вимагає формулювати обвинувачення та викладати фактичні обставини — тобто ті обставини, що є фактом, а не припущенням і не суперечать одна одній. Таким чином, формулювання обвинувачення та зазначення в ньому фактичних даних є обов'язковим елементом обвинувачення. А неконкретність обвинувачення є порушенням права на захист.

3.2. Зі змісту п. 5 ч. 2 ст. 291 КПК випливає, що правова кваліфікація та формулювання обвинувачення — це різні дії. Формулювання обвинувачення має ґрунтуватися на обставинах, які свідчать про наявність доведених даних про подію (час, місце, спосіб) кримінального правопорушення, форму вини, мотив і мету його вчинення, факти, які впливають на ступінь його тяжкості тощо.

3.3. В обвинувальному акті викладено лише зміст підозри, а також частину тих фактичних обставин, у вчиненні яких підозрювалась особа, та правову кваліфікацію. Обвинувальний акт містить також загальний огляд політичної ситуації в Криму, який не стосується кваліфікації діяння, в якому обвинувачується С. Проте в рішенні від 25.07.2000 р., ухвалені у справі «Матоцціа проти Італії», наголошується, що в будь-якому разі відомості, надані обвинуваченому, мають бути достатніми для повного розуміння останнім суті висунутого проти нього обвинувачення, що є необхідним для підготовки адекватного захисту.

3.4. У рішенні від 09.10.08 р. у справі «Абрамян проти Росії» зазначено, що положення п.п. «а» п. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод наголошено, що «надання повної, детальної інформації щодо пред'явленого особі обвинувачення та, відповідно, правової кваліфікації, яку суд може надати

відповідним фактам, є важливою передумовою забезпечення справедливого розгляду.

4. Неконкретність обвинувачення як порушення права на захист.

4.1. Згідно зі ст. 110 КПК обвинувальний акт є процесуальним рішенням, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і яким завершується досудове розслідування. Так, у ч. 1 ст. 91 КПК визначено, що у кримінальному провадженні підлягає доказуванню, зокрема, подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення), що, виходячи із суті цієї статті, має відобразитися в обвинувальному акті відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 291 КПК як виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими.

Як вбачається з п. 10 постанови Пленуму ВСУ «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист в кримінальному судочинстві» від 24.10.03 р. № 8, суди повинні вимагати від органів досудового слідства, щоб пред'явлене особі обвинувачення було конкретним за змістом. Зокрема, воно повинно містити дані про злочин, у вчиненні якого обвинувачується особа, час, місце та інші обставини його вчинення, наскільки вони відомі слідчому.

Зазначений принцип закріплений у ст. 6 КЗПЛ, де сказано, що кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має бути негайно й детально проінформований зрозумілою для нього мовою про характер і причини висунутого проти нього обвинувачення.

ЄСПЛ (у справі «Абрамян проти Росії») більш ґрунтовно тлумачить зазначену норму, вказуючи на необхідність приділяти особливу увагу роз'ясненню «обвинувачення» особі, стосовно якої порушено кримінальну справу, та як деталі вчинення злочину можуть відігравати вирішальну роль під час розгляду кримінальної справи. Оскільки саме з моменту доведення їх до відома підозрюваного він вважається офіційно письмово повідомлений про фактичні та юридичні підстави пред'явленого йому обвинувачення (рішення від 19.12.89 р. у справі «Камінські проти Австрії» № 9783/82 п. 79).

Крім того, Суд нагадує, що положення п.п. «а» п. 3 ст. 6 Конвенції необхідно аналізувати у світлі більш загальної норми про право на справедливий судовий розгляд, гарантоване п. 1 цієї статті. У кримінальній справі надання повної, детальної інформації щодо пред'явленого

особі обвинувачення та, відповідно, про правову кваліфікацію, яку суд може дати відповідним фактам, є важливою передумовою забезпечення справедливого судового розгляду (рішення від 25.03.99 р. у справі «Пелісьє та Сассі проти Франції» № 25444/94, п. 52; рішення від 25.07.2000 р. у справі «Матточіа проти Італії» №23969/94, п. 58; рішення від 20.04.06 р. у справі «І. Н. та інші проти Австрії» № 42780/98, п. 34).

До того ж право бути проінформованим про характер і причини обвинувачення потрібно розглядати у світлі права обвинуваченого мати можливість підготуватися до захисту, гарантованого п.п. «b» п. 3 ст. 6 Конвенції (рішення у справі «Пелісьє та Сассі проти Франції», п. 54, а також «Даллос проти Угорщини», п. 47). Вищезазначені твердження знайшли своє відображення в ухвалі Апеляційного суду Херсонської області від 05.08.15 р. у справі № 11-кп/791/676/15, в ухвалі Апеляційного суду Харківської області від 06.08.15 р. у справі № 11-кп/790/1470/15.

4.2. В обвинувальному акті відсутні конкретні дані, які визначають суть пред'явленого обвинувачення:

Частина 1 ст. 111 КК: до предмета доказування у цій справі належить доведення наявності збройного конфлікту та його тривалості. Стаття 111 КК передбачає наявність злочину при переході на бік ворога в період збройного конфлікту. Отже, в обвинувальному акті повинно бути детально визначено принаймні такі обставини:

1. Хто є у цій справі ворогом. Війна між Україною і Російською Федерацією офіційно не оголошена. В Україні не введено воєнний стан у зв'язку з анексією Криму.

2. Де мало місце поле бою, тобто місце збройного конфлікту. У Центрі медичної реабілітації та санаторного лікування спеціальної підготовки Військово-морських та повітряних сил «Судак», де служив С., не було жодного збройного конфлікту, й обвинуваченням не було надано в порядку ст. 290 КПК жодного доказу про наявність такого конфлікту у місці служби С.

3. Слід було вказати період із зазначенням дати та години початку збройного конфлікту і дати та години його закінчення. Стаття 111 КК передбачає відповідальність за перехід на бік ворога в період збройного конфлікту. Обвинувальний акт не містить даних про початок збройного конфлікту та про його закінчення. Захисту не надано жодного доказу про початок збройного конфлікту та про його закінчення.

4. В обвинувальному акті не зазначено момент переходу С. на бік ворога в період збройного конфлікту, що виключає можливість перевірити, чи це дійсно мало місце в період так званого воєнного конфлікту. Адже момент переходу повинен відповідати часовому проміжку, протягом якого триває бій (тобто збройний конфлікт).

Жодна з цих обставин не зазначена в обвинувальному акті. Системний аналіз статей Особливої частини КК України щодо поняття збройного конфлікту, поля бою, часу бою дає підстави для таких висновків:

Поняття «збройний конфлікт» має самостійне правове значення для кваліфікації ст. 111 КК, якщо такий конфлікт відбувається поза межами воєнного стану — у разі фактичного початку бойових дій. У контексті ст. 111 КК це поняття є юридичним синонімом до поняття «бойова обстановка» (див. ст. 402 КК).

Бойову обстановку (тобто збройний конфлікт) слід розуміти як певний стан військової частини, що має місце під час загальновійськового, танкового, протиповітряного і морського, а також наступального та оборонного бою, бою у місті, в оточенні, відбиття десанту тощо. Саме так розуміють застосування норм Особливої частини КК автори науково-практичного коментаря КК за редакцією М. І. Мельника та М. І. Хавронюка.

У вирокі не наведено фактів реального бою (тобто збройного конфлікту), а також будь-яких доказів, що такий бій мав місце, що виключає обвинувачення за ст. 111 КК. Чинний КК не містить визначення, що таке збройний конфлікт. Відсутність визначення, що таке збройний конфлікт, у чинному КК створило ситуацію правової невизначеності. Сама собою ця ситуація виключає можливість пред'явлення обвинувачення С.

У доктрині кримінального права збройний конфлікт, воєнний конфлікт (від лат. *conflictus* — «зіткнення») — це вкрай гостра форма вирішення протиріч між державами, що характеризується двостороннім застосуванням воєнної сили. Збройний конфлікт (як вважають спеціалісти права) у сенсі КК становить відкрите озброєне зіткнення, найчастіше на державному кордоні, пов'язане з його порушенням, обмеженням суверенітету тієї або іншої держави.

Збройний конфлікт істотно відрізняється від збройного інциденту. Збройний інцидент, до якого, звісно, причетні невеликі групи людей, нерідко відбувається в результаті непорозуміння, випадкового зіткнен-

ня. Тоді як збройний конфлікт, у всіх випадках, є наслідком агресивної політики принаймні однієї із утягнутих у конфлікт держав.

Збройний конфлікт розпочинається, як правило, раптово, без офіційного оголошення про воєнні акції, що вживаються, та ведеться більш-менш короткочасно, невеликими військовими силами й засобами та з обмеженими політичними цілями. Врегулювання збройного конфлікту відбувається дипломатичним шляхом на державному рівні, тоді як прикордонні збройні інциденти можуть бути врегульовані шляхом переговорів спеціальних уповноважених (прикордонних комісарів) суміжних держав.

До поняття збройного конфлікту стосуються такі категорії: поле бою — тобто простір, в якому ведеться бій; час бою — проміжок, упродовж якого бій триває. Початок і закінчення часу бою визначається наказами командира. Існування бою у його часовій і просторовій характеристиці свідчить про наявність бойової обстановки, тобто збройного конфлікту. Бойова обстановка — певний стан військової частини, за яким ведуться погоджені дії з метою розгрому противника. Бойова обстановка може мати місце під час наступального та оборонного бою, бою в місті, в оточенні, відбиття десанту (ст. 402 КК).

Термін «збройний конфлікт» (як уже зазначалося) не розкритий безпосередньо у КК України. Однак відсутність правової визначеності у понятті «збройний конфлікт» не повинно тлумачитись усупереч вимогам ст. 3 Конституції України, тобто погіршувати становище обвинуваченого шляхом підміни його значення.

Збройний конфлікт недопустимо розуміти рівнозначним терміна «анексія», тобто загарбання чужої території, яка може відбуватись і без застосування зброї, або шляхом погрози застосування або просто введення військ без озброєного спротиву.

Слово «анексія» (земель) означає «приєднання, загарбання, возз'єднання» і жодним чином не є рівноцінним поняттю «збройний конфлікт».

Зі змісту обвинувального акта вбачається, що обвинувачення прирівняло збройний конфлікт з поняттям «анексія». Таке розширене тлумачення терміна «збройний конфлікт» не відповідає ст. 3 Конституції України та букві і духу кримінального закону.

Доктринальне тлумачення поняття «збройний конфлікт» знаходить своє відображення в правовій літературі.

За відсутності правових позицій Верховного Суду з цього питання та практики Вищого спеціалізованого суду саме позиція видатних спеціалістів права має значення в цій ситуації.

Так, у підручнику «Кримінальне право України (Особлива частина)» за редакцією професорів В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна (5-те видання, перероблене і доповнене; затверджене Міністерством освіти і науки України як підручник для студентів вищих юридичних навчальних закладів), виданого у Харкові у 2015 році, зазначається: «<...> З об'єктивної сторони державна зрада (ст. 111 КК) може полягати у трьох самостійних формах дій: перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або збройного конфлікту (перехід до ворога через лінію фронту, вступ на службу до лав армії ворожої держави, участь за її завданням у бойових діях проти України, надання допомоги представникам такої держави).

Сам перехід на бік ворога може полягати як у переході на територію ворожої держави (так званий фізичний перехід), так і в наданні їй допомоги або її представникам на території України (так званий інтелектуальний перехід). Перехід на бік ворога повинен мати місце в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту.

Поняття воєнного стану визначене у ст. 1 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» від 06.04.2000 р. № 1647-III.

Збройним конфліктом визначається україн гостра форма вирішення суперечностей між державами, що характеризується двостороннім застосуванням воєнної сили¹.

Обвинуваченому С. інкримінують перехід на бік ворога в умовах збройного конфлікту. Однак жодних доказів наявності збройного конфлікту в місці служби С. не надано.

Зокрема, не надано доказів про те, що мало місце двостороннє застосування воєнної сили в Судаку (у Центрі, де працював С.) з боку ворога, а також з боку української сторони. Не зазначено, хто є ворогом у цій ситуації. Відсутнє зазначення про період збройного конфлікту (початок і кінець), а також про день і час переходу С. на бік ворога.

Докази, на які спирається обвинувачення, намагаючись довести наявність збройного конфлікту, є недопустимими і такими, що за своїм

¹ Кримінальне право України. Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. 5-те вид. переробл. і допов. Х. : Право, 2015. — 680 с. (С. 31, 32)

змістом не підтверджують факт наявності збройного конфлікту. Однак поняття «агресія» та «анексія» не ідентичні і не рівноцінні поняттю «збройний конфлікт».

Жоден із словників не ставить знак рівності між поняттями «агресія», «анексія» і «збройний конфлікт».

Обвинувачення голослівно, без наведення конкретних доказів, стверджує, що «в лютому-березні 2014 року на території АР Крим мав місце збройний конфлікт». Не наведено жодного факту збройного конфлікту в Криму. Тому висновок про наявність «збройного конфлікту протягом лютого-березня» не ґрунтується на доказах, є припущенням, а точніше, вигадкою самого обвинувачення.

Події в Бельбеку не є воєнним конфліктом, і до того ж вони розпочались та закінчились протягом одного дня — 22.03.14 р. — і зовсім в іншому місці.

Переходом на бік ворога обвинувачення вважає роботу С. за трудовим договором як лікаря з 01.04.14 р. по 12.08.14 р. Такий висновок робиться на підставі недопустимого доказу — копії трудової книжки, одержаної незаконним шляхом. Однак якщо навіть вважати таку роботу переходом на бік ворога, то вона відбулася за межами збройного конфлікту, бездоказово визначеного обвинуваченням.

За твердженням обвинувачення воєнний конфлікт закінчився у березні 2014 року. А С., на думку обвинувачення, розпочав працювати з 01.04.14 р. у госпіталі, тобто вже після того, як збройний конфлікт закінчився. За таких обставин у діях С. складу злочину, передбаченого ст. 111 КК, немає.

Обвинувачення не врахувало, що С. є лікарем, тобто нонкомбатантом, і відповідно до визнаних Україною норм міжнародного права є особою, що не входить під час війни або збройного конфлікту до складу збройних сил воюючої держави. До нонкомбатантів належать священники і лікарі. Перебування С. як цивільної особи (до того ж нонкомбатанта) на роботі за трудовим договором і виконання ним присяги лікаря у лікувальному центрі, який не з власної волі перепорядкували Міністерству оборони РФ, не є переходом на бік ворога. С. не давав присяги на вірність РФ.

С. не вчинив жодних підривних дій щодо України. В обвинувачення відсутні будь-які докази, які б засвідчували, що він сам особисто писав заяву про прийняття його на роботу до санаторію, перепорядкованого не з його волі Міністерству оборони РФ. Виходячи з цих обставин,

слід визнати, що у діях С. немає складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 111 КК.

Таким чином, в обвинувальному акті відсутні обов'язкові частини об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 111 КК, а саме: «Фактичні дані, що мав місце збройний конфлікт. Час початку і час закінчення збройного конфлікту, тобто період конфлікту. Відсутні будь-які докази дій С. на користь ворога. Не зазначено момент переходу С. на бік ворога в період збройного конфлікту і які дії С. вказують на такий перехід».

5. Порушення правил підслідності.

Питання підсудності та підслідності кримінальних проваджень визначаються в особливому порядку, зазначеному в Законі України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України». Згідно зі ст. 12 зазначеного Закону змінено територіальну (але не предметну) підслідність та підсудність.

Питання, що належать до повноважень слідчого судді, у кримінальних провадженнях, що перебувають на стадії досудового розслідування і здійснюються на території АР Крим та міста Севастополя, розглядаються слідчими суддями районних судів міста Києва, визначеними Апеляційним судом міста Києва.

Підслідність кримінальних правопорушень, вчинених на тимчасово окупованій території, визначається Генеральною прокуратурою України. Матеріали досудового розслідування щодо злочинів, кримінальні провадження щодо яких знаходяться на стадії досудового слідства, повинні бути передані органам досудового слідства, визначеним Генеральною прокуратурою.

Захист з початку судового розгляду в судах неодноразово звертав увагу на порушення підслідності з боку прокуратури, на відсутність відповідного рішення Генеральної прокуратури. Звернення захисту до судів щодо порушення правил підсудності було реалізовано Апеляційним судом міста Києва.

У результаті вирок Дарницького районного суду міста Києва було скасовано, а вирішення справи передано до суду, який визначено Апеляційним судом міста Києва.

Відповідно до ст. 216 КПК предметну підслідність справ за ст. 111 КК віднесено до слідчих органів безпеки. Таким чином, визначено предметний розподіл повноважень між слідчими органами. Тому Генеральна прокуратура, визначаючи підслідність, зобов'язана дотримуватись ви-

мог закону щодо предметної підсудності. Однак у справі С. Генеральна прокуратура взагалі не визначала питань підслідності.

З огляду на наведене, варто зазначити, що відповідно до положень п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК недопустимими визнаються докази, що були отримані після початку кримінального провадження шляхом реалізації органами досудового розслідування чи прокуратури своїх повноважень, не передбачених КПК для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень.

Отже, суд, який розглядає кримінальне провадження, зобов'язаний на підставі ст. 87 п. 2 ч. 3 КПК визнати недопустимими докази, зібрані органом прокуратури, оскільки розслідування справ за ст. 111 КК належить до компетенції не органів прокуратури, а слідчих органів безпеки. Оскільки слідство проведено не уповноваженим органом, то очевидно недопустимими є й усі фактичні дані, які одержані прокуратурою, яка проводила досудове слідство. Рішення Генерального прокурора про передачу розслідування справи прокурорам немає.

У справі «Фельдман проти України» ЄСПЛ прямо визнав, що порушення територіальної підслідності є порушенням права на справедливий суд, гарантований ст. 6 Конвенції.

У цій справі Суд зазначає, що, незважаючи на наявність чітких підстав зміни територіальної підсудності, встановлених у Кримінальному процесуальному кодексі, рішення про передання справи заявника до Артемівського суду не було обґрунтовано жодною з них. З матеріалів справи не вбачається, що заявника було повідомлено про причини або юридичні підстави обрання територіальної підсудності у його справі. Суд також зазначає, що побоювання заявника щодо упередженості національних судів при розгляді його справи також підтримувались публічними заявами Президента та Голови Державної податкової адміністрації (див. пп. 10 та 11 вище), а також діями стосовно його адвоката (див. п. 31). Таким чином, і законодавство України, і практика ЄСПЛ визнають недопустимим довільну зміну територіальної підсудності.

У цьому випадку незаконними є також й усі рішення слідчих суддів, оскільки вони не визначались Апеляційним судом міста Києва. Отже, відповідно до принципу «отруєного дерева» є недопустимими й усі докази, здобуті на виконання рішень слідчих суддів. А це означає, що й питання арешту та тримання під вартою також є незаконними.

На підставі викладеного, керуючись ст. 3, 8, 9, 55,64, 129 Конституції України та ст. 20, 22, 87, 109, 110, 290, 291, 314, 321 КПК,

П Р О Ш У :

Не затверджений прокурором обвинувальний акт у кримінальному провадженні № 42015110340000216 за обвинуваченням С. у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 408, ч. 1 ст. 111 КК України, повернути прокурору як такий, що не відповідає вимогам КПК України.

08.10.18 р.

Захисники

**Кілька прикладів, коли суд визнав
ухвалою недопустимість доказу:**

У справі № 761/34909/7 від 30.10.18 р. судом зафіксовано показову низку грубих порушень КПК, характерних для справ, де прокурори належно не виконали свій обов'язок з нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування.

Ця справа є показовою і для випадків провокації злочину, а тому заслуговує на особливу увагу адвокатів для її використання при аналізі аналогічних кримінальних проваджень:

— У справі допущено порушення підслідності, а вказівки керівництва ГПУ були незаконними. Тому суд визнав усі відео, дзвінки та інші докази, які здобуті під час НСРД, недопустимими та повністю їх відкинув.

— У фабулі зареєстрованого 19.08.16 р. провадження зазначено обставини, які відбулися 21.09.16 р. І, як зауважив один із адвокатів, прокуратура навіть не пояснила цей феномен здатності обвинувачення передбачати майбутнє.

— У судовому засіданні знайшов підтвердження факт провокації хабара та ознаки замовлення кримінальної справи.

Так, суд наголосив, що не спростовані доводи сторони захисту про те, що К. був залучений до позапроцесуального способу як потерпілий, який був допитаний як потерпілий у кримінальному провадженні згідно з доводами захисту 09.08.16 р. у період з 10:00 до 12:15, із зазначен-

ням у протоколі, що допит здійснюється у кримінальному провадженні від 19.08.16 р., тоді як згідно з витягом з ЄРДР відомості про це кримінальне провадження внесені пізніше, а саме: 19.08.16 р. о 15:56:59.

Стороною захисту ставиться під сумнів можливість об'єктивно бути обізнаним вже 19.08.16 р. К. та реєстратором у день подання заяви про ті обставини, що у майбутньому 21.09.16 р. відбудуться події за участю Ш. та Г., дані про внесення яких до ЄРДР надав суду прокурор. Суд вважає за необхідне зазначити, що на момент внесення відомостей до ЄРДР ані сам К., ані органи досудового розслідування не знали та не могли знати про день і час скоєння злочину.

А відтак вказівка у витягу від 09.08.16 р. про отримання Ш. для Г. 21.09.16 р. о 12:30, тобто у той час, який ще не настав, беззаперечно є припущенням слідства, однозначно узгоджується з доводами сторони захисту про провокаційний характер дій слідчих органів. За результатами судового розгляду суд доходить висновку, що всі докази, зібрані під час досудового розслідування слідчими органами Генеральної прокуратури та оперативними підрозділами СБУ, є не тільки недопустимими відповідно до ч. 2 ст. 86 КПК, а й містять у собі та порівняно з іншими матеріалами та доказами суттєві протиріччя, що також впливає на їх достовірність, і доводи сторони захисту в цій частині не спростовані прокурором у суді, а тому не можуть бути прийняті судом та враховані при постановленні вироку.

Так, досудове розслідування здійснювалось слідчими підрозділами Генеральної прокуратури. Зі змісту ч. 2, 3, 5, 6 ст. 216 КПК убачається, що злочин, передбачений ст. 190 КК, в якому підозрювались особи, не є підслідним слідчим органам безпеки, слідчим органам, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, детективам НАБУ, а також слідчим органів Державної кримінально-виконавчої служби України.

Відповідно до ч. 1 ст. 216 КПК слідчі органи Національної поліції здійснюють досудове розслідування кримінальних правопорушень, крім тих, які віднесені до підслідності інших органів досудового розслідування. За таких обставин досудове розслідування у цій справі повинно було проводитись слідчими органами Національної поліції.

Відповідно до ч. 5 ст. 36 КПК Генеральний прокурор, керівник регіональної прокуратури, їх заступники мають право доручити здійснення досудового розслідування будь-якого кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування, у тому числі слідчому

підрозділу вищого рівня в межах одного органу, у разі неефективності досудового розслідування. **При цьому у розумінні ч. 5 ст. 36 та ч. 2 ст. 218 КПК допускається лише зміна територіальної підслідності, але в жодному разі не предметної.**

Таким чином, судом встановлено, що у порушення вимог КПК прокурор не вирішив питання про спрямування кримінального провадження для розслідування до належного правоохоронного органу, а відтак усі процесуальні дії та слідчі дії, що були здійснені слідчими Генеральної прокуратури до 30.09.16 р., не можна визнати законними. Генеральний прокурор своєю постановою визначив підслідність кримінального провадження управлінню з розслідування кримінальних проваджень у сфері економіки Департаменту з розслідування особливо важливих справ лише 30.09.16 р.

Сама постанова про визначення підслідності фактично є невмотивованою та містить у собі посилення на обставини, що не відповідають дійсності та чинному законодавству, у тому числі в частині зазначення підстав для визначення підслідності слідчим Генеральної прокуратури, оскільки починаючи з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР з 19.08.16 р. о 15:56:59 досудове розслідування у цьому кримінальному провадженні здійснювалось лише слідчими органами Генеральної прокуратури. Національною поліцією будь-яке досудове розслідування, а відтак і таке, яке б можна було визнати неефективним, не було проведено.

Що стосується посилень Генерального прокурора на значну складність та резонанс цієї справи, то така підстава прямо суперечить не лише національному законодавству, а й практиці Європейського суду з прав людини, а відтак не може виправдовувати допущені під час досудового розслідування процесуальні правопорушення.

Стороною обвинувачення не було надано достатніх та достовірних відомостей, коли та яким саме чином заступник начальника управління з розслідування кримінальних проваджень П. ще до фактичного порушення кримінального провадження був обізнаний про номер кримінальної справи.

Крім того, слідчий Ч. у порушення вимог КПК, не входячи до складу слідчої групи, 19.08.16 р. відібрав у К. письмову згоду на залучення до конфіденційного співробітництва та проведення інших негласних дій та 26.08.16 р. своєю постановою залучив К. до проведення негласних слідчих дій.

Фактичні дані НСРД суд не може покласти в основу обвинувального вироку, через порушення суттєвих умов попереднього дозволу суду на проведення НСРД, що передбачено п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК як істотне порушення прав людини. Так, Апеляційним судом міста Києва постановлено ухвали про надання дозволів на здійснення обмежувальних заходів № 01-13708т/НСД від 25.08.16 р., № 01-13732т/НСД від 26.08.16 р., № 01-14945т/НСД та № 01-14946т/НСД від 14.09.16 р.

З огляду на встановлені судом порушення правил підслідності, усі матеріали НСРД з цих підстав підлягають визнанню недопустимими доказами, оскільки слідчі Генеральної прокуратури отримали їх шляхом реалізації своїх повноважень, які не передбачались КПК, що є відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК підставою для визнання доказів недопустимими.

У порушення вимог ч. 2 ст. 290 КПК слідчі прокуратури не забезпечили стороні захисту можливість ознайомлення з фактичними даними на матеріальних носіях інформації, які прокурор у суді подав як докази на підтвердження винуватості осіб, тобто фактично не надали доступ до всіх матеріалів провадження, що свідчить не тільки про порушення права обвинувачених на захист, а також є підставою для визнання матеріалів НСРД недопустимим доказом. До того ж під час дослідження у судовому засіданні цих матеріалів встановлено, що НСРД працівниками СБУ проводились із застосуванням певних технічних засобів, а до матеріалів кримінального провадження приєднані взагалі інші матеріальні носії інформації: замість 4 оптичних дисків із записами від 06.09.16 р., 16.09.16 р., 02.09.16 р. та 26.09.16 р. до матеріалів справи приєднані 4 інших оптичні диски.

Сторона обвинувачення не надала суду технічні засоби, що застосовувалися, а також не надала відомостей, які б дозволили вважати надані суду носії інформації первинними. Під час дослідження матеріальних носіїв інформації оптичний диск, на якому нібито містилися дані телефонних розмов, – порожній. Відповідно, і всі протоколи за результатами проведених НСРД та протоколи огляду речей не можуть прийматися судом до уваги, оскільки відсутній первинний аудіозв'язок.

Відмова слідчого надати доступ захиснику М. до змісту на матеріальних носіях інформації з НСРД вказує на порушення права на захист, що є відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК істотним порушенням прав

людини. На підставі ч. 12 ст. 290 КПК такі фактичні дані не можуть бути допущені як докази.

З наданих стороною обвинувачення матеріалів К. був залучений до негласного співробітництва з ГПУ. Оскільки зазначена особа у той період була діючим адвокатом, а негласні слідчі дії передбачали прослуховування розмов К. та Ш. про стан і рух судової справи та клієнтів адвоката К., що підпадає під адвокатську таємницю, то такі дії є порушенням вимог ч. 2 ст. 275 КПК та п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Оперативним підрозділам надається право виявлення та фіксації діянь, передбачених ст. 305, 309, 311, 318, 321, 364-1, 365-2, 368, 368-4, 369, 369-2 КК, тому, з огляду на первинну кваліфікацію, що була внесена до ЄРДР, правоохоронні органи не мали повноважень проводити операції контролюваного вчинення злочину, передбаченого ст. 190 КК.

Вирішуючи питання про допустимість фактичних даних, які містяться в протоколі огляду та вручення грошових коштів, суд враховує надані стороною захисту відомості в довідці СБУ, отримані на адвокатський запит, відповідно до яких К. перебував в приміщенні СБУ 21.09.16 р. у період з 09:36 до 09:56, що беззаперечно вказує на те, що на момент закінчення складання протоколу огляду та вручення грошових коштів у період з 09:45 до 10:05 К. вже фізично перебував за межами будівлі СБУ, а відтак не міг брати участь у цій слідчій дії до кінця. З огляду на обсяг цих дій, суд доходить висновку, що протокол огляду та вручення коштів від 21.09.16 р. був складений у позапроцесуальний спосіб, без фактичної участі К. та понятих.

При дослідженні відеозапису затримання Ш.: він переривався, зникало місце події та хід вилучення грошових коштів у Ш. Суд дійшов висновку, що зміст протоколу затримання не відповідає відеозапису затримання, у тому числі не відображені відомості про пакування частини грошових коштів у прозорий пластик та вбудування невизначеного електронного технічного пристрою.

Суд дійшов переконання, що під час події, з урахуванням даних, наданих стороною захисту в підтвердження репутації К., який був причетний до вчинення шахрайства у 2010 році в кримінальній справі, після чого його неодноразово систематично залучають до кримінальних справ як заявника та потерпілого, у тому числі в порядку оперативного співробітництва у зв'язку з обвинуваченням низки осіб

у вчиненні корупційних правопорушень при схожих обставинах, такі обставини дають підстави для висновків про залежність і підконтрольність К. правоохоронним органам і вони є не спростовані в суді прокурором.

Суд дійшов висновку, що дії К. носять ознаки провокації злочину. Такий висновок суду узгоджується не тільки з національним законодавством, а й з практикою ЄСПЛ (рішення «Чохонелідзе проти Грузії», рішення «Делькорт проти Бельгії»).

Справа № 398/3271/16-к, ухвала Миргородського міськрайонного суду Полтавської області від 26.06.18 р.

Прокурор Ц. надав протокол про результати проведення негласних слідчих дій. Адвокати після дослідження цього доказу заявили клопотання про визнання його очевидно недопустимими з підстав того, що протокол є фактично допитом затриманого ОСОБА_6 з використанням спеціальних звуко- та відеозаписуючих засобів щодо обставин вчинення кримінальних правопорушень. Спілкування з затриманим ОСОБА_6 було неprivatним, оскільки проходило в кабінеті начальника слідчого управління та в час, коли особа вже набула статусу підозрюваного.

Враховуючи процесуальний статус затриманого ОСОБА_6, перебування його в кайданках під час спілкування з начальником СУ ГУНП в Кіровоградській області, під час якого вона представилась офіційно та запропонувала затриманому розповісти про обставини можливого вчинення злочинів, суд розцінює такі дії як допит затриманого, який проведений з порушенням права на захист та отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про право відмовитись від давання показань та не відповідати на запитання. А тому на підставі пп. 3 та 4 ч. 2 ст. 87 КПК суд визнає цю частину доказу очевидно недопустимою.

В іншій частині інформація, яка міститься в протоколі та додатку до нього, що стосується приватного спілкування затриманих, суд не вважає цей доказ очевидно недопустимим та вирішуватиме питання належності та допустимості цього доказу в нарадчій кімнаті під час ухвалення остаточного рішення у справі на підставі аналізу всіх доказів.

Клопотання адвокатів задовольнити частково.

Визнати частково очевидно недопустимим доказом протокол результатів проведення негласної слідчої дії аудіо-, відеоконтролю особи з використання спеціально технічних засобів від 08.06.16 р., який

проводився щодо ОСОБА_6 ІНФОРМАЦІЯ_1, у частині стенограми та відеозапису з 23:11:23 до 23:49:30 15.05.16 р., яким зафіксована розмова затриманого ОСОБА_6 та заступника СУ ГУНП в Кіровоградській області ОСОБА_13.

В іншій частині протокол результатів проведення негласної слідчої дії аудіо-, відеоконтролю особи з використання спеціальних технічних засобів від 08.06.16 р., який проводився щодо ОСОБА_6 ІНФОРМАЦІЯ_1, суд не визнає очевидно недопустимим і питання його належності та допустимості вирішуватиме під час оцінки доказів у нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення.

Ухвала окремому оскарженню не підлягає. Заперечення проти ухвали може бути включено до апеляційної скарги на судові рішення, передбачене ч. 1 ст. 392 КПК.

Справа № 211/287/15-к, ухвала Довгинцівського районного суду міста Кривого Рогу від 26.07.06 р.

У судовому засіданні адвокати заявили клопотання про визнання очевидно недопустимими докази відеозапису, які містяться на DVD-дисках, які знаходяться в конвертах на аркушах справи 22, 56 у томі першому, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу.

Своє клопотання вони обґрунтували тим, що диски знаходяться в конвертах, які не опечатані та не підписані і на них не відображена інформація, що міститься на дисках, не надані оригінали цих документів, не встановлено власника цих документів.

Вислухавши думку прокурора О. І. Філя, представника потерпілого ОСОБА_5, які вважають, що клопотання задоволенню не підлягає, думки обвинувачених ОСОБА_4 та ОСОБА_3, які підтримали клопотання, суд вважає, що клопотання підлягає задоволенню.

Відповідно до ч. 1 ст. 86 КПК доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК 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.

Відповідно до ч. 1 ст. 87 КПК недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода

на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

Ухвалою суду від 21.07.16 р. були визнані недопустимими доказами, такими, що не підлягають дослідженню, які містяться на DVD-дисках, які знаходяться в конвертах на аркушах справи 15, 23 у томі третьому (в ухвалі помилково зазначено том перший).

Диски, про які йде мова у клопотаннях адвокатів, є копіями записів на дисках, щодо яких винесена ухвала судом 21.07.16 р., і вони долучені до матеріалів справи з аналогічними порушеннями, а тому судом клопотання адвокатів задовольняється. Керуючись ст. 86, 87, 89 КПК, суд ухвалив:

– Клопотання адвокатів ОСОБА_2, ОСОБА_1 про визнання доказів недопустимими задовольнити.

– Визнати недопустими доказами та не досліджувати відеозаписи, які містяться на DVD-дисках, які знаходяться в конвертах на аркушах справи 22, 56 в томі першому. Ухвала оскарженню не підлягає.

Справа № 1-кп/331/132/2017, ухвала Жовтневого районного суду міста Запоріжжя від 13.09.17 р.

У провадженні Жовтневого районного суду міста Запоріжжя знаходиться кримінальне провадження щодо ОСОБА_3 за ч. 2 ст. 289, ч. 1 ст. 263, ч. 2 ст. 309, ч. 1 ст. 310 КК.

У судовому засіданні обвинуваченим ОСОБА_3 та його захисником заявлене клопотання про визнання очевидно недопустимими доказів сторони обвинувачення, а саме: усіх експертиз, проведених щодо речових доказів, які були отримані під час незаконного обшуку, тому є похідними та, у свою чергу, не можуть визнаватися допустимими доказами у справі.

У судовому засіданні ухвалою суду було визнано очевидно недопустимим доказом протокол обшуку житлового будинку № 40 по вул. Наукове містечко у місті Запоріжжі. Як вбачається з наданих прокурором висновків експертиз, експертам для дослідження надавались об'єкти, які були вилучені під час проведення зазначеного обшуку.

Згідно з ч. 1 ст. 87 КПК недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також

будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

Відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК 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.

Враховуючи вимоги закону, а також те, що висновки експертів містять інформацію щодо обстеження предметів, які були вилучені під час проведення слідчої дії, результати якої були визнані судом очевидно недопустимим доказом, суд вважає, що такі документи є похідними від зазначеного протоколу обшуку, тому також повинні бути визнані очевидно недопустимими доказами («плід отруйного дерева»). На підставі викладеного, керуючись ст. 86, 87, 89, 369, 372, 376 КПК, ухвалив:

– Клопотання захисника та обвинуваченого ОСОБА_3 про визнання висновку експерта № 1548 від 11.11.16 р., висновку експерта № 1582 від 24.11.16 р., висновку експерта № 578/з від 23.12.16 р., висновку експерта № 1804-д від 14.11.16 р., висновку експерта № 91 від 16.11.16 р. очевидно недопустимими доказами задовольнити.

– Визнати висновок експерта № 1548 від 11.11.16 р., висновок експерта № 1582 від 24.11.16 р., висновок експерта № 578/з від 23.12.16 р., висновок експерта № 1804-д від 14.11.16 р., висновок експерта № 91 від 16.11.16 р. очевидно недопустимими доказами та припинити їх дослідження у судовому засіданні. Ухвала оскарженню не підлягає.

Справа № 439/439/16-к, ухвала Бродівського районного суду Львівської області від 13.09.16 р.

Під час дослідження протоколу слідчого експерименту від 02.12.15 р., розпочатого о 14:30 та закінченого о 16:40, а також відеозапису цієї слідчої дії, судом встановлено, що підозрюваному ОСОБА_7 перед початком слідчої дії, під час якої підозрюваному слідчим було запропоновано розповісти про події, які відбулися 25.12.15 р., не було роз'яснено його право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання.

Відповідно до ч. 1 ст. 87 КПК недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також

будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

Відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 87 КПК суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема такі діяння: отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права.

Враховуючи, що показання у підозрюваного ОСОБА_2 під час слідчого експерименту отримано без повідомлення йому про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, суд доходить переконання, що отриманий у результаті такого порушення доказ — протокол слідчого експерименту — необхідно визнати очевидно недопустимим доказом у справі.

Відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК 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. Керуючись ст. 87 та 89 КПК, суд ухвалив:

— Визнати очевидно недопустимим та припинити дослідження протоколу слідчого експерименту від 02.12.15 р. (розпочата слідча дія о 14:30 та закінчена о 16:40). Ухвала оскарженню не підлягає.

Справа № 610/2485/15-к, ухвала Балаклійського районного суду Харківської області від 25.11.15 р.

У судовому засіданні захисником заявлено клопотання про долучення до матеріалів кримінального провадження докази, що підтверджують свідчення ОСОБА_8 про обставини ДТП, а саме фотознімки ДТП від 11.07.14 р.

Суд, вислухавши думку прокурора, який заперечував щодо задоволення клопотання, оскільки ці докази одержані з істотним порушенням закону та є недопустимими доказами, думку учасників судового провадження, вважає, що клопотання не підлягає до задоволення, виходячи з такого.

Згідно з ч. 1 та 2 ст. 89 КПК суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. 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. Сторони кримінального провадження, потерпілий мають право під час судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими, а також наводити заперечення проти визнання доказів недопустимими.

За таких обставин суд дійшов висновку, що надані стороною захисту докази є недопустимими, що унеможливило їх дослідження в судовому засіданні. Керуючись ст. 89, 258, 260 КПК, суд ухвалив:

— У задоволенні клопотання захисника ОСОБА_6 відмовити. Фотознімки ДТП визнати недопустимими доказами у справі та повернути захиснику. Ухвала оскарженню не підлягає.

Справа №705/4373/15-к, ухвала Маньківського районного суду Черкаської області від 27.06.18 р.

У судовому засіданні захисником ОСОБА_5 заявлено клопотання про визнання доказів очевидно недопустимими, а саме протоколу допиту свідка ОСОБА_4 від 15.12.14 р. та цифровий носій інформації (оптичний диск) та протокол слідчого експерименту від 17.12.14 р. з цифровим носієм (оптичний диск).

Захисник ОСОБА_3 та обвинувачений ОСОБА_4 у судовому засіданні підтримали ці клопотання.

Прокурор у судовому засіданні просить відмовити у задоволенні цих клопотань, не вбачаючи очевидної недопустимості зазначених захисником доказів.

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 (ч. 2 ст. 89 КПК).

Відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 87 КПК (у редакції станом на момент вчинення процесуальної дії) суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод отримання показань від свідка, який надалі буде визнаний підозрюваним чи обвинуваченим в цьому кримінальному провадженні).

Протокол допиту свідка ОСОБА_4 датований 15.12.14 р., тобто він був допитаний як свідок у кримінальному провадженні, а 19.12.14 р. ОСОБА_4 повідомлено про підозру у цьому кримінальному прова-

дженні, тому отримані показання від свідка ОСОБА_4, який у подальшому був визнаний підозрюваним і на цей час є обвинуваченим у такому кримінальному провадженні, є істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, а сам доказ у вигляді протоколу допиту з цифровим носієм є очевидно недопустимим доказом.

Щодо допустимості чи недопустимості як доказу протоколу слідчого експерименту від 17.12.14 р. з цифровим носієм (оптичний диск), то це питання може бути вирішено лише під час ухвалення остаточного рішення суду за наслідками розгляду кримінального провадження шляхом дослідження цього доказу у їх сукупності та взаємозв'язку з іншими доказами, що надані учасниками кримінального провадження. Очевидної недопустимості зазначеного захисником доказу на цій стадії судового провадження без дослідження їх взаємозв'язку з іншими доказами суд не вбачає та вважає передчасним вирішувати питання про його недопустимість.

Крім того, відповідно до положень ст. 94 та 375 КПК суд у нарадчій кімнаті за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінює кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності.

За таких обставин питання щодо визнання протоколу слідчого експерименту від 17.12.14 р. з цифровим носієм (оптичний диск) неналежними та недопустимими буде вирішено судом у загальному порядку, передбаченому ч. 1 ст. 89 КПК, тобто під час ухвалення судового рішення.

На підставі викладеного та керуючись ст. 5, 86-89, 94, 375 КПК України, колегія суддів ухвалила:

— Клопотання захисника ОСОБА_2 у частині визнання доказу очевидно недопустимим, а саме протоколу допиту свідка ОСОБА_4 від 15.12.14 р. та цифровий носій інформації (оптичний диск) задовольнити.

— Визнати протокол допиту свідка ОСОБА_4 від 15.12.14 р. з цифровим носієм інформації (оптичний диск) очевидно недопустимим доказом та припинити його дослідження в судовому засіданні.

— Клопотання захисника ОСОБА_2 в частині визнання доказу очевидно недопустимим, а саме протоколу слідчого експерименту від 17.12.14 р. з цифровим носієм (оптичний диск), залишити без задоволення. Ухвала оскарженню не підлягає.

Справа № 466/4259/14-к, ухвала Шевченківського районного суду міста Львова від 15.10.14 р.

Захисник обвинуваченого заявив клопотання про визнання доказів недопустимими, зокрема:

- висновку судово-медичної експертизи № 1326 від 06.08.13 р. з тих підстав, що в такому не зазначено час проведення експертизи, не надано відповіді на запитання, поставлені перед експертом у постанові слідчого, висновки експерта не відповідають дійсним обставинам справи, а також вимогам ст. 101 та 102 КПК;

- висновку комісійної судово-медичної експертизи № 105 від 04.06.14 р. з тих же підстав;

- протоколу проведення слідчого експерименту від 17.04.14 р., участь у якому брав лише один понятий, що суперечить вимогам ст. 87 КПК;

- постанову про визнання та приєднання речових доказів до матеріалів досудового розслідування, оскільки вона не відображає ані підстав, ані процедури вилучення речових доказів.

Прокурор заперечив проти клопотання про визнання доказів недопустимими, посиляючись на те, що вони зібрані відповідно до вимог чинного законодавства.

Суд, заслухавши думку учасників кримінального провадження, дослідивши зміст клопотання, доходить висновку щодо часткового його задоволення.

Відповідно до клопотання обвинувачення одним із доказів, заявлених обвинуваченням в обґрунтування вини ОСОБА_2 у вчиненні кримінального правопорушення, є протокол проведення слідчого експерименту від 17.04.14 р. Відповідно до ч. 7 ст. 223 КПК слідчий зобов'язаний запросити не менше двох незаінтересованих осіб /понятих/ для проведення слідчого експерименту. Із запропонованого як доказ зі сторони обвинувачення протоколу проведення слідчого експерименту від 17.04.14 р. вбачається, що в такому брав участь лише один понятий, що є грубим порушенням вимог КПК.

Відтак зазначений доказ, запропонований обвинуваченням на підтвердження вини ОСОБА_2 у вчиненні інкримінованого йому правопорушення, не може бути судом визнаний допустимим.

Стосовно інших письмових доказів, заявлених у клопотанні захисника, такі можуть бути визнані недопустимими під час ухвалення судом остаточного рішення суду за наслідками розгляду обвинувального

акта шляхом дослідження цих доказів у їх сукупності та взаємозв'язку з іншими доказами, що надані учасниками кримінального провадження. Очевидності недопустимості й таких доказів на цій стадії судового провадження без дослідження їх у взаємозв'язку з іншими доказами суд не вбачає та вважає передчасним вирішувати питання про їх недопустимість

На підставі викладеного, керуючись ст. 89 КПК, суд ухвалив:

— клопотання захисника ОСОБА_1 задовольнити частково. Визнати недопустимим доказ у цьому кримінальному провадженні протокол проведення слідчого експерименту від 17.04.14 р. У задоволенні решти вимог про визнання доказів недопустимими відмовити. Ухвала оскарженню не підлягає.

Практичний посібник

Зейкан Ярослав Павлович

ПРО НЕДОПУСТИМІ ДОКАЗИ

Редактор *М. Ковтун*
Коректори *О. Замазій, Л. Півкач*
Набір *К. В'юнник*
Комп'ютерна верстка *Є. Буданцев*

Підписано до друку 15.02.2019. Формат 60x84^{1/16}.
Ум. друк. арк. 7,44.
Друк офсетний. Тираж 5000 прим. Зам. № 1015.

Видавничий будинок «Фактор»,
вул. Сумська, 106а, м. Харків, 61002.
Тел. (057) 76-500-76.

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої
справи до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
від 15.04.2011 р., серія ДК № 4047.

Віддруковано згідно з наданим оригінал-макетом
у друкарні «Фактор-Друк»:
вул. Саратівська, 51, м. Харків, 61030.
Тел. (057) 717-53-55.