

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

**ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО
РОЗСЛІДУВАННЯ, ЯКІ ПРИЗВЕЛИ ДО ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ
НЕДОПУСТИМИМИ**

Огляд судової практики

Київ 2022

Авторський колектив:

Таран О. В., доктор юридичних наук, професор (Національна академія внутрішніх справ); **Брисковська О. М.**, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник (Національна академія внутрішніх справ); **Грига М. А.**, кандидат юридичних наук (Національна академія внутрішніх справ); **Бурак М. В.**, кандидат юридичних наук (Національна академія внутрішніх справ); **Дякін Я. О.**, кандидат юридичних наук (Національна академія внутрішніх справ); **Мотиль В. І.**, кандидат юридичних наук (Національна академія внутрішніх справ)

Рецензенти:

Вознюк А. А. - завідувач наукової лабораторії з проблем протидії злочинності навчально-наукового інституту №1 Національної академії внутрішніх справ, доктор юридичних наук, професор;

Бурлака В. В. - начальник відділу методичної роботи та правового забезпечення Головного слідчого управління Національної поліції України, кандидат юридичних наук

Рекомендовано до друку науково-методичною радою Національної академії внутрішніх справ від 13.05.2022 (протокол № 8)

П 84 Процесуальні порушення на стадії досудового розслідування які призвели до визнання доказів недопустимими [Текст] : огляд судової практики / [Таран О. В., Брисковська О. М., Грига М. А., Бурак М. В., та ін.]. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2022. 68 с.

У представлений роботі систематизовані і досліджені процесуальні порушення, які зустрічаються на стадії досудового розслідування та призводять до визнання доказів недопустимими. Серед таких порушень – порушення під час проведення затримання, огляду, обшуку, особистого обшуку, освідчування та негласних слідчих (розшукових) дій.

Розглянуті особливості складання процесуальних документів та висвітлені основні недоліки при їх складанні.

Огляд практики адресований практичним працівникам правоохоронних органів, науково-педагогічним працівникам, здобувачам вищої освіти, а також тим, хто досліджує відповідну проблематику.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ	4
ВСТУП.....	5
Розділ I. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОГЛЯДУ, ЯКІ ПРИЗВЕЛИ ДО ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ.....	7
Розділ II. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ, ЯКІ ПРИЗВЕЛИ ДО ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ.....	17
Розділ III. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ ПІД ЧАС ЗАТРИМАННЯ, ОСОБИСТОГО ОБШУКУ ТА ОСВІДУВАННЯ ОСОБИ, ЯКІ ПРИЗВЕЛИ ДО ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ	31
Розділ IV. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ, ЯКІ ПРИЗВЕЛИ ДО ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ	43
ДОДАТКИ.....	59

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ВВР	Відомості Верховної Ради України
ВС	Верховний Суд
ЄДРСР	Єдиний державний реєстр судових рішень
ЄРДР	Єдиний реєстр досудових розслідувань
КК	Кримінальний кодекс України
КМУ	Кабінет Міністрів України
КПК	Кримінальний процесуальний кодекс України
КСУ	Конституційний Суд України
МОЗ	Міністерство охорони здоров'я
НПУ	Національна поліція України
НСРД	негласна слідча (розшукова) дія
ОРД	оперативно-розшукова діяльність
ППВСУ	Постанови Пленуму Верховного Суду України
СОГ	слідчо-оперативна група

ВСТУП

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 кримінальному провадженні¹.

На підставі зібраних на досудовому слідстві доказів суд, оцінивши їх з точки зору належності, достовірності, допустимості, та всієї сукупності – достатності, вирішує основні питання в кримінальному судочинстві – чи мало місце кримінальне правопорушення та чи винна особа у його вчиненні².

Відповідно до ч.1 ст.1 КПК України порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством. При цьому суворе дотримання його положень є прямим обов'язком керівника органу досудового розслідування, слідчого, прокурора, оперативного співробітника. Законом не допускається недодержання чи додержання не в повному обсязі положень кримінального процесуального законодавства працівником правоохоронного органу. Ця обставина є надзвичайно важливою для подальшого вирішення судом питання щодо допустимості отриманих доказів. Згідно із ч. 1 ст. 84 КПК України доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим кодексом порядку, на підстав яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд установлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Тобто фактичні дані, отримані не в порядку, передбаченому КПК, доказами в принципі бути не можуть.

Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів. Відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 99 КПК України до документів, за наявності в них відомостей, передбачених ч. 1 цієї статті, можуть належати складені в порядку, встановленому цим кодексом, протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії. Тобто протокол процесуальної дії є документом і відповідно до ч. 2 ст. 84 КПК України може бути джерелом доказів³.

За змістом рішення Конституційного Суду України від 20 жовтня 2011 р. № 12 рп/2011, визнаватися допустимими і використовуватися як докази в кримінальному провадженні можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України,

¹ Дрозд В. Проблемні питання допустимості доказів у судовому провадженні. *Підприємство, Господарство і Право*. 2020. № 8. С. 274.

² Тютюнник В. В. Очевидна недопустимість доказу як критерій здійснення окремої судової процедури визнання доказу недопустимим під час кримінального провадження. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер.: Юриспруденція. 2014. № 9-1 С. 233.

³ Втручання в приватне спілкування. *Закон і бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/142223-yak_dovesti_scho_protokol_oglyadu_mobilnogo_e_nedopustimim_d.html

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.

ВС у Постанові від 07 липня 2019 р. у справі № 607/14707/17 зробив висновки щодо застосування норм права, а саме – положень ст. 86 КПК України, зокрема, зазначивши: «Докази визнаються такими, що одержані незаконним шляхом, коли їх збирання й закріплення відбулося з порушенням гарантованих Конституцією прав людини і громадянина, встановленого кримінальним процесуальним законодавством порядку, або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами. Отже, умовами допустимості доказів є:

- одержання фактичних даних із належного процесуального джерела;
- одержання фактичних даних належним суб'єктом;
- одержання фактичних даних у належному процесуальному порядку;
- належне оформлення джерела фактичних даних».

А тому, доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому КПК України (ст. 86 КПК України), а недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посылатися суд при ухваленні судового рішення.

Ч. 1 ст. 87 даного кодексу передбачено, що недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

У п. 19 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 01 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» зазначено, що докази повинні визнаватись такими, що одержані незаконним шляхом, наприклад, тоді, коли їх збирання, закріплення здійснено або з порушенням гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина, встановленого кримінально-процесуальним законодавством порядку, або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами.

Розділ І

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОГЛЯДУ, ЯКІ ПРИЗВЕЛИ ДО ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ

З метою виявлення та фіксації відомостей щодо обставин вчинення кримінального правопорушення слідчий, прокурор проводять огляд місцевості, приміщення, речей та документів (ч. 1 ст. 237 КПК України). Згідно ст. 223 КПК України огляд є слідчою дією, спрямованою на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні, яка проводиться в межах досудового розслідування кримінального провадження.

Підставою для проведення огляду місця події слугує інформація про вчинення кримінального правопорушення, зафіксована у певній процесуальній формі. Без наявності такої інформації проведення огляду місця події не допускається. Така позиція відображена і в постанові Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 07 червня 2018 р. у справі № 740/5066/15-к, пр. №51-3331км18.

У постанові Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 05 вересня 2019 р. у справі № 518/203/17 зазначено, що огляд місця події – це слідча дія, яка має на меті безпосереднє сприйняття, дослідження обстановки на місці події, виявлення, фіксацію та вилучення різних речових доказів, з'ясування характеру події, що відбулася, встановлення особи злочинця та мотивів скоєння злочину. Огляд місця події є однією з перших та невідкладних слідчо-оперативних дій, а також джерелом отримання доказів.

Таким чином, при наявності очевидних даних, які вказують на вчинення кримінального правопорушення і зумовлюють необхідність проведення огляду слідчий чи прокурор приймає рішення про його проведення. Необхідність оперативного проведення огляду надає право на таке проведення до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ЄРДР), що є відмінністю від обшуку, який може бути проведений лише коли кримінальне провадження зареєстровано та відповідні відомості внесено до ЄРДР. В будь-якому випадку, відповідно до положень ч. 2 ст. 237 КПК України огляд житла чи іншого володіння особи здійснюється згідно з правилами, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи.

У ст. 13 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) зазначено, що не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим судовим рішенням, крім випадків, передбачених КПК України.

Однак, зазначаючи про такі відмінності, визначені КПК України, сучасна практика судів вищої інстанції, зокрема Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, свідчить про те, що згода особи визнається достатньою підставою для проникнення до житла та проведення в ньому огляду. У Постанові Верховного Суду від 10 вересня 2019 р. у справі

№ 630/515/17, Суд не погодився з позицією захисника про недопустимість як доказу протоколу огляду місця події з огляду на проведення слідчих дій до внесення відомостей про злочин до ЄРДР і без ухвали слідчого судді, враховуючи те, що зі змісту положення ч. 1 ст. 233 КПК України слідує, що законодавцем, крім можливості проникнення до житла чи іншого володіння особи на підставі судового рішення, передбачено іншу процесуальну гарантію захисту прав особи, а саме можливість проникнути до житла чи іншого володіння особи за добровільної згоди власника. Так, виходячи із аналізу кримінальних процесуальних норм, які містяться у ч. 1 ст. 233, ч. 2 ст. 234 та ч. 2 ст. 237 КПК України, колегія суддів дійшла висновку, що огляд житла чи іншого володіння особи може бути проведено за добровільною згодою особи, яка ним володіє, за умови, що були наявні процесуальні гарантії, які захищали здатність особи висловлювати свою справжню думку при наданні такої згоди.

Досудове розслідування розпочинається з моменту вчинення певної процесуальної дії – внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР. До цього моменту можливо провести тільки одну слідчу дію – огляд місця події, решту слідчих дій дозволено проводити тільки після такого внесення.

В деяких випадках огляд проводиться з порушенням порядку, встановленого Кримінальним процесуальним Кодексом України. Розглянемо найбільш істотні такі порушення.

Порушення процедури проведення огляду:

1. Під час проведення огляду місця події був здійснений обшук особи, що не передбачено і регулюється іншими нормами кримінального процесуального закону. Фактичне здійснення особистого обшуку під виглядом огляду місця події становить істотне порушення прав людини і основоположних свобод, що має наслідком недопустимість отриманих доказів.

Наприклад, ОСОБА_1 обвинувачувався у тому, що він 27 лютого 2017 р. приблизно о 22 год. 00 хв. знайшов згорток фольги з порошкоподібною речовиною білого кольору. Розуміючи, що в згортку міститься психотропна речовина – амфетамін, він підняв згорток із землі і помістив до кишені куртки, в яку був одягнений, та став незаконно зберігати для власного вживання без мети подальшого збуту.

27 лютого 2017 р. приблизно о 22 год. 30 хв. дана ОСОБА_1 був виявлений працівниками поліції і зізнався, що зберігає при собі психотропну речовину, обіг якої заборонено, – амфетамін. Відповідно до протоколу огляду місця події від 28 лютого 2017 р., який проводився з 01 год. 00 хв. до 01 год. 25 хв. у присутності двох понятих за вказаною адресою було здійснено огляд ОСОБА_1, під час якого в лівій кишені куртки було виявлено та вилучено згорток фольги з порошкоподібною речовиною білого кольору. Даний згорток був поміщений до поліетиленового пакету, який був прошитий та

опечатаний. Виправдовуючи підсудного, суд першої інстанції, зазначив, що «так і не було достеменно встановлено з наданих стороною обвинувачення матеріалів, під час якої слідчої дії у особи був вилучений пакунок з порошкоподібною речовиною», оскільки відповідно до рапорту працівника поліції 27 лютого 2017 р. о 22 год. 30 хв. особу було затримано та під час поверхневого огляду виявлено у нього та вилучено згорток фольги». Розглянувши касаційну скаргу прокурора, ВС у складі колегиї суддів Касаційного кримінального суду погодився з судами попередніх інстанцій. Заслугують на увагу наступні викладені в постанові суду висновки.

Обшук особи фактично не є окремою слідчою дією, а поглинається такою дією, як затримання чи обшук житла (Уповноважена службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 і ст. 236 КПК України (ч. 3 ст. 208 КПК України)). За рішенням слідчого чи прокурора може бути проведено обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження (ч. 5 ст. 236 КПК України)). Відповідно до ст. 209 КПК України особа є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою. Як убачається з обставин формулювання обвинувачення, інкримінованого підсудному, його було затримано 27 лютого 2017 року о 22 год. 30 хв., а огляд місця події проведено 28 лютого 2017 року в період часу з 01 год. 00 хв. до 01 год. 25 хв.

Таким чином, з огляду на вимоги ст. 209 КПК України ОСОБА_1 фактично був затриманий уповноваженою службовою особою. Проте в матеріалах кримінального провадження відсутній протокол затримання особи, складений відповідно до вимог ст. 208 КПК України.

З огляду на зазначене, правильним є висновок про те, що слідчий, всупереч вимогам закону, провівши особистий обшук особи, під час якого в останнього вилучено порошкодібну речовину білого кольору – амфетамін, та з метою надання надалі такій дії законного вигляду оформив її протоколом огляду місця події.

Отже протокол огляду місця події, складений з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону, правильно визнано судом недопустимим доказом, як і зазначені в ньому дані про проведення огляду (обшуку)¹.

А тому, аналізуючи норми Кримінального процесуального кодексу України та практику Верховного Суду можна зробити висновок, що у разі відшукування та збирання слідчими доказів у приміщенні, яке знаходиться у володінні особи за допомогою огляду місця події, а не через проведення

¹ Постанова Верховного Суду від 13 лютого 2020 р. у справі № 755/6685/17.
URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/87760561>

обшуку на підставі ухвали слідчого судді, такі докази визнаються неналежними та недопустимими¹ (Додаток 1).

2. Огляд проводився оперативними співробітниками без надання їм відповідних письмових доручень слідчого (прокурора) (ч. 2 ст. 234 КПК України).

Згідно ч. 2 ст. 237 КПК України огляд житла чи іншого володіння особи здійснюється згідно з правилами цього Кодексу, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи. Працівники оперативних підрозділів не належать, згідно п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України, до учасників кримінального провадження, а тому не можуть бути запрошені слідчим для проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, відповідно до ч. 1 ст. 236 КПК України. До матеріалів кримінального провадження необхідно долучати письмове доручення слідчого, дізнавача на їх залучення до відповідної слідчої дії, як того вимагають ст. ст. 40, 40¹, 41 КПК України.

Наприклад, 12 серпня 2014 р. оперуповноважений з власної ініціативи, без письмового доручення слідчого (прокурора) провів слідчі дії – огляд приміщення та вручення ОСОБА_2 грошей. Крім того, 13 серпня 2014 р. оперуповноважений склав протоколи за результатами НСРД: аудіо,- відео контроль особи; контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту; спостереження за особою, тощо. Матеріали кримінального провадження свідчать, що будь-яких письмових доручень на проведення слідчих дій та НСРД слідчий чи прокурор оперативному працівнику не давали, і таких доручень прокурор у суді першої інстанції не представив. Таким чином, всупереч вимогам ст. 41, ч. 6 ст. 246 КПК, основні докази сторони обвинувачення збирались не слідчим, а оперативним підрозділом, який не мав письмового доручення на проведення відповідних слідчих дій та діяв за власною ініціативою, що суперечить вимогам вказаних норм. Згідно вимог ст. 86, 87 КПК такі докази суд першої інстанції правильно визнав недопустимими, оскільки вони отримані з порушенням порядку, встановленого КПК².

3. Огляд житла чи іншого володіння особи проведено за добровільною згодою особи, яка ним володіє, без дотримання процесуальних гарантій, які захищали здатність особи висловлювати свою справжню думку при наданні такої згоди³.

Відсутність заперечень обвинуваченого щодо проведення огляду його володіння не свідчить про добровільну згоду на проведення вказаної слідчої дії та не є процесуальною гарантією забезпечення права обвинуваченого на захист, що зумовлює недопустимість доказів, отриманих під час слідчої дії.

¹ Протокол огляду місця події, що отриманий з істотним порушенням вимог КПК, визнано судом недопустимим доказом, як і зазначені в ньому дані (ВС/ККС, № 755/6685/17, 13.02.20) *Протокол. Юридичний Інтернет ресурс*. URL: https://protocol.ua/ru/vs_kks_protokol_oglyadu_mistsya_podii_shcho_otrimaniy_z_istotnim_porushennyam_vimog_kpk_pravilno_viznano_sudom_nedopustimim_dokazom_yak_i_zaz_nachen_i_v_nomu_dani_

² Постанова Верховного Суду від 3 грудня 2019 р. у справі № 676/7748/14-к. *Єдиний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86505793>

³ Постанова Верховного Суду від 29 листоп. 2021 р. у справі № 161/531/18. *Єдиний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101584507>

Виклик поліції та повідомлення інших осіб про вчинення злочину на території домоволодіння особи свідчить про добровільну згоду на проникнення до домоволодіння та виключає визнання отриманих доказів недопустимими з підстави відсутності такої згоди.

4. Проведено огляд частини житла, що перебуває у наймі, за згодою його власника, але за відсутності згоди користувача, що є безумовним порушенням права цієї особи на недоторканість житла, що має наслідком недопустимість доказів, здобутих під час цієї слідчої дії.

ВС у Постанові від 31 жовтня 2019 р. у справі № 346/7477/13-к зазначає, що проведення слідчих дій із дозволу власника квартири в тій частині помешкання, яку винаймає особа, порушує недоторканність житла останньої.

Ухвала слідчого судді про дозвіл на огляд житла чи іншого володіння особи повинна відповідати загальним вимогам до судових рішень, передбаченим цим Кодексом, а також містити відомості про особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться.

Такі види порушень зустрічаються при:

порушенні п. 5 ч. 2 ст. 235 КПК України – в ухвалі не зазначено особу, яка орендує приміщення;

порушенні п. 5 ч. 2 ст. 235 КПК України – в ухвалі не зазначено володільця приміщення;

порушенні п. 5 ч. 2 ст. 235 КПК України – в ухвалі про дозвіл на проведення огляду відсутні відомості щодо особи, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться.

Однак, якщо приміщення належить декільком особам, дозвіл усіх співвласників житла на проведення огляду не потрібен.

Наприклад, особу визнано винною та засуджено до 7 років позбавлення волі за ст. 115 КК України (Умисне вбивство). Адвокат намагався знайти процесуальні порушення та визнати недопустимими докази, якими підтверджувалася вина засудженого, що були отримані внаслідок огляду місця події злочину. Зокрема, у апеляційній скарзі увага суду апеляційної інстанції зверталася на те, що огляд квартири, де відбувся злочин у порушення ст. 223, 237 КПК України проводився слідчим без ухвали суду та без дозволу усіх співвласників цієї квартири. Проте, суд апеляційної інстанції відхилив таку апеляційну скаргу, залиш вирок без змін і зазначив наступне.

Слідчий не повинен звертатися до суду із клопотанням на отримання дозволу на огляд квартири, як місця події злочину, якщо має згоду хоча б одного із співвласників квартири. Згода іншого чи усіх – не потрібна. У матеріалах провадження є письмова згода одного із співвласників на такий огляд, і сам огляд проводився у присутності цього співвласника хоча і у нічний час. Отже, отримані докази – протокол огляду місця події та похідні

від нього висновки експертиз вилучених матеріалів біологічного походження та речові докази – допустимі¹.

5. Огляд проведено в нічний час (з 22 до 6 години) (ч. 4 ст. 223 КПК України).

Відповідно до вимог проведення слідчих (розшукових) дій, закріплених в КПК України, проведення таких дій у нічний час (з 22 до 6 години) не допускається, за винятком невідкладних випадків, коли затримка в їх проведенні може призвести до втрати слідів кримінального правопорушення чи втечі підозрюваного².

Порушення, пов'язані з ухвалою на проведення огляду:

1. Огляд житла чи іншого володіння особи був проведений без ухвали слідчого судді (ч. 2 ст. 327)³.

Ч. 2 ст. 327 КПК України встановлює, що огляд житла чи іншого володіння особи здійснюється згідно з правилами цього Кодексу, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи, тобто відповідно до ст. 233 та ст. 234 КПК України, а отже проводиться виключно на підставі ухвали слідчого судді.

Огляд житла чи іншого володіння особи проводиться на підставі ухвали слідчого судді місцевого загального суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, а у кримінальних провадженнях щодо злочинів, віднесених до підсудності Вищого антикорупційного суду, – на підставі ухвали слідчого судді Вищого антикорупційного суду.

Наприклад, огляд місця події від 02.01.2019 р., під час якого було виявлено та вилучено труп ОСОБА_2 відбувся у підвальному приміщенні будинку АДРЕСА_3 за місцем проживання ОСОБА_2, його дружини та ОСОБА_1.

Враховуючи, що державним обвинуваченням не було надано суду доказів законності проникнення до місця проведення огляду, а саме підвального приміщення будинку АДРЕСА_3, даний доказ у відповідності з вимогами п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК визнано недопустимим⁴.

2. Перед початком виконання огляду особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності – іншій присутній особі, не була

¹ Згоди одного із співвласників квартири на огляд місця події злочину достатньо для слідчого для проведення такого огляду БЕЗ дозволу суду, а докази отримані під час огляду є допустимими (Апеляційний суд Запорізької області від 15 січня 2018р.). *ПротоколUA*. URL: https://protocol.ua/ua/sud_zgodi_odnogo_iz_spivvlasnikiv_kvartiri_na_oglyad_mistsya_podii_zlochinu_dostatno_dlya_slidchogo/

² Вирок Менського районного суду Чернігівської області від 22 квіт. 2019 р. у справі № 738/1792/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/81320482>

³ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 327. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

⁴ Вирок Заводського районного суду м. Миколаєва від 25 берез. 2020 р у справі № 488/1805/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88442230>.

пред'явлена ухвала слідчого судді, і не надана її копія (ч. 3 ст. 236 КПК України).

3. Огляд житла було здійснено особою, яка не зазначена в ухвалі про дозвіл на проведення огляду (ч. 2 ст. 234 КПК України).

4. Було проведено більше одного огляду за однією ухвалою про дозвіл на проведення огляду житла чи іншого володіння особи (відповідно до ч. 1 ст. 235 КПК України).

5. В ухвалі про дозвіл на проведення огляду не вказано строк дії ухвали, який не може перевищувати одного місяця з дня постановлення (п. 1 ч. 2 ст. 235 КПК України); відсутні відомості про прокурора, слідчого, який подав клопотання про огляд (п. 2 ч. 2 ст. 235 КПК України); не вказано речі, документи або осіб, для виявлення яких проводився огляд (п.п. 5, 6 ч. 2 ст. 235 КПК України).

Порушення, пов'язані з понятими:

1. При здійсненні огляду було залучено менше двох понять (ч. 7 ст. 223 КПК України).

Згідно ч. 7 ст. 223 КПК України огляд, обшук житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюються з обов'язковою участю не менше двох понять незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії.

Понятими не можуть бути потерпілий, родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, працівники правоохоронних органів, а також особи, заінтересовані в результатах кримінального провадження.

Зазначені особи можуть бути допитані під час судового розгляду як свідки проведення відповідної слідчої (розшукової) дії.

Наприклад, приміщення магазину «Сільпо» охоплюється поняттям «інше володіння особи», зокрема, таке роз'яснення міститься ч. 2 ст. 233 КПК України «Під іншим володінням особи розуміються транспортний засіб, земельна ділянка, гараж, інші будівлі чи приміщення побутового, службового, господарського, виробничого та іншого призначення тощо, які знаходяться у володінні особи». Отже, для проведення огляду слід було запросити не менше двох понять, чого зроблено не було. Відтак протокол огляду зазначеного приміщення визнано недопустимим доказом¹.

2. У понятих не перевірено документи, що посвідчують особу (ЗУ «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус»).

¹ Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 21 верес. 2020 р. у справі №607/24157/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91676563>

Порушення, пов'язані з протоколом огляду:

1. Замість примірника протоколу (оригіналу) було вручено копію протоколу огляду (ч. 9 ст. 236 КПК України).

Другий примірник протоколу огляду разом із доданим до нього описом вилучених документів та тимчасово вилучених речей (за наявності) вручається особі, у якій проведено огляд, а в разі її відсутності – повнолітньому членові її сім'ї або його представникові¹.

2. Під час огляду на підприємстві, в установі або організації другий примірник протоколу не був вручений керівнику або представникові підприємства, установи або організації (ч. 9 ст. 236 КПК України).

3. У протоколі огляду не містяться відомості про всіх осіб, які були присутні під час проведення процесуальної дії (п. 1 ч. 3 ст. 104 КПК України).

В протоколі у вступній частині повинні міститися відомості про місце, час проведення та назву процесуальної дії; особу, яка проводить процесуальну дію (прізвище, ім'я, по батькові, посада), а також всіх осіб, які присутні під час проведення процесуальної дії (прізвища, імена, по батькові, дати народження, місця проживання)².

4. Учасникам процесуальної дії не було надано можливості ознайомитись із текстом протоколу перед його підписанням (ч. 4, 5, 6 ст. 104 КПК України).

Перед підписанням протоколу учасникам процесуальної дії надається можливість ознайомитися із текстом протоколу. Зауваження і доповнення зазначаються у протоколі перед підписами. Протокол підписують усі учасники, які брали участь у проведенні процесуальної дії. Якщо особа через фізичні вади або з інших причин не може особисто підписати протокол, то ознайомлення такої особи з протоколом здійснюється у присутності її захисника (законного представника), який своїм підписом засвідчує зміст протоколу та факт неможливості його підписання особою. Якщо особа, яка брала участь у проведенні процесуальної дії, відмовилася підписати протокол, про це зазначається в протоколі. Такій особі надається право дати письмові пояснення щодо причин відмови від підписання, які заносяться до протоколу. Факт відмови особи від підписання протоколу, а також факт надання письмових пояснень особи щодо причин такої відмови засвідчується підписом її захисника (законного представника), а у разі його відсутності – понятих³.

5. Додатки до протоколів не належним чином виготовлені, упаковані, а також, а також засвідчені підписами не всіх осіб, які брали участь у

¹ Ухвала Київського районного суду м. Харкова від 03 трав. 2019 р. у справі № 640/3628/19. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/82153932/>

² Вирок Сахновщинського районного суду Харківської області від 18 січ. 2021 р. у справі № 634/449/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://kursi.pro/vsudi/decision/94217930>

³ Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 21 верес. 2020 р. у справі № 607/24157/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91676563>

проведенні слідчої дії: слідчого, прокурора, спеціаліста, інших осіб, які брали участь у виготовленні та/або вилученні таких додатків (ч. 3 ст. 105 КПК України).

Відповідно до ст. 106 КПК України протокол під час досудового розслідування складається слідчим або прокурором, які проводять відповідну процесуальну дію, під час її проведення або безпосередньо після її закінчення.

До складу слідчої (розшукової) дії входять також дії щодо належного упакування речей і документів та інші дії, що мають значення для перевірки результатів процесуальної дії.

Згідно ч. 3 ст. 105 КПК України додатки до протоколів повинні бути належним чином виготовлені, упаковані з метою надійного збереження, а також засвідчені підписами слідчого, прокурора, спеціаліста, інших осіб, які брали участь у виготовленні та/або вилученні таких додатків.

Наприклад, додатком до протоколу огляду місця події є фототаблиця, засвідчена підписом тільки слідчого Авраменко Ю.В., а у тексті протоколу не зазначено, яким саме способом було виготовлено фотозображення вилученого сліду пальця руки.

У зв'язку з тим, що перед судом не доведено законність походження речового доказу (сліду пальця руки), фотозображення якого у вигляді графічного файлу «DSC03224» міститься на оптичному носії інформації CD-R диску, суд визнає недопустимим цей доказ.

Крім того, враховуючи те, що згідно із ч. 5 ст. 101 КПК України висновок експерта не може ґрунтуватись на доказах, які визнані судом недопустимими, висновок експерта № 1/727 щодо даного доказу також вважається недопустимим¹.

Крім перелічених, існують й інші порушення порядку проведення огляду, які однак не є безумовною підставою для визнання отриманих під час огляду доказів недопустимими.

Наприклад, відсутність у матеріалах справи відеозапису, який є невід'ємною частиною протоколу огляду місця події злочину (ВС/ККС у справі № 334/5670/18, від 05 серпня 2020 р.).

Так, під час здійснення огляду місця події (умисне вбивство) здійснювалась відеофіксація даної слідчої дії. Втім згодом відеозапис безповоротно зник з матеріалів кримінального провадження.

Захист у апеляційній та касаційній скарзі наполягав на тому, що результати огляду, як окремої процесуальної дії є недійсними, а докази злочину отримані під час огляду відповідно до пункту 6, ст. 107 КПК України є недопустимими. Попри всю однозначність ст. 107 КПК України та ст. 104 КПК України, суд касаційної інстанції підкреслив, що «ситуацію, при якій не здійснювалася відеофіксація обшуку не слід ототожнювати з

¹ Вирок Придніпровського районного суду м. Черкаси 09 черв. 2020 р. у справі № 703/2479/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89694071>

ситуацією, при якій сторона обвинувачення не надала в суді відеозапис як обов'язковий додаток до протоколу»¹.

Отже для суду достатньо вказати у протоколі огляду місця події злочину про те, що відеофіксація здійснювалася, чого буде достатньо для визнання процесуальної дії дійсною, а отриманих доказів під час огляду допустимими.

Крім того, захист звернув увагу на відсутність відеозапису лише під час подання апеляційної та касаційної скарг, а під час розгляду справи в суді першої інстанції захистом називалися інші причини визнання результатів огляду недопустимими (проникнення до житла без ухвали слідчого судді, замість огляду повинен був проводитися обшук, у протоколі відсутні відомості про роз'яснення прав власнику життя, тощо.)

Таким чином, мали місце так звані умовно-консесуальні підстави визнання фактичних даних допустимими доказами, тому доводи захисту щодо відсутності відеозапису було відхилено².

¹ Постанова Верховного суду. від 05 серпня 2020 р. у справі № 334/5670/18
URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/90906069>

² Стаття 237 КПК України. Огляд. *Протокол. Юридичний Інтернет ресурс.*
URL: https://protocol.ua/ua/kriminalniy_protsestualniy_kodeks_ukraini_stattya_237/

**ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ
ОБШУКУ, ЯКІ ПРИЗВЕЛИ ДО ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ
НЕДОПУСТИМИМИ**

Згідно ст. 30 Конституції України кожному гарантується недоторканість житла. Не допускається проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. Аналогічні положення закріплені у п. 6 ч. 1 ст. 7, ст. 13 КПК України.

Ч. 2 ст. 234 КПК передбачено, що обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, а у кримінальних провадженнях щодо злочинів, віднесених до підсудності Вищого антикорупційного суду, – на підставі ухвали слідчого судді Вищого антикорупційного суду.

Ст. 233 КПК передбачено, що ніхто не має права проникнути до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою, інакше як лише за добровільною згодою особи, яка ними володіє, або на підставі ухвали слідчого судді, крім випадків, установлених частиною третьою цієї статті. Слідчий, прокурор має право до постановлення ухвали слідчого судді увійти до житла чи іншого володіння особи лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину. У такому випадку прокурор, слідчий за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді. Слідчий суддя розглядає таке клопотання згідно з вимогами ст. 234 КПК, перевіряючи, крім іншого, чи дійсно були наявні підстави для проникнення до житла чи іншого володіння особи без ухвали слідчого судді. Якщо прокурор відмовиться погодити клопотання слідчого про обшук або слідчий суддя відмовить у задоволенні клопотання про обшук, встановлені внаслідок такого обшуку докази є недопустимими, а отримана інформація підлягає знищенню в порядку, передбаченому ст. 255 цього Кодексу.

Згідно вимог ст. 234, 236 КПК України, обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді, яка перед початком проведення обшуку пред'являється особі, яка володіє житлом, а за її відсутності – іншій присутній особі, та вручається її копія.

ВС вказав на важливий аспект при проведенні обшуку орендованої квартири. Колегія суддів вказала, що власник квартири не має права надавати дозвіл на огляд тієї частини помешкання, яку винаймає орендар. Проведення цієї слідчої дії без ухвали слідчого судді чи дозволу особи, яка на правових підставах фактично користувалася цим помешканням, було порушенням

права останнього на недоторканість житла. Відповідну Постанову прийняв ВС 31 жовтня 2019 р. у справі № 346/7477/13-к¹.

Відповідно до ст. 104, 223, 236 КПК України, хід і результати проведення процесуальної (слідчої) дії, а відтак і обшуку, фіксуються у протоколі, в якому зазначаються час проведення цієї дії; всі особи, які присутні під час проведення процесуальної дії (прізвища, імена, по батькові, дати народження, місця проживання); послідовність дій; зауваження і доповнення до письмового протоколу з боку учасників процесуальної дії.

Ст. 107, ч.10 ст.236 КПК України, встановлено, що обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксується за допомогою аудіо- та відеозапису.

Згідно ч. 2 ст. 104 КПК України, запис, здійснений за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів під час проведення слідчим, прокурором обшуку, є невід'ємним додатком до протоколу. Дії та обставини проведення обшуку, не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні.

На практиці, слідчий, прокурор для проведення обшуку користуються загальною нормою, яка передбачає їх право доручити проведення слідчої дії співробітникам оперативних підрозділів.

ВС вказав, що оперативні працівники самостійно не можуть проводити обшук навіть за наявності відповідного доручення.

Наприклад, докази у справі були отримані працівниками кіберполіції в результаті проведення обшуку без участі слідчого. Доручення на проведення обшуку оперативним підрозділом кіберполіції було видано слідчим на підставі п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України. Однак колегія суддів Кримінального суду ВС вказала на незаконність таких дій. Відповідно до ст. 234-236 КПК України, проведення обшуку в кримінальному провадженні здійснюється на підставі ухвали слідчого судді. Згідно із ч. 1 ст. 236 КПК України, ухвала про дозвіл на обшук може бути виконана слідчим чи прокурором. ВС вказав, що з метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор для участі в обшуку мають право запросити спеціалістів, однак це не звільняє їх від обов'язку особистого виконання обшуку. ВС зазначив, що положення п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України про наявність у слідчого права доручати проведення слідчих дій оперативним підрозділам в даному випадку не підлягають застосуванню, оскільки прямо суперечать вимогам щодо порядку проведення обшуку. Відповідну Постанову від 29 січня 2019 р. у справі № 466/896/17 ВС прийняв².

В більшості випадків обшук проводиться з порушенням порядку, встановленого КПК України, а саме:

¹ ВС вказав на важливий аспект при проведенні обшуку орендованої квартири. Постанова від 31 жовтня 2019 р. у справі № 346/7477/13-к ВС. URL: https://biz.ligazakon.net/news/192190_verkhovniy-sud-vkazav-na-vazhliviy-aspekt-pri-provedenn-obshuku-orendovano-kvartiri

² Постанова Верховного Суду від 29 січ. 2019 р. у справі № 466/896/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/79601140>

Здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов

Так, докази, отримані під час огляду та обшуку, які були проведені з порушенням правил, передбачених у ч. 2 ст. 234, ч. 2 ст. 237, ч. 3 ст. 233 КПК, а також, якщо прокурор відмовиться погодити клопотання слідчого про обшук або слідчий суддя відмовить у задоволенні клопотання про обшук, є недопустимими.

Звернення до слідчого судді за впливом тривалого строку після вчинення слідчої дії, яка здійснювалась як невідкладна, має наслідком недопустимість доказів отриманих у ході такої слідчої дії.

Клопотання про тимчасовий доступ до володіння особи, подане до суду після обшуку, проведеного без ухвали слідчого судді, не є виконанням обов'язку звернутися з клопотанням про проведення обшуку, що зумовлює недопустимість протоколу обшуку як доказу.

Наприклад, прокурор у судовому засіданні, як доказ вини обвинуваченого, послалася на протокол огляду місця події від 06 травня 2019 р., відповідно до якого, проведено огляд домоволодіння за адресою АДРЕСА_2, під час якого у домоволодінні було виявлено та вилучено предмет схожий на гранатомет. Крім того, при проведенні огляду, з предмету схожого на гранатомет, за допомогою дактилоскопічного порошку «Сажа» виявлено та вилучено п'ять трасологічних слідів, а саме фрагменти капілярних візерунків пальців рук.

Таким чином, під виглядом огляду місця події проведено фактично обшук житла. Відповідно до ч. 2ст. 234 КПК України обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді. Огляд (обшук) житлового будинку за АДРЕСА_2 слідчим СВ Марганецького ВП НВП ГУНП України в Дніпропетровській області був проведений без дозволу суду, даний слідчий з таким клопотанням до суду не зверталася. Відтак протокол огляду від 06 травня 2019 р. є недопустимим доказом відповідно до п. 1 ч. 2ст. 87 КПК України.

Наявність письмової згоди ОСОБА_1 та власника домоволодіння ОСОБА_2 на огляд (обшук) не звільняє від обов'язку прокурора слідчого звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді, оскільки має бути дотримано положення ч. 2 ст. 234 КПК України¹.

Порушенням є коли у клопотанні про обшук не вірно зазначені, або не зазначені відомості, як результат в ухвалі слідчого судді відсутня інформація щодо:

адреси житла чи іншого володіння особи або частини житла чи іншого володіння особи, які мають бути піддані обшуку (п. 4 ч. 2 ст. 235 КПК України (наприклад, за адресою, де здійснюється обшук, розміщені дві будівлі²);

¹ Вирок Марганецький міський суд Дніпропетровської області від 27 трав. 2020 р. у справі № 180/1168/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89475746>

² Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 02 берез. 2020 р. у справі № 607/10616/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87943168>

відсутні відомості щодо особи, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться (п. 5 ч. 2 ст. 235 КПК України);

не зазначено особу, яка орендує приміщення в порушення п. 5 ч. 2 ст. 235 КПК України);

не зазначено володільця приміщення в порушення п. 5 ч. 2 ст. 235 КПК України;

не вказано речі, документи або осіб, для виявлення яких проводиться обшук (п. 5 ч. 2 ст. 235 КПК України).

Обов'язковою умовою проведення обшуку є зазначення у клопотанні про проведення обшуку та ухвалі слідчого судді відшукуваних речей, предметів та осіб (ст. 234, 235 КПК України)¹.

Наприклад, захисник вказав на недопустимість речових доказів, оскільки в ухвалі про надання дозволу про проведення обшуку не був наданий прямий дозвіл на відшукування наркотиків, і таке вилучене майно є тимчасово вилученим в розумінні ст. 167 КПК України та слідчий, в порядку ст. 171 КПК України, повинен був звернутись з клопотанням про арешт майна, або повернути таке протягом 48 годин власнику. Також захисник вказав на те, що речові докази були незаконно здобуті працівниками поліції в зв'язку з їх неналежним упакуванням. Крім того, речові докази у справі постановою слідчого визнані, проте не приєднані до кримінального провадження. Також захисник зазначив, що речові докази не відкривались прокурором в порядку ст. 290 КПК України².

Порушення при проведенні обшуку за участі оперативних працівників

На практиці зустрічаються випадки, коли:

– обшук проводився оперативними співробітниками без присутності слідчого, зазначеного в ухвалі слідчого судді;

– у протоколі обшуку відсутні відомості про оперативних працівників, які брали у ньому участь;

Наприклад, судом встановлено, що під час проведення 04.11.2016 р. обшуку в будівлях за АДРЕСА 3, у вказаній слідчій дії приймали участь значна кількість оперативних співробітників та працівники спецпідрозділу КОРД, вибухотехнічної служби (спеціалісти), кінологічної служби. Водночас, як вбачається зі змісту протоколу даного обшуку, в ньому відсутні відомості про присутність вищезазначених осіб під час проведення вказаної дії, і даний документ ними не підписаний. Зазначення у протоколі неповних відомостей про учасників слідчої дії є неприпустимими. Ці обставини свідчать про порушення правил складання протоколу слідчої (розшукової)

¹ Вирок Первомайського міськрайонного суду Миколаївської області від 07 груд. 2020 р. у справі № 474/761/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93351656>

² Вирок Нетішинського міського суду Хмельницької області від 06 лют. 2020 р. у справі № 1-кп/679/9/2020. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87411968>

дії, а тому викликає у суду сумніви у дійсності та вірогідності викладених у вказаному протоколі відомостей.

Позиція щодо недопустимості протоколу обшуку у випадку відсутності в ньому відомостей про оперативних працівників, які брали у ньому участь, висловлена і Верховним Судом у справі № 591/4742/16-к (провадження № 51-1733км19), Постанова від 02 вересня 2020 р.

– залучення оперативних працівників до обшуку відбувалось без відповідного письмового доручення слідчого.

Як зазначено в Постанові Верховного Суду від 29 січня 2019 р. у справі № 466/896/17, за змістом ч. 1 ст. 236 КПК України виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи покладається особисто на слідчого чи прокурора і не може бути доручене відповідним оперативним підрозділам. З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор для участі в обшуку мають право запросити спеціалістів, однак це не звільняє їх від обов'язку особистого виконання обшуку. У випадку проведення обшуку іншими особами, окрім слідчого чи прокурора, вказане слід вважати суттєвим порушенням умов обшуку. Результати обшуку у відповідності з вимогами ст. 86, 87 КПК України не можуть бути використані при прийнятті процесуальних рішень, і на них не може посилатися суд при ухваленні обвинувального вироку, як на доказ. В протоколі обшуку від 25.07.2019 р. зазначені відомості про те, що обшук проводився за участю працівників оперативних підрозділів, які, згідно п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України не відносяться до учасників кримінального провадження, а тому не могли бути запрошені слідчим для проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, відповідно до ч. 1 ст. 236 КПК України. Письмове доручення слідчого на їх залучення до відповідної слідчої дії, як того вимагають ст. 40, 41 КПК України, матеріали кримінального провадження не містять, прокурором не надано вказаного доручення суду для долучення до матеріалів справи та стороні захисту під час надання доступу до матеріалів досудового розслідування¹.

Порушення, пов'язані із залученням понять

На практиці зустрічаються випадки, коли:

– поняті не присутні під час вилучення речових доказів. Відповідно до ч. 7 абз. 2 ст. 223 КПК України обшук або огляд житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюються з обов'язковою участю не менше двох понять незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії.

Понятими не можуть бути потерпілий, родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, працівники правоохоронних органів, а також особи, заінтересовані в результатах кримінального провадження.

¹ Вирок Марганецького міського суду Дніпропетровської області від 29 травня 2020 р. у справі № 180/1932/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89511704>

– перед проведенням слідчої дії понятим не роз’яснено права. В порушення вимог ч. 3 ст. 223 КПК України слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії осіб, чий права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені. Перед проведенням слідчої (розшукової) дії особам, які беруть у ній участь, роз’яснюються їх права і обов’язки, передбачені цим Кодексом, а також відповідальність, встановлена законом.

Порушення, пов’язані з протоколом обшуку

На практиці зустрічаються випадки, коли:

– вступна частина протоколу обшуку не містить відомості про всіх осіб, які присутні під час проведення процесуальної дії (п. 1 ч. 3 ст. 104 КПК України)¹;

– у протоколі обшуку зазначений інший слідчий, ніж в ухвалі слідчого судді (п. 2. ч. 2. ст. 235 КПК України);

– відсутні підписи на останніх сторінках протоколу в графі «Учасники обшуку» (ч. 5. ст. 104 КПК України). Якщо особа через фізичні вади або з інших причин не може особисто підписати протокол, то ознайомлення такої особи з протоколом здійснюється у присутності її захисника (законного представника), який своїм підписом засвідчує зміст протоколу та факт неможливості його підписання особою. В ч. 6 ст. 104 КПК України зазначено, що якщо особа, яка брала участь у проведенні процесуальної дії, відмовилася підписати протокол, про це зазначається в протоколі. Такій особі надається право дати письмові пояснення щодо причин відмови від підписання, які заносяться до протоколу. Факт відмови особи від підписання протоколу, а також факт надання письмових пояснень особи щодо причин такої відмови засвідчується підписом її захисника (законного представника), а у разі його відсутності – понятих;

– до протоколу обшуку не долучений опис вилучених речей. Другий примірник протоколу обшуку разом із доданим до нього описом вилучених документів та тимчасово вилучених речей (за наявності) вручається особі, у якій проведено обшук, а в разі її відсутності – повнолітньому членові її сім’ї або його представникові ч. 9 ст. 236 КПК України.

У протоколі перераховуються всі предмети, які вилучаються, та щодо кожного такого предмета повинні бути вказані точне найменування, кількість, міра, вага, серія і номер, інші відмінні індивідуалізуючі ознаки, а також місце, де відповідний об’єкт був виявлений. П. 7 Інструкції про порядок вилучення, обліку, зберігання та передачі речових доказів у кримінальних справах, цінностей та іншого майна органами дізнання, досудового слідства і суду від 27 липня 2010 р. затвердженої Наказом № 51/401/649/471/23/125 Генеральної прокуратури України, Міністерства

¹ Вирок Каховського міськрайонного суду Херсонської області 01 берез. 2021 р. у справі № 658/248/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95294190>

внутрішніх справ України, Державної податкової адміністрації України, Служба безпеки України, Верховного Суду України, Державної судової адміністрації України.

Наприклад, у вирокі Нетішинського міського суду Хмельницької області від 06 лютого 2020 р. у справі № 679/1129/17 визнано недопустимим протокол обшуку, оскільки він отриманий внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, а саме: проведений не тим слідчим, який звертався до суду з клопотанням про надання дозволу на проведення обшуку та обшук фактично був проведений оперативним підрозділом, а не слідчим. Крім того, в протоколі обшуку не зазначені усі особи, які брали участь в обшуку, зокрема сестра обвинуваченого – ОСОБА_2, також протокол обшуку підписаний не усіма учасниками проведення обшуку, копія такого після проведення обшуку не була вручена обвинуваченому та такий не відкривався для ОСОБА_1 в порядку ст. 290 КПК України.

Крім того, в порушення вимог ч. 9 ст. 236 КПК України, до протоколу не долучений опис вилучених речей, не зважаючи на те, що зі змісту протоколу обшуку однозначно слідує, що за результатами проведення даної слідчої дії відбувалося вилучення певних речей¹;

– у протоколі обшуку не зазначені посади та процесуальний статус працівників поліції, які брали у ньому участь (ч. 3 ст. 104 КПК України).

Наприклад, суд прийшов до висновку, що фактичні дані, які зазначені в протоколі обшуку, є недопустимим доказом, оскільки вони були отримані з порушенням вимог чинного законодавства. Зокрема, у слідчій дії брали участь особи, не вказані в ухвалі слідчого судді; у вступній частині протоколу відсутні відомості про інших працівників поліції, які брали участь у проведенні обшуку, хоча вони підписали протокол обшуку без зазначення їх посад та процесуального статусу²;

– учасникам процесуальної дії не було надано можливості ознайомитись із текстом протоколу обшуку перед його підписанням (ч. 4 ст. 104 КПК України);

– у додатку до протоколу обшуку «Опис речей і документів», які були вилучені на підставі ухвали слідчого судді, відсутні прізвища та підписи мешканців приміщення.

Згідно ч. 3 ст. 105 КПК України додатки до протоколів повинні бути належним чином виготовлені, упаковані з метою надійного збереження, а також засвідчені підписами слідчого, прокурора, спеціаліста, інших осіб, які брали участь у виготовленні та/або вилученні таких додатків.

Наприклад, суд визнав недопустимим доказом протокол обшуку за таких обставин. Свідки пояснили, що ОСОБА_1 в приміщенні квартири під час проведення обшуку та вилучення патронів не було. Окрім працівників поліції та понятих, при обшуку була присутня лише літня жінка, яка не

¹ Вирок Нетішинського міського суду Хмельницької області від 06 лют. 2020 р. у справі № 679/1129/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87411968>

² Вирок Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 01 берез. 2021 р. у справі № 658/248/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95294190>

внесена до протоколу, а також чоловік років 50. Дані ОСОБА_1 на другій сторінці протоколу обшуку внесені іншою авторучкою. У додатку до протоколу обшуку «Опис речей і документів», які були вилучені на підставі ухвали слідчого судді, прізвище та підпис ОСОБА_1 відсутні. Не надано доказів того, що в житловому приміщенні, де були вилучені патрони, мешкав саме ОСОБА_1, а інші особи не мали вільного доступу до цього приміщення, не надані в якості доказів відбитки пальців рук з патронів¹;

– не вручення примірника протоколу обшуку особі, у якої проведено обшук або вручення замість примірника протоколу (оригіналу) копії протоколу обшуку (ч. 9.ст. 236 КПК України).

Другий примірник протоколу обшуку разом із доданим до нього описом вилучених документів та тимчасово вилучених речей повинен бути вручений особі, у якої проводилась слідча дія, а в разі її відсутності – повнолітньому членові її сім'ї або його представникові;

– у протоколі відсутній детальний опис вилучених речових доказів, а також неналежне упакування вилучених речей. Ч. 2 ст. 106 КПК України передбачає, що до складу слідчої (розшукової) дії входять також дії щодо належного упакування речей і документів, та інші дії, що мають значення для перевірки результатів процесуальної дії.

Згідно 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, Міністерством внутрішніх справ України, Державної податковою адміністрацією України, Службою безпеки України, Верховним Судом України, Державною судовою адміністрацією України 27 серпня 2010 року, у протоколі перераховуються всі предмети, які вилучаються, та щодо кожного такого предмета повинні бути вказані точне найменування, кількість, міра, вага, серія і номер, інші відмінні індивідуалізуючі ознаки, а також місце, де відповідний об'єкт був виявлений, усі вилучені предмети, цінності і документи пред'являються понятим та іншим учасникам слідчої дії. У необхідних випадках зазначені об'єкти упаковуються для уникнення їх пошкодження, неконтрольованого доступу до них та забезпечення зберігання слідів(мікрослідів), які є на них, з доданням бірок, посвідчених відповідними написами і підписами особи, у якої вилучено речі, понятих, слідчого, працівника органу дізнання, прокурора, працівника апарату суду, які скріплюються печаткою відповідного органу, про що зазначається в протоколі (п. п. 7, 9).

Наприклад, у вирокі суду констатовано, що в протоколі обшуку не зазначено, які саме предмети вилучались як металобрухт, відсутні відомості про його опис та опечатування, опис тимчасово вилучених речей не складався та ОСОБА_1 не вручався. Процесуальні документи не містять будь-яких відомостей про те, чи є Акт зважування додатком до протоколу, натомість зважування за часом проведене вже після завершення обшуку. У

¹ Вирок Ленінського районного суду м. Харкова від 18 груд. 2020 р. у справі № 642/6502/17-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93685306>

протоколі обшуку подвір'я ОСОБА_1 та на фотознімках до цього протоколу відсутні опис та фотографічне зображення металу, який за своєю формою та розмірами суд міг би ідентифікувати як уламки боєприпасів, на відеозаписі обшуку та в протоколі обшуку також не відображено наявність подібних шматків металу. Порушення органом досудового розслідування порядку вилучення під час обшуку предметів, їх детальний опис, подальше зберігання вилучених предметів та пред'явлення їх для впізнання ОСОБА_5 суперечать сукупності інших, досліджених судом, доказів, що надані стороною обвинувачення, а тому не доводять поза розумним сумнівом наявність в діях обвинуваченого за цим епізодом складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 213 КК України¹.

В іншому випадку, у протоколі не чітко викладено послідовність дій, не конкретно вказано місце виявлення речей, їх детальний опис та спосіб їх ідентифікації. У протоколі обшуку слідчий лише обмежився зазначенням переліку речей, які виявлені у ході обшуку та зазначив, що вказані речі поміщаються у поліетиленові пакети, проте не вказано спосіб упакування і опечатування та куди вони вилучаються. Відтак, у суду виникає обґрунтований сумнів щодо неможливості доступу до вилучених речей після їх фактичного вилучення з домоволодіння обвинуваченого.

Крім того, відсутність в протоколі обшуку способу опечатування викликає сумнів з приводу того, чи кількість поміщеної речовини в поліетиленові пакети під час обшуку відповідає тій кількості речовини, яка була направлена експерту для проведення експертизи. Пакет, в який складено всі предмети, був не прошитий та не скріплений печаткою згідно норм КПК України, що об'єктивно підтверджується показами учасників обшуку².

Порушення, пов'язані з фіксацією обшуку за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів

Виконання ухвали слідчого судді, суду про проведення обшуку не було в обов'язковому порядку зафіксоване за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів. (ч. 1 ст. 107 КПК України).

Відповідно до ч. 2 ст. 104 КПК України, запис, здійснений за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів під час проведення слідчим, прокурором обшуку, є невід'ємним додатком до протоколу. Дії та обставини проведення обшуку, не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні.

Згідно ч. 1 ст. 107 КПК України рішення про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів під час досудового розслідування приймає особа, яка проводить відповідну процесуальну дію. За клопотанням

¹ Вирок Приазовського районного суду Запорізької області від 21 жовт. 2019 р. у справі № 325/129/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85069844>

² Вирок Нетішинського міського суду Хмельницької області від 06 лют. 2020 р. у справі № 679/1129/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87411968>

учасників процесуальної дії застосування технічних засобів фіксування є обов'язковим.

Ч. 6 ст. 107 КПК України передбачено, що незастосування технічних засобів фіксування кримінального провадження у випадках, якщо воно є обов'язковим, тягне за собою недійсність відповідної процесуальної дії та отриманих внаслідок її вчинення результатів, за винятком випадків, якщо сторони не заперечують проти визнання такої дії та результатів її здійснення чинними.

Відповідно до ч. 10 ст. 236 КПК України виконання ухвали слідчого судді, суду про проведення обшуку в обов'язковому порядку фіксується за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів¹.

Основними порушеннями розглядуваної групи є наступні:

- не зафіксовано на відео процес вилучення речей з відповідного місця, а лише їх озвучування та демонстрація на камеру.

Наприклад, у судовому вирокі зазначається, що на відеозаписі зафіксовано лише купу металевих речей, присипаних снігом. Який саме метал було знайдено, на відеозаписі не видно і у протоколі обшуку не описано. Зокрема, на відеозаписі відсутній запис про виявлення та вилучення поліпропіленової сумки синьо-жовтого кольору зі стрічками зеленого та червоного кольору з речовими доказами. Натомість, зафіксовано знайдення сумки фіолетового кольору з невідомими в ній предметами. Відсутній на відеозаписі і запис про відшукування уламків снарядів, які, зі слів ОСОБА_5, він продав ОСОБА_23. Крім того встановлено, що на відеозаписі не зафіксовано процесу опечатування, опису, завантаження брукхту до автомобілю Газель, а також зважування.

З урахуванням того, що ні в протоколі обшуку, ні на відеозаписі перебігу цієї процесуальної дії не зафіксовано, які саме речі знайдені та вилучені як металообробт, не зафіксовано опечатування цих знайдених речей, відсутній їх детальний опис і зважування під час проведення слідчої дії та враховуючи, що обвинувачений ОСОБА_1 заперечує проти визнання обшуку як доказу вчинення ним кримінального правопорушення, з урахуванням наведених вище порушень при його проведенні, суд визнає недопустимими доказами протокол обшуку²;

- при вилученні речей в кадрі не зафіксовано понятих та обвинуваченого;

- відеозапис у повній мірі не відображає всіх дій осіб, які брали участь у проведенні обшуку та одночасно знаходилися у різних місцях приміщення.

Наприклад, відеозапис здійснений таким чином, що у повній мірі не відображає всіх дій осіб, які приймали участь у проведенні обшуку та одночасно знаходилися у різних місцях приміщення. Зокрема, відеозаписом зафіксовані дії оперативного працівника, який вже виявив сліп-пакети з

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

² Вирок Призовського районного суду Запорізької області від 21 жовт. 2019 р. у справі № 325/129/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85069844>

сухою речовиною і пояснив, що знайшов їх в кишені спортивної кофти, однак, вказані дії працівника поліції відеозаписом не зафіксовано. Крім цього, в протоколі обшуку не зазначена повна характеристика технічного засобу, на який здійснювалася фіксація обшуку та носія інформації. Зазначене в протоколі обшуку в частині роз'яснення прав понятим суперечить відеозапису обшуку. Таким чином, обшук квартири, де мешкає обвинувачений ОСОБА_1, проведений з порушеннями ч.1 ст.236 КПК України, а тому є недопустимим доказом відповідно до п. 1 ч.2 ст. 87 КПК України¹;

– невідповідність часу відеофіксації обшуку з часом, зазначеним у протоколі обшуку.

Наприклад, судом оглянуто DVD-R диск, на якому міститься відеозапис обшуку у ОСОБА_1, який постановою про долучення до провадження речових доказів від 09.01.2019 р., визнано речовим доказом. Під час дослідження відеозапису встановлено, що його тривалість закінчується о 13 год. 12 хв. Натомість, згідно з протоколом обшуку, обшук тривав до 19 год. 49 хв.²;

– протокол обшуку не містить характеристики технічних засобів фіксації та носіїв інформації, які застосовувались при проведенні обшуку, умови та порядок їх використання.

Наприклад, у протоколі обшуку не зазначену повну характеристику технічного засобу, на який здійснювалася фіксація обшуку та носія інформації. Відеозапис обшуку у зв'язку із розрядженням батареї (зарядки) припинився перед завершенням слідчої дії. Зазначене в протоколі обшуку в частині роз'яснення прав понятим суперечить відеозапису обшуку особі, в якій проводили обшук та не були роз'яснені його права та обов'язки, в тому числі і право щодо відмови свідчити проти себе та право особи на захист³;

– до матеріалів кримінального провадження не додають оригінальні примірники технічних носіїв інформації, на яких зафіксовано обшук;

Виконання ухвали слідчого судді про проведення обшуку в обов'язковому порядку фіксується за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів - абз.2 ч.1 ст.107 КПК України. Згідно приписів ч.6 ст.107 КПК України незастосування технічних засобів фіксування кримінального провадження у випадках, якщо воно є обов'язковим, тягне за собою недійсність відповідної процесуальної дії та отриманих внаслідок її вчинення результатів. Відповідно до ч. 3 ст. 107 У матеріалах кримінального провадження зберігаються оригінальні примірники технічних носіїв інформації зафіксованої процесуальної дії, резервні копії яких зберігаються окремо. Відсутність оригіналу відеозапису тягне за собою

¹ Вирок Марганецького міського суду Дніпропетровської області від 29 трав. 2020 р. у справі № 180/1932/19 1-кп/180/59/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89511704>

² Вирок Приазовського районного суду Запорізької області від 21 жовт. 2019 р. у справі № 325/129/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85069844>

³ Вирок Берегівського районного суду від 08 листоп. 2019 р. у справі № 297/667/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/85529143>

недійсність (недопустимість) обшуку, як процесуальної дії, та отриманих внаслідок її вчинення результатів.

- у відеозаписі відеофіксації проведення обшуку відсутні:
 - зазначення дати та часу його проведення;
 - озвучування слідчим виявлених та вилучених речей;

Наприклад, з переглянутого в судовому засіданні відеозапису проведення обшуку за місцем проживання обвинуваченого вбачається, що в одній із кімнат, у столі, слідчим виявлено низку речей. При цьому, слідчий не озвучував, які саме речі виявлені, а присутній на місці обшуку обвинувачений пояснив, що на все у нього є відповідний дозвіл. Серед вказаних речей було виявлено пакет з патронами. Обвинувачений також пояснив, що це патрони до зброї, на яку в нього є дозвіл. Про те, що в пакеті знаходяться боеприпаси, слідчим не озвучувалося, вони не перераховувалися і їх кількість та маркування не фіксувалися¹.

- коментар слідчого про місце виявлення (в якому приміщенні (будинок, гараж, інша будівля), за яким номером проводиться обшук);
- інформація про власника приміщень;

у відеозаписі проведення обшуку не зафіксовані відомості про осіб, які були присутні під час проведення обшуку;

відеозапис процесу обшуку тих осіб, які безпосередньо проводили обшук;

- зазначення осіб, які проводять обшук.

Наприклад, досліджуваний відеозапис здійснений таким чином, що повною мірою не відображає дії всіх осіб, які брали участь у проведенні обшуку та одночасно знаходилися у різних приміщеннях будинку та різних місцях вказаного домоволодіння. Зокрема, відеозаписом зафіксовані дії слідчого, прокурора та двох оперативних співробітників поліції на початку проведення обшуку в кімнаті житлового будинку у присутності двох понятих, однак не зафіксовані дії інших трьох співробітників поліції, які у цей час знаходилися за межами кімнати, і які увійшли до неї через деякий час разом із обвинуваченим та долучилися до участі в обшуку².

Або *інший приклад*. До протоколу додана флеш-карта «Kingston» із відеозаписом проведення обшуку, під час перегляду якого встановлено, що на ньому відсутнє зазначення дати та часу його проведення, обшук проводився із залученням понятих та працівників поліції прізвища, ім'я та по-батькові яких не озвучено та не перераховано слідчим. На початку проведення обшуку, ухвалу слідчого судді про проведення обшуку було продемонстровано, прочитано та копію ухвали вручено ОСОБА_3, яка пояснювала, що не є власницею будинку та проживає у вказаному домоволодінні близько року. Обшук проводився одночасно двома особами,

¹ Вирок Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області від 29 січня 2021 р. у справі № 303/2594/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94494308>

² Вирок Первомайського міськрайонного суду від 30 жовтня 2019 р. у справі № 632/2265/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://www.uacourt.openregister.info/kryminalni-spravy-do-01-01-2019-2000/>

однак дії одного із працівників поліції не фіксувалися, хоча саме даним працівником було виявлено пляшку коричневого кольору з рідиною з характерним запахом сухофруктів та оцту. Крім того, обшук приміщення даху будинку відбувався за відсутності понятих, захисника та власника домоволодіння, які знаходились у цей час у будинку¹.

Крім зазначених, під час проведення обшуків часто мають місце порушення, пов'язані з **вилученням мобільних пристроїв**. Так, слідчий може вилучити мобільний телефон, не звертаючись до слідчого судді за дозволом на зняття інформації з електронних інформаційних систем, проводить огляд даного пристрою, складає протокол огляду і використовує отриману таким чином інформацію, як доказ в кримінальному провадженні.

Таким чином, слідчий прямо порушує ч. 1 ст. 258 та ч. 1 ст. 264 КПК України. Крім того, зняття інформації з електронних інформаційних систем належить до різновиду негласних слідчих (розшукових) дій і має оформлюватися протоколом про хід та результати негласної слідчої (розшукової) дії, в разі якщо таке зняття відбувається без відома власника електронної інформаційної системи. Відтак, за відсутності відповідного дозволу слідчого судді, отримана таким чином інформація не може бути визнана допустимим доказом у кримінальному провадженні, оскільки даний доказ отриманий не в порядку, передбаченому КПК України².

Втім, Касаційний кримінальний суд ВС 20 квітня 2020 р. у постанові по справі № 727/6578/17 зазначив, що зняття інформації з електронних інформаційних систем можливе без дозволу слідчого судді, якщо доступ до них не обмежується їх власником, або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту. Таким чином, ВС фактично визнає законним огляд змісту мобільного телефону та листування без рішення суду, якщо такий телефон не захищений паролем³.

Порушенням є також **невідкриття, після завершенню досудового розслідування, матеріалів, доказів та висновку експерта**.

Так, положеннями ст. 290 КПК України передбачено, що прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні та не містять права вибіркового надання такого доступу.

Наприклад, під час ознайомлення з матеріалами кримінального провадження підозрюваному ОСОБА_2 та захиснику не було надано для перегляду відеозапис з камер відеоспостереження магазину «ІНФОРМАЦІЯ_2». Слідчий ОСОБА_4, який не входить в групу слідчих, які здійснювали досудове розслідування, надав лише письмові матеріали кримінального провадження для ознайомлення, та проігнорував відповідне

¹ Вирок Ленінського районного суду м. Миколаєва від 28 лют. 2020 р. у справі № 489/1653/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87941731>

² Слободян. Б. Вилучення телефону під час обшуку: статус вилученої інформації та порядок отримання доступу до неї. URL: <https://equity.law/press-center/publications/1027.html>

³ Постанова Верховного Суду від 20 квіт. 2020 р. у справі № 727/6578/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88749345>

клопотання, нічим не мотивувавши своє рішення та не надав для ознайомлення відеозапис, а також можливості скопіювати його¹.

Порушенням є також невручення обвинувального акту з реєстром матеріалів досудового розслідування захиснику при завершенні досудового розслідування².

¹ Вирок Новоукраїнського районного суду Кіровоградської області від 09 черв. 2020 р. у справі № 396/1232/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89692197>

² Вирок Селидівського міського суду Донецької області від 16 берез. 2020 р. у справі № 239/1790/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88222282>

Розділ III

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ ПІД ЧАС ЗАТРИМАННЯ, ОСОБИСТОГО ОБШУКУ ТА ОСВІДУВАННЯ ОСОБИ, ЯКІ ПРИЗВЕЛИ ДО ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ

ВС неодноразово приходив до висновків щодо визнання недопустимими доказів, які були отримані під час обшуку особи, який неправильно оформлювали як поверхневий огляд. Відповідно до ч. 1, 6 ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію» поверхнева перевірка, як превентивний поліцейський захід, є здійсненням візуального огляду особи, проведенням по поверхні вбрання особи рукою, спеціальним приладом або засобом, візуальним оглядом речі або транспортного засобу. Також передбачено, що під час поверхневої перевірки речі або транспортного засобу особа повинна самостійно показати поліцейському вміст особистих речей чи транспортного засобу.

Відповідно до ч. 3 ст. 208 КПК України уповноважена службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 і ст. 236 КПК України¹.

Щодо розмежування поверхневого огляду та особистого обшуку, ВС у Постанові від 8 лютого 2018 р. у справі №754/5978/16-к, зазначає, що поверхневий огляд відрізняється від обшуку особи, який не може проводитися за відсутності відповідного протоколу².

У цій постанові ВС вказав, що оцінюючи як доказ протокол огляду місця події з огляду на його допустимість, суд першої інстанції не врахував, що речовина, яка в подальшому виявилась наркотичним засобом – канабісом, вилучена з лівої внутрішньої кишені куртки обвинуваченого працівником поліції. Однак у протоколі міститься посилання, що вона вилучена під час поверхового огляду.

При проведенні вказаної слідчої дії не враховані вимоги ст. 34 закону «Про Національну поліцію». Поліцейський для здійснення поверхової перевірки особи може зупиняти осіб та/або оглядати їх, якщо існує достатньо підстав вважати, що особа має при собі річ, обіг якої заборонено чи обмежено або яка становить загрозу життю чи здоров'ю такої особи або інших осіб³.

Крім того, поза увагою суду залишилися ті обставини, що зазначений огляд місця події був проведений у кімнаті поліції на станції метро «Лісова», до якої Особа_1 був запрошений працівником правоохоронного органу. Таким чином, з огляду на вимоги ст. 209 КПК Особа_1 був фактично затриманий уповноваженою службовою особою. Однак у матеріалах

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 208. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

² Постанова Верховного Суду від 8 лют. 2018 р. у справі №754/5978/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72243400>

³ Про Національну поліцію: Закон України від 20серп. 2020 р. № 40-41, ст. 379. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>

провадження відсутній протокол затримання, складений відповідно до вимог ст. 208 КПК. Разом з тим суд не оцінив законність проведення обшуку затриманого відповідно до вимог ч. 3 вказаної норми закону¹.

До аналогічних висновків прийшов ВС і у Постанові від 21 січня 2020 р. у справі № 753/3689/15-к², де вказав, що як убачається з матеріалів провадження, а саме з протоколу огляду місця події від 12 листопада 2014 р., речовину, яка надалі виявилась наркотичним засобом – канабісом, було вилучено із червоної сумки ОСОБА_1 працівником поліції. При цьому в зазначеному протоколі міститься посилання на те, що її було вилучено під час поверхневого огляду³.

Згідно ч. 5 ст. 236 КПК України обшук на підставі ухвали слідчого судді повинен проводитися в обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку. За рішенням слідчого чи прокурора може бути проведено обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження.

Обшук особи здійснюється особами тієї самої статі у присутності адвоката, представника на вимогу такої особи. Неявка адвоката, представника для участі у проведенні обшуку особи протягом трьох годин не перешкоджає проведенню обшуку. Хід і результати особистого обшуку підлягають обов'язковій фіксації у відповідному протоколі.

Освідчування, відповідно до ч. 1 ст. 241 КПК України, здійснюються для виявлення на тілі підозрюваного, свідка чи потерпілого слідів кримінального правопорушення або особливих прикмет⁴.

Отже, така слідча дія, особливо у випадку її примусового проведення, є серйозним порушенням особистих прав людини, що гарантовані ст. 28 Конституції України: «Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню. Жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідям»⁵.

Слідчий, прокурор не мають права бути присутніми як під час особистого обшуку (ч. 5 ст. 236 КПК України), так і під час освідчування особи іншої статі, якщо це пов'язано з необхідністю її оголювати (ч. 2 ст. 241 КПК України). Особистий обшук можуть проводити стосовно будь-якої особи, незалежно від її процесуального статусу, на відміну від освідчування, що може бути застосовано лише до визначених осіб – підозрюваного, свідка чи потерпілого.

¹ Постанова Верховного Суду від 8 лют. 2018 р. у справі №754/5978/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72243400>

² Постанова Верховного Суду від 21 січ. 2020 р. у справі № 753/3689/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87179247>

³ Вишневий О. Поверхневий огляд VS обшук особи. Розмежування і практика. URL: https://protocol.ua/ru/poverhnevyy_oglyad_vs_obshuk_osobi_rozmeгуvannya_i_praktika/

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 241. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

⁵ Конституція України: Закон від 28. черв. 1996 р. № 254к/96ВР *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

Відповідно до ч. 7 ст. 223 КПК України, як освідування, так і особистий обшук здійснюють за обов'язкової участі не менше ніж двох понять. Однак процесуальною формою провадження цих двох слідчих (розшукових) дій передбачено й відмінності: під час проведення освідування та застосування при цьому безперервного відеозапису понять можна не запрошувати. Натомість обшуку особи, яка перебуває в житлі чи іншому володінні особи під час проведення там обшуку (ч. 5 ст. 236 КПК України), виняток із загального правила не стосується.

Об'єктом освідування є тіло людини та її одяг, а під час особистого обшуку об'єктом можуть бути й інші предмети, що знаходяться при обшукуваній особі (портфелі, сумки, пакети тощо). Кінцева мета особистого обшуку полягає у виявленні та вилученні приховуваних предметів, документів, які мають значення для кримінального провадження. Водночас під час освідування виявлені особливі прикмети вивчають, зіставляють з раніше зібраними доказами, за необхідності вимірюють й описують у протоколі цієї слідчої (розшукової) дії. Про проведення освідування складається протокол, особі, освідування якої проводилося примусово, надається копія протоколу освідування¹.

Також освідування різниться з особистим обшуком за формальною підставою проведення. За КПК України освідування здійснюють на підставі постанови прокурора (ч. 2 ст. 241), обшук особи – за рішенням слідчого чи прокурора (ч. 5 ст. 236), причому, відповідно до ч. 3 ст. 110 цього Кодексу, це рішення приймають у формі постанови, якщо слідчий, прокурор визнають це за необхідне².

Згідно ч. 1 ст. 209 КПК України особа є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному даною особою. Відповідно до ч. 1 ст. 211 КПК України строк затримання особи без ухвали слідчого судді, суду не може перевищувати сімдесяти двох годин з моменту затримання, який визначається згідно з вимогами ст. 209 КПК України³.

Як свідчить практика, під час проведення особистого обшуку, освідування та затримання особи, часто мають місце порушення встановленого законодавством України порядку.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 241. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

² Галаган В. І., Удовиченко Ж. В., Калачова О. М. Дотримання прав учасників кримінального провадження під час проведення освідування: монографія. 2017. Київ. 156 с. URL: https://pidru4niki.com/67758/pravo/mistse_znachennya_osviduvannya_sistemi_zasobiv_zbirannya_dokaziv_kriminalnomu_provadzhennu

³ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 209. Ст. 211. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

Порушення права на захист затриманої особи

Згідно ч. 1 ст. 213 КПК України уповноважена службова особа, що здійснила затримання, зобов'язана надати затриманій особі можливість негайно повідомити про своє затримання та місце перебування близьких родичів, членів сім'ї чи інших осіб за вибором цієї особи.

Якщо уповноважена службова особа, що здійснила затримання, має підстави для обґрунтованої підозри, що при повідомленні про затримання ця особа може зашкодити досудовому розслідуванню, вона може здійснити таке повідомлення самостійно, проте без порушення вимоги щодо його негайності¹.

Наприклад, судом встановлено, що на момент проведення слідчої дії ОСОБА_1, ОСОБА_2 вже були затримані за підозрою в скоєнні особливо тяжкого злочину, а тому, відповідно до ст. 29 Конституції України, ст. 42, ст. 52, ч. 3 ст. 208, ст. 223, ст. 236 КПК України – участь захисника під час даної процесуальної дії є обов'язковою. Більше того, даним особам, як затриманим, не були роз'яснені їхні права та обов'язки, в тому числі і право на захист, що є грубим порушенням процесуального порядку. Протоколи про затримання ОСОБА_1 та ОСОБА_2 були складені значно пізніше, де констатовано, що ОСОБА_1 фактично був затриманим 20.05.2019 о 23.00 год. (при цьому, даний протокол містить виправлення щодо дати), ОСОБА_2 20.05.2019 о 23.30 год., а згідно протоколу огляду місця події від 21.05.2019 дана слідча дія розпочата о 00.50 год. та закінчена о 04.35 год. (тобто в час, коли обвинувачені вже і фактично, і юридично були затриманими). Відповідно до ч. 2 ст. 87 КПК України суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, такі діяння: 1) здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов; 2) отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського, чи такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження; 3) порушення права особи на захист, тощо. Окрім того, згідно п. 1, 2 ч. 3 ст. 104 КПК України хід і результати проведення процесуальної дії фіксуються у протоколі, вступна частина якого повинна містити відомості про всіх осіб, які присутні під час проведення процесуальної дії; описова частина якого повинна містити відомості про послідовність дій, та отримані в результаті процесуальної дії відомості, важливі для цього кримінального провадження. Вказаної норми закону слідчим також не дотримано. Зокрема, у даному протоколі відсутні відомості щодо номеру провадження, в межах якого вказана слідча дія взагалі проведена².

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 213. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

² Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 09 лют. 2021 р. у справі № 161/19167/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94773134>

За іншим *прикладом*, в порушення правил ч. 4 ст. 213 КПК України не було забезпечено участь захисника негайно після затримання ОСОБА_1. Так, фактичне затримання відбулося о 14.00 годин 19.02.2020 року, протокол затримання ОСОБА_1 складений о 15.55 год. 19.02.2020 без участі захисника. При цьому, Регіональний центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги у м. Києві отримав телефонним зв'язком відповідне повідомлення від слідчого лише о 17.15 год. 19.02.2020, що не можна вважати дотриманням вимоги ч. 4 ст. 213 КПК України про негайне повідомлення. Таким чином, надані без участі захисника з порушенням вимог ч. 2 ст. 18 КПК України щодо свободи від самовикриття, фактично показання ОСОБА_1, надані до повідомлення особи про підозру, до набуття процесуального статусу підозрюваного, які зафіксовані в протоколі затримання та на DVD-диску як речовому доказі, не можуть бути взяті як доказ, є недопустимими фактичними даними з огляду також на засади безпосередності дослідження показань. З цих самих підстав порушення права на захист, недотримання вимог щодо участі захисника у кримінальному провадженні, передбачених ст. 46 КПК України, не можна вважати допустимим доказом¹

Уповноважена службова особа, що здійснила затримання, зобов'язана негайно повідомити про це орган (установу), уповноважений законом на надання безоплатної правової допомоги (ч. 4 ст. 213 КПК України) – Центр з надання безоплатної правової допомоги, який, у свою чергу, протягом двох годин має забезпечити прибуття захисника.

Відповідно до ч. 4 ст. 213 КПК України у разі неприбуття в установленій законодавством строк захисника, уповноважена службова особа негайно повідомляє про це відповідний орган (установу), уповноважений законом на надання безоплатної правової допомоги.

Особистий огляд особи був проведений за правилами обшуку, а не в порядку ч. 3 ст. 208 КПК України

Згідно ч. 1 ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію» під оглядом особи мається на увазі можливість поліцейського проведення рукою або спеціальним приладом, засобом (наприклад, металолукачем) по верху одягу². Тобто, поліцейський не має права намагатися оглянути або обшукати людину під верхнім одягом і навіть не може перевіряти кишені. Таким чином, якщо на вулиці зима, людина одягнена в теплу товсту шубу, поліцейський може торкатися лише поверхні цієї шуби, причому, не пошкодивши її, і, навіть, якщо, наприклад, глибоко під шубою, десь в нижній білизні захований пістолет або що-небудь крадене, при здійсненні такого виду перевірки поліцейський не має права це перевірити і відшукати.

¹ Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 05 жовт. 2020 р. у справі № 761/7009/20. *Сдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92492334>

² Про Національну поліцію: Закон України від 20серпня 2020 р. № 40-41, ст.379. *Верховна Рада України*. Ст. 34. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>

Наприклад, ОСОБА_1 був викритий працівниками поліції, які виявили та вилучили в нього з нагрудної кишені куртки наркотичний засіб. Обвинувачений у судовому засіданні уточнив, що процедури його затримання не відбувалося, особистий обшук проводився за відсутності адвоката та з порушенням його права на захист, маса наркотичного засобу та його фактичний вміст в таблетці, що була в нього вилучена, йому не відомі, просив винести справедливе рішення. Суд в порядку ч. 1 ст. 89 КПК України з підстав, передбачених п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК України, визнав недопустимими доказами всі дані, які були встановлені (одержані) органом досудового розслідування під час огляду місця події, оскільки в порушення вимог ч. 3 ст. 208, ч. 7 ст. 223, ч. 4 та 3 ст. 234 КПК України вказаний огляд особи був проведений за правилами обшуку, а не у порядку ч. 3 ст. 208 КПК України та без засвідчення результатів особистого обшуку підписом самої особи, яка зазнала такого обшуку, без внесення відомостей до ЄРДР, що замість негайного виконання відбулося лише наступного дня. Відтак, суд за вимогами ч. 2 ст. 86 КПК України не використовує вказані недопустимі докази, зокрема і вилучені як речові докази предмети та сліди (відомості), що вони містять на собі, при поставленні вироку суду і не посиляється на них, оскільки такі докази отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, зокрема внаслідок здійснення процесуальних дій (особистий обшук затриманого) з порушенням їх суттєвих умов¹.

Варто наголосити, що вилучення предметів з кишень не є поверховим оглядом, а є особистим обшуком, який слід проводити відповідно до вимог КПК та лише після початку досудового розслідування (ВС/ККС у справі від 18 листопада 2020 р. № 711/6059/19)².

Переважає кількість виправдувальних вироків у кримінальних провадженнях, пов'язаних із незаконним обігом окремих предметів та речовин постановляється з підстав порушень, допущених працівниками правоохоронних органів під час виявлення та вилучення вказаних речей та речовин.

Особистий обшук проводився без роз'яснення права мати захисника

Згідно ч. 4 ст. 208 КПК України уповноважена службова особа, що здійснила затримання особи, повинна негайно повідомити затриманому зрозумілою для нього мовою підстави затримання та у вчиненні якого злочину він підозрюється, а також роз'яснити право мати захисника, отримувати медичну допомогу, давати пояснення, показання або не говорити нічого з приводу підозри проти нього, негайно повідомити інших осіб про його затримання і місце перебування відповідно до положень ст. 213 цього

¹ Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 10 лют. 2020 р. у справі. № 759/19762/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87479445>

² Постанова Верховного Суду від 8 листоп. 2020 р. № 711/6059/19. URL: https://zakon.cc/court/document/read/93081665_059a26e9?fbclid=IwAR0sw4nXIsNTHSCnHhWqc71T6VZV_VamqFBp-Ay64Jq6MYSfcdskQ8pE5uU

Кодексу, вимагати перевірку обґрунтованості затримання та інші процесуальні права, передбачені цим Кодексом.

Наприклад, відповідно рапорту інспектора УПП в м. Одеській області ОСОБА_9, 11 липня 2019 р. приблизно о 23.30 год. було виявлено ОСОБА_1, який поводив себе підозріло. Під час спілкування особа повідомила, що має при собі наркотичну речовину «марихуана». Громадянина ОСОБА_1 було затримано та викликано СОГ на місце події для подальшого з'ясування усіх обставин події. До особи було застосовано спецзасоби у вигляді кайданок, при цьому жодного протоколу щодо затримання ОСОБА_1 не складалось та суду не надано¹.

Проведено обшук особи до внесення відомостей у ЄРДР

Ст. 214 КПК України передбачено, що досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до ЄРДР. Здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до реєстру або без такого внесення не допускається.

А тому слідчі (розшукові) дії, негласні слідчі (розшукові) дії можуть бути проведені лише в межах кримінального провадження з моменту внесення відомостей до ЄРДР до закінчення строків такого розслідування. У разі недотримання цього правила докази, отримані внаслідок здійснення таких дій, визнаються недопустимими. Аналіз положень ст. 214, 223, 237 КПК України вказує на те, що здійснення досудового розслідування до внесення відомостей про вчинення кримінального правопорушення до ЄРДР або без такого внесення не допускається і тягне за собою відповідальність, встановлену законом. У невідкладних випадках огляд місця події може бути проведений до внесення відомостей до ЄРДР, що здійснюється негайно після огляду.

Наприклад, як убачається з матеріалів провадження, а саме з протоколу огляду місця події, речовину, яка надалі виявилась наркотичним засобом – канабісом, було вилучено із червоної сумки ОСОБА_1 працівником поліції. При цьому в зазначеному протоколі міститься посилання на те, що її було вилучено під час поверхневого огляду. При цьому зазначений огляд місця події було проведено у кабінеті № 213 Дарницького РУ ГУ МВС України м. Києва, до якого ОСОБА_1 був доставлений працівником правоохоронного органу.

Таким чином, ОСОБА_1 було затримано уповноваженою службовою особою та проведено її обшук. Втім у матеріалах провадження був відсутній протокол затримання (ст. 208 КПК України), а також ухвала слідчого судді про проведення обшуку (ч. 5 ст. 236 КПК України).

¹ Вирок Суворовського районного суду м. Одеси від 09 черв. 2020 р. у справі № 523/16911/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89690806>

Зважаючи на дані порушення, суд визнав протокол огляду місця події недопустимим доказом¹.

Підставою для проведення огляду місця події слугує інформація про вчинення кримінального правопорушення, зафіксована у певній процесуальній формі. Без наявності такої інформації проведення огляду місця події не допускається, тим більше не допускається проведення обшуку. Саме такий висновок міститься у Постанові ВС від 07 червня 2018 р. у справі № 740/5066/15-к².

В порушення вимог ч. 2 ст. 234 КПК України обшук особи проводився без ухвали слідчого судді

Обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, а у кримінальних провадженнях щодо злочинів, віднесених до підсудності Вищого антикорупційного суду, – на підставі ухвали слідчого судді Вищого антикорупційного суду. Відповідно до ч. 5 ст. 236 КПК обшук на підставі ухвали слідчого судді повинен проводитися в обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку. За рішенням слідчого чи прокурора може бути проведено обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження.

Обшук особи здійснюється особами тієї самої статі у присутності адвоката, представника на вимогу такої особи³.

Проведення обшуку особи під час проведення огляду місця події (такі дії не передбачені і регулюються іншими нормами кримінального процесуального закону)

Обшук особи фактично не є окремою слідчою дією, а поглинається такою дією, як затримання чи обшук житла (Уповноважена службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 і ст. 236 КПК України (ч. 3 ст. 208 КПК України). За рішенням слідчого чи прокурора може бути проведено обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження (ч. 5 ст. 236 КПК України). Відповідно до ст. 209 КПК України особа є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із

¹ Постанова Верховного Суду від 21 січ. 2020 р. у справі № 753/3689/15-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87179247>

² Постанова Верховного Суду від 07 черв. 2018 р. у справі № 740/5066/15-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74598730>

³ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 236. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному даною особою¹.

Важливо, щоб факт затримання особи був зафіксований у відповідних процесуальних документах, а самій особі – роз'яснені права затриманого (Додаток 2)².

Проведення освідування особи під час проведення огляду місця події (такі дії не передбачені і регулюються іншими нормами кримінального процесуального закону)

У Постанові від 12 червня 2019 р. у справі № 404/5659/15-к, ВС дійшов до висновку про правильність висновку суду першої інстанції про те, що не можуть бути доказами винуватості ОСОБИ_1 та ОСОБИ_2 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК, протоколи огляду місця події, під час яких вилучено грошові кошти та, відповідно, речові докази, оскільки їх отримано з порушенням вимог кримінального процесуального закону. Під час огляду місця події за участю ОСОБИ_2 було проведено такі дії: огляд рук ОСОБИ_2 в променях ультрафіолетової лампи, виявлення та вилучення вмісту з його кишень та сумки. Тобто фактично було порушено вимоги ст. 237 та 241 КПК, бо проведено не огляд місця події, а огляд та освідування особи³.

Відповідно до ч. 3 ст. 241 КПК України перед початком освідування особи, яка підлягає освідуванню, пред'являється постанова прокурора. Після цього особі пропонується добровільно пройти освідування, а в разі її відмови освідування проводиться примусово. Згідно ч. 5 ст. 237 КПК України при проведенні огляду дозволяється вилучення лише речей і документів, які мають значення для кримінального провадження. Водночас, із матеріалів кримінального провадження вбачається, що під час огляду місця події було зроблено змиви з рук ОСОБИ_1 та в подальшому проведено експертизу. Тобто, працівниками поліції змиви з рук ОСОБИ_1 були зроблені без дотримання вимог ст. 237, 241 КПК України, як про це обгрунтовано зазначає захисник у касаційній скарзі⁴.

Перед початком освідування особи, яка підлягає освідуванню, не пред'явлено постанову прокурора (ч. 2 ст. 241 КПК України)

Під час розгляду справи від 08 квітня 2020 р № 164/104/18 ВС зазначив, що апеляційний суд правильно висловив сумнів щодо законності проведення такої слідчої дії, як освідування особи, оскільки згідно з протоколом

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 209. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

² Постанова Верховного Суду від 13 лют. 2020 р. у справі № 755/6685/17. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/87760561>

³ Постанова Верховного Суду від 12 черв. 2019 р. у справі № 404/5659/15-к. URL: https://zakon.cc/court/document/read/82449979_84d235f3

⁴ Постанова Верховного Суду від 19 берез. 2020 р. у справі № 127/3712/17. URL: https://protocol.ua/ru/postanova_kks_vp_vid_19_03_2020_roku_u_spravi_127_3712_17/

освідування від 20 серпня 2017 р. освідування ОСОБИ_1 проведено на підставі постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину від 20 вересня 2017 р. Разом із тим у цій постанові питання про проведення освідування ОСОБИ_1 не ставилося, а саму постанову останньому не було пред'явлено¹.

У справі від 18 грудня 2019 р № 588/1199/16-к ВС визначив обґрунтованою безпідставність твердження сторони обвинувачення про добровільну участь ОСОБИ_1 у слідчих діях, проведених негайно після його фактичного затримання (освідуванні та огляді місцевості, приміщення, речей та документів), оскільки в розумінні положень ст. 209 КПК ОСОБУ_1 було затримано, що зобов'язувало слідчого повідомити ОСОБУ_1 про його процесуальні права, передбачені ч. 4 ст. 208 КПК. Таких вимог процесуального закону дотримано не було, протокол затримання ОСОБА_1 та докази роз'яснення йому його прав у матеріалах кримінального провадження відсутні. Крім того, відповідно до ст. 241 КПК освідування є слідчою (розшуковою) дією, яка здійснюється на підставі постанови прокурора щодо підозрюваного, свідка чи потерпілого. Перед початком освідування особи, яка підлягає освідуванню, пред'являється відповідна постанова прокурора. У протоколі освідування ОСОБИ_1 не зазначено його процесуальний статус, не роз'яснено його права під час проведення цієї слідчої (розшукової) дії. Протокол затримання ОСОБИ_1, як встановлено судом, не складався².

При освідуванні допущено дії, які принижують честь і гідність особи або небезпечні для її здоров'я

Відповідно до ч. 4 ст. 241 КПК України при освідуванні не допускаються дії, які принижують честь і гідність особи або небезпечні для її здоров'я. За необхідності здійснюється фіксування наявності чи відсутності на тілі особи, яка підлягає освідуванню, слідів кримінального правопорушення або особливих прикмет шляхом фотографування, відеозапису чи інших технічних засобів. Зображення, демонстрація яких може розглядатись як образлива для освідуваної особи, зберігаються в опечатаному вигляді і можуть надаватися лише суду під час судового розгляду³.

Аналіз судової практики виявив непоодинокі випадки звернення сторони захисту до правоохоронних органів чи суду з питань порушення порядку проведення освідування, прав особи, відносно якої проводиться така слідча дія. *Наприклад*, під час розгляду в суді однієї зі справ, захисник наполягав на недопустимості доказів, які зібрані з порушенням основ

¹ Постанова Верховного Суду від 08 квіт. 2020 р № 164/104/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: reyestr.court.gov.ua/Review/88749774

² Постанова Верховного Суду від 18 груд. 2019 р № 588/1199/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: reyestr.court.gov.ua/Review/86505861

³ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 241. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

кримінального провадження. При цьому зазначав: «Під час примусового освідчування ОСОБА_2 зазнавала фізичного болю, чим було порушено засади кримінального провадження: повага до людської гідності та свобода від самовикриття, у зв'язку з чим захисник посилається на низку рішень. Європейського суду з прав людини, у яких указано на недопустимості доказів, отриманих шляхом застосування примусу»¹.

Освідчування проведене без визначення процесуального статусу особи (ч. 1 ст. 241 КПК України)

Слідчий, прокурор здійснює освідчування підозрюваного, свідка чи потерпілого для виявлення на їхньому тілі слідів кримінального правопорушення або особливих прикмет, якщо для цього не потрібно проводити судово-медичну експертизу.

У справі від 17 грудня 2019 р. № 682/1595/17 ВС прийшов до висновку про те, що протокол освідчування ОСОБА_1 є недопустимим доказом, оскільки повідомлення про підозру було вручено йому лише наступного дня й на момент проведення освідчування він не був ні потерпілим, ні свідком, ні підозрюваним, освідчування яких передбачено ч. 1 ст. 241 КПК².

У матеріалах кримінального провадження відсутній протокол затримання особи, складений згідно вимог ч. 5 ст. 208 КПК України

ВС у Постанові від 21 січня 2020 р. у справі №381/2316/17 вказав про недопустимість доказів, отриманих за результатами огляду місця події, під час якого було проведено особистий обшук особи без складення протоколу про її затримання. На думку Суду, викладений у вирокі висновок про недопустимість доказів, отриманих за результатами огляду місця події 7 червня 2017 р., ґрунтується на вимогах вищевказаних статей КПК та узгоджується з наведеною позицією ЄС з прав людини щодо допустимості доказів, який неодноразово у своїх рішеннях наголошував, що порядок збирання доказів, передбачений національним правом, має відповідати основним правам, визнаним Конвенцією про захист прав і основоположних свобод³.

Про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, обов'язково складається протокол, в якому, крім відомостей, передбачених ст. 104 КПК України, зазначаються: місце, дата і точний час (година і хвилини) затримання відповідно до положень ст. 209 цього Кодексу; підстави затримання; результати особистого обшуку; клопотання, заяви чи скарги затриманого, якщо такі надходили; повний перелік процесуальних прав та

¹ Вирок Глибочького районного суду Чернівецької області від 03 лип. 2020 р. у справі № 715/26/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90195923>

² Постанова Верховного Суду від 17 груд. 2019 р. у справі № 682/1595/17. URL: <https://www.hsa.org.ua/blog/dotrymannya-prav-osoby-pry-slidchij-diyi-osviduvannya/>

³ Постанова Верховного Суду від 21 січ. 2020 р. у справі №381/2316/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87179214>

обов'язків затриманого. У разі, якщо на момент затримання прізвище, ім'я, по батькові затриманої особи не відомі, у протоколі зазначається докладний опис такої особи та долучається її фотознімок. Протокол про затримання підписується особою, яка його склала, і затриманим. Копія протоколу негайно під розпис вручається затриманому та надсилається прокурору (ч. 5 ст. 208 КПК України)¹.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 208. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ, ЯКІ ПРИЗВЕЛИ ДО ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ

Негласні слідчі (розшукові) дії (НСРД) – це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт і методи проведення яких не підлягають розголошенню, спрямовані на збирання, перевірку чи дослідження фактичних даних у конкретному кримінальному провадженні, та які проводяться у разі крайньої необхідності, коли відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати іншим способом. НСРД, передбачені статтями 260, 261, 262, 263, 264 (в частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), 267, 269, 269¹, 270, 271, 272, 274 КПК України, проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів¹. Згідно ч. 3 ст. 246 КПК України рішення про проведення НСРД приймає слідчий, прокурор, а у випадках, передбачених КПК України, – слідчий суддя за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором. Слідчий зобов'язаний повідомити прокурора про прийняття рішення щодо проведення певних НСРД та отримані результати. Прокурор має право заборонити проведення або припинити подальше проведення НСРД².

Відповідно до ч. 6 ст. 246 КПК України, проводити НСРД має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням – уповноважені оперативні підрозділи³.

Згідно ч. 1 ст. 252 КПК України, фіксація ходу і результатів НСРД повинна відповідати загальним правилам фіксації кримінального провадження, передбаченого КПК України. Таким чином, на НСРД поширюється також і положення глави 5 КПК України – фіксування кримінального провадження. За результатами проведення НСРД складається протокол, до якого в разі необхідності долучаються додатки⁴.

Згідно зі ст. 41 КПК України оперативні підрозділи здійснюють слідчі (розшукові) дії та НСРД в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора. Співробітники оперативних підрозділів не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися з клопотаннями до слідчого судді чи прокурора⁵.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

² Слідчі (розшукові) дії у кримінальному провадженні. URL: https://arm.naiu.kiev.ua/books/slidchi_rozdil/rozdil/vyt4_1.html

³ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 246. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 252. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

⁵ Постанова Верховного Суду від 3 грудня 2019 р. у справі № 676/7748/14-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86505793>

В більшості випадків НСРД проводяться з порушенням порядку, встановленого КПК України.

У матеріалах кримінального провадження відсутнє доручення слідчого на проведення НСРД (ч. 6 ст. 246 КПК України)

Співробітники оперативних підрозділів не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися з клопотаннями до слідчого судді чи прокурора¹. Згідно з ч. 6 ст. 246 КПК України провадженню НСРД має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням – уповноважені оперативні підрозділи Національної поліції, органів безпеки, національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України. За рішенням слідчого чи прокурора до проведення НСРД можуть залучатися також інші особи².

Порядок надання доручень на проведення НСРД встановлюється Інструкцією «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні», затвердженій спільним наказом від 16 листопада 2012 р №114/1042/516/1199/936,1687/5/ (далі – Інструкція).

Так, згідно з п. 3.3 Інструкції слідчий, прокурор надсилає доручення керівнику органу, під юрисдикцією якого знаходиться місце вчинення кримінального правопорушення і у складі якого знаходяться орган розслідування та /або оперативні підрозділи, уповноважені на проведення НСРД (ст. 246 КПК України). До доручення слідчого, прокурора додається ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД чи постанова слідчого, прокурора про проведення НСРД (п. 3.4 Інструкції)³.

Доручення має бути мотивованим, містити інформацію, яка необхідна для його виконання, чітко поставлене завдання, що підлягає вирішенню, строки його виконання, визначати конкретного прокурора, якому слід направляти матеріали в порядку, передбаченому ст.252 КПК України (п. 3.4.2 Інструкції). Таке доручення повинно:

- складатися на гербовому бланку органу досудового розслідування або прокуратури відповідного рівня у двох примірниках;
- оформлюватися з дотриманням вимог секретного діловодства (гриф секретності, номер примірника, посилання на статтю ЗВДТ тощо);

¹ Постанова Верховного Суду від 3 груд. 2019 р. у справі № 676/7748/14-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86505793>

² Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 246. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

³ Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листоп. 2012 р. № 14/1042/516/1199/936/1687/5/. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>

- бути мотивованим, містити інформацію, яка необхідна для його виконання, чітко поставлене завдання, що підлягає вирішенню, строки його виконання, визначати конкретного прокурора, якому слід направляти матеріали в порядку, передбаченому ст. 252 КПК України;

- підписано слідчим або прокурором, що здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням;

- передбачити порядок взаємодії між слідчим, прокурором і уповноваженим оперативним підрозділом, а також строки складання протоколів про хід і результати проведеної НСРД або її проміжного етапу;

- до доручення необхідно додати документ, що надає дозвіл на проведення НСРД (ухвала слідчого судді, постанова прокурора, слідчого тощо).

Крім доручення, до матеріалів кримінального провадження в обов'язковому порядку додається ухвала слідчого судді, яка стала процесуальною підставою проведення НСРД.

Відповідно до п. 3.3.4 Інструкції до доручення слідчого, прокурора додається ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД чи постанова слідчого, прокурора про її проведення¹.

У клопотаннях слідчого про надання дозволу на проведення НСРД відсутні необхідні відомості

Під час складання клопотання про дозвіл на проведення НСРД необхідно дотримуватися загальних вимог до клопотань, наведених у ст. 248 КПК України, зокрема, воно складається на гербовому бланку органу досудового розслідування або прокуратури відповідного рівня у двох примірниках; оформлюється з дотриманням вимог секретного діловодства (гриф секретності, номер примірника, посилання на статтю ЗВДТ тощо).

Крім того:

- суб'єктом звернення до слідчого судді є слідчий, за погодженням з прокурором або прокурор;

- підпис прокурора засвідчується гербовою печаткою;

- у додатках зазначається витяг з ЄРДР, в якому повинен бути зазначений слідчий або прокурор, який підписав клопотання;

- у клопотанні зазначаються відомості про особу, щодо якої необхідно провести НСРД (прізвище, ім'я, по батькові, число, місяць, рік народження);

- в описовій частині клопотання вказується посада, прізвище, ім'я, по батькові суб'єкта звернення про надання дозволу на проведення НСРД;

- у клопотанні не зазначається уповноважений оперативний підрозділ, який має виконувати НСРД.

Важливо пам'ятати, що у клопотаннях слідчого про надання дозволу на проведення НСРД аудіо-, відеоконтроль особи мають бути зазначені

¹ Постанова Верховного Суду від 01 лип. 2020 р. у справі № 643/10749/14-к.
URL: https://zakon.cc/court/document/read/90202735_83d94e09

відомості про ідентифікаційні ознаки, які дозволять унікально ідентифікувати абонента спостереження, телекомунікаційну мережу, кінцеве обладнання тощо (п. 8 ч. 2 ст. 248 КПК України). Порухення даної вимоги часто фіксується на практиці.

Фіксація результатів негласної слідчої (розшукової) дії повинна здійснюватися таким чином, щоб завжди була можливість експертним шляхом встановити достовірність цих результатів (п. 4.8 Інструкції).

Порушення в протоколах проведення НСРД

Відповідно до ч. 1 ст. 106 КПК України, протокол під час досудового розслідування складається слідчим або прокурором, які проводять відповідну процесуальну дію, під час її проведення або безпосередньо після її закінчення¹. Даний протокол не може бути складений наступного дня, або через тиждень після закінчення процесуальної дії або не тією особою, яка безпосередньо проводила НСРД. У таких випадках суд має право визнати даний доказ недопустимим, оскільки він отриманий з порушенням передбаченого КПК України порядку.

Протокол НСРД складається слідчим, якщо дія проводиться за його безпосередньої участі, в інших випадках – уповноваженим працівником оперативного підрозділу і повинен відповідати загальним правилам фіксації кримінального провадження. Відповідно до п. 4.5; 4.6; 4.7 Інструкції конкретний виконавець щодо складання протоколу про проведення НСРД визначається керівником уповноваженого оперативного підрозділу. У разі залучення до проведення НСРД декількох оперативних підрозділів складання протоколу покладається на підрозділ, визначений керівником органу як основний.

У протоколі НСРД має відображатись весь перебіг даної процесуальної дії, не обмежуючись відображенням лише отриманих під час неї результатів. В іншому випадку на стадії дослідження протоколу НСРД як доказу в кримінальному провадженні, суд має право вирішувати питання щодо недопустимості цього доказу².

У протокол доцільно вносити такі відомості:

вступна частина протоколу має містити прізвище, ім'я, по батькові особи, яка склала протокол; час складання протоколу і строк проведення НСРД;

дату та час, коли особа, яка залучена до конфіденційного співробітництва прибула в приміщення відповідного оперативного підрозділу для участі в НСРД – контроль за вчиненням злочину;

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 106. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

² Вирок Арцизького районного суду Одеської області від 15 верес. 2021 р. у справі № 513/1019/19. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/99705622/>

хто безпосередньо з оперативних працівників чи залучених спеціалістів встановлював на дану особу спеціальне аудіо- відеоспостереження обладнання;

яке обладнання для аудіо- відеоспостереження було встановлено на дану особу (не зазначають назву та технічні характеристики даного обладнання);

час, коли особа вийшла з приміщення оперативного підрозділу та маршрут її пересування для зустрічі з особою, відносно якої проводиться НСРД – контроль за вчиненням злочину;

маршрут повернення даної особи після проведення НСРД контроль за вчиненням злочину до оперативного підрозділу;

співробітника оперативного підрозділу, який безпосередньо знімав обладнання для відеоспостереження з особи, залученої до конфіденційного співробітництва;

присутніх при цих діях осіб;

технічні засоби, що пристосовані для відеозапису, фотографування, спеціальні технічні засоби для спостереження, які були використані, їхні характеристики та ким вони використовувались при проведенні негласної слідчої (розшукової) дії;

коли, ким та кому були вручені засоби технічної фіксації та коли, ким та кому вони були повернуті¹.

Відповідно до п. 4.10 Інструкції у разі здійснення заходів безпеки щодо співробітників оперативних підрозділів, які проводили НСРД або залучались до їх проведення, відомості про осіб у протоколі зазначаються із забезпеченням конфіденційності в порядку, визначеному законодавством.

Фотографії, отримані за результатами проведення НСРД, необхідно оформлювати у вигляді фототаблиці, яка вказується як додаток до протоколу. Відповідно до ч. 3 ст. 107 КПК у матеріалах кримінального провадження зберігаються оригінальні примірники технічних носіїв інформації, зафіксованої під час процесуальної дії, резервні копії яких зберігаються окремо. У зв'язку з цим до протоколу в конверті додається флеш-носії або оптичний диск з файлами (фотографіями). Додатками також можуть бути: спеціально виготовлені копії, зразки об'єктів, речей і документів, письмові пояснення спеціалістів, які брали участь у проведенні відповідної дії, стенограма, аудіо-, відеозаписи, фототаблиці, схеми, зліпки, носії комп'ютерної інформації та інші матеріали, які пояснюють зміст протоколу².

Наприклад, суд визнав недопустимим доказом протокол проведення НСРД аудіо, відеоконтроль особи від 27 березня 2019 р., виявивши, що клопотання слідчого про надання дозволу на проведення НСРД (аудіо-,

¹ Вирок Бориспільського районного суду Київської області від 30 груд. 2020 р. у справі № 359/2985/16-к. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/94255741/>

² Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листоп. 2012 р. № 14/1042/516/1199/936/1687/5/. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>

відеоконтролю особи) не відповідає положенням п. 8 ч. 2 ст. 248 КПК України, оскільки в ньому відсутні відомості про ідентифікаційні ознаки, які дозволять унікально ідентифікувати абонента спостереження, телекомунікаційну мережу, кінцеве обладнання тощо. Крім того, в матеріалах кримінального провадження відсутні відомості про особу чи осіб, що проводила НСРД та про осіб, що були залучені до її проведення; протокол проведення НСРД (аудіо-, відеоконтроль особи) від 27 березня 2019 р. складено особою, повноваження якої відсутні у матеріалах кримінального провадження, а тому стороні захисту відкриті не були; протокол складено з порушенням відповідних строків, що встановлені ч. 3 ст. 252 КПК України; у протоколі відсутні відомості про те, якими саме технічними засобами, що пристосовані для відеозапису, фотографування, спеціальні технічні засоби для спостереження були використані, їхні характеристики, ким вони використовувались при проведенні НСРД, а також відомості про те, коли, ким та кому були вручені засоби технічної фіксації та коли, ким та кому вони були повернуті.

В матеріалах кримінального провадження також відсутні відомості про надання дозволу слідчого на доступ до її службового кабінету для встановлення технічних засобів фіксації НСРД, разом з тим, остання, під час допиту в якості свідка в суді вказала на той факт, що їй було відомо про проведення даної дії¹.

Поширеним на практиці є також **порушення термінів (не пізніше, ніж через 24 години) передачі прокурору протоколу НСРД з додатками** (ч. 3 ст. 252 КПК України)². Протокол про хід і результати НСРД, оскільки він є негласною слідчою дією, а відповідно не може бути складений під час цієї дії, повинен бути складеним безпосередньо після закінчення даної процесуальної дії³. Якщо протокол складений через тривалий час після закінчення процесуальної дії, суд має право визнати даний доказ недопустимим, оскільки він отриманий не в порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України.

Часто слідчий, оперативний працівник не виконують вимоги ч. 3 ст. 252 КПК України і передають протоколи НСРД з додатками прокурору пізніше, ніж через 24 години. В інших випадках, у визначений строк протокол НСРД прокурору переданий, а додатки до протоколу передаються прокурору пізніше, або взагалі офіційно із супровідним листом, не передаються⁴. Таким чином, будь-яке з порушень положень ч. 3 ст. 252 КПК

¹ Вирок Сарненського районного суду Рівненської області від 20 лютого 2020 р. у справі № 572/1684/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87721693>

² Вирок Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 13 січ. 2020 р. у справі № 686/10572/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87843592>

³ Леонов А. Особливості проведення негласних слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування кримінальних проваджень URL: zib.com.ua/ua/136530-osoblivosti_provedennya_nsrld_v_kriminalnomu_provadzhenni.html

⁴ Особливості проведення негласних слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування кримінальних проваджень. *Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури Київської області*. URL: <http://kdkako.com.ua/osoblivosti-provedennya-neglasnih-slidchih-rozshukovih-diy-pid-chas-dosudovogo-rozsliduvannya/>

України ставить під сумнів такий доказ, як протокол про хід та результати проведення НСРД, і дає можливість суду ставити питання про недопустимість такого доказу¹.

Провокації та підбурювання особи до вчинення злочину під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину (ч. 3 ст. 271 КПК України)

Згідно до ч. 4 ст. 246 КПК України виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої НСРД, як контроль за вчиненням злочину².

Докази, отримані шляхом провокації є недопустимими. Під час розглядуваної НСРД неприпустимою є допомога особі у вчиненні злочину, який би вона не вчинила без сприяння, або з цією самою метою вплив на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті у такий спосіб речі та документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні³.

Відповідно до практики ЄСПЛ, усі докази, отримані внаслідок провокації правоохоронних органів, слід визнавати недопустимими, оскільки вони отримані внаслідок істотного порушення права людини на справедливий судовий розгляд, що закріплене у п. 1 ст. 6 Конвенції (рішення ЄСПЛ у справі Баннікова проти Росії). Таке повністю відповідає вимогам ч. 1 ст. 87 КПК України. Визначення провокації, наведене у рішенні ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви». Так, Європейський суд дійшов до таких висновків: якщо діяльність негласних агентів усе ж можлива за наявності чітких обмежень та гарантій від зловживань, використання доказів, отриманих унаслідок підбурювання з боку поліції, не можна виправдати суспільним інтересом, оскільки в такому випадку обвинувачений із самого початку може бути позбавлений права на справедливий судовий розгляд справи (п. 54); підбурювання з боку поліції має місце й 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, схиляючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений (п. 55)⁴.

Таким чином, докази, отримані шляхом провокації не можуть бути використані у судочинстві, оскільки це порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод через порушення принципу

¹ Особливості проведення негласних слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування кримінальних проваджень *Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури Київської області*. URL: <http://kdkako.com.ua/osoblivosti-provedennya-neglasnih-slidchih-rozshukovih-diy-pid-chas-dosudovogo-rozsliduvannya/>

² Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 246. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

³ Постанова Верховного суду від 09 груд. 2020 р. у справі № 323/669/19. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=93505820&red=1000036725d8b8d284a687a10653d54a312732&d=5>

⁴ Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 12 трав. 2020 р. у справі № 159/2202/19 *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89188007>

справедливості. На думку ЄСПЛ, провокація злочину по суті має місце, коли співробітники правоохоронних органів не обмежуються переважно пасивним встановленням обставин можливого вчинення особою злочину з метою збору відповідних доказів і, за наявності на те підстав, притягнення її до відповідальності, а підбурюють цю особу до вчинення злочину¹.

Невинесення відповідної постанови про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів

Відповідно до ч. 1 ст. 107 КПК України, рішення про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів під час досудового розслідування приймає особа, яка проводить відповідну процесуальну дію².

Таким чином, оскільки положеннями КПК України прямо передбачено, що рішення про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів приймається особою, яка проводить відповідну процесуальну дію, то відповідно до ч. 3 ст. 110 КПК України, особа, яка проводить НСРД, зокрема аудіо- відеоконтроль особи, повинна винести відповідну постанову про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів. При цьому, слідчий, прокурор (оперативний працівник) повинні вказати у цій постанові ідентифікаційні ознаки технічних засобів, які будуть використані під час проведення процесуальної дії. Невинесення відповідної постанови про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів є істотним порушенням ч. 1 ст. 107 КПК України, що тягне за собою недопустимість даного доказу, оскільки він отриманий з порушенням порядку, передбаченого КПК України³.

Невідкриття результатів НСРД на етапі закінчення досудового розслідування та документів, які стали правовою підставою їх проведення

Невідкриття результатів НСРД, зокрема таких, як клопотання слідчого, прокурора, їх постанови, доручення, ухвала слідчого судді, є істотним порушенням, оскільки за змістом цих документів сторони можуть перевірити дотримання вимог кримінального процесуального закону при проведенні НСРД.

Невідкриття, відповідно до ст. 290 КПК України, документів визнаються на цій підставі недопустимими і не можуть бути покладені в основу обвинувачення, проте інформація з цих джерел може використовуватись для обґрунтування невинуватості виправданого.

НСРД проводяться під час досудового розслідування за ініціативою сторони обвинувачення, а тому за замістом ст. 85, 92, 290 КПК України,

¹ Там само

² Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2013 р. *Верховна Рада України*. Ст. 107. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

³ Вирок Бориспільського районного суду Київської області від 30 груд. 2020 р. у справі № 359/2985/16-к URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/94255741/>

прокурор – процесуальний керівник зобов'язаний під час досудового розслідування заздалегідь ініціювати процедуру їх розсекречення одночасно з результатами НСРД і забезпечити відкриття цих документів на етапі закінчення досудового розслідування¹.

Така позиція узгоджується із висновками, викладеними в Постанові Великої Палати ВС від 16 січня 2019 р. у справі № 751/7557/15-к щодо застосування правових норм, закріплених у ст. 290 КПК України. Зокрема, у п. 56-60 вказаного рішення Великої Палати ВС зазначено, що для доведення допустимості результатів НСРД мають бути відкриті не тільки результати цих дій, а й документи, які стали правовою підставою їх проведення (клопотання слідчого, прокурора, їх постанови, доручення, ухвала слідчого судді), оскільки за змістом цих документів сторони можуть перевірити дотримання вимог кримінального процесуального закону стосовно негласних слідчих (розшукових) дій².

Документи, які стали правовою підставою проведення НСРД (зокрема, не розсекречені на момент звернення до суду з обвинувальним актом), не можуть вважатися додатковими матеріалами до результатів проведених НСРД, отриманими до або під час судового розгляду, оскільки є їх частиною. Ці процесуальні рішення виступають правовою підставою проведення НСРД, з огляду на їх функціональне призначення щодо підтвердження допустимості доказової інформації, отриманої за результатами проведення таких дій і повинні перевірятися та враховуватися судом під час оцінки доказів³.

Зазначена правова позиція була уточнена у рішенні Великої Палати ВС від 16 жовтня 2019 р. у справі № 640/6847,15-к. Так, якщо сторона обвинувачення під час досудового розслідування своєчасно вжила всі необхідні та залежні від неї заходи, спрямовані на розсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД, однак такі документи не були розсекречені з причин, що не залежали від волі й процесуальної поведінки прокурора, то суд не може автоматично визнавати протоколи НСРД недопустимими доказами з мотивів невідкриття процесуальних документів, якими санкціоноване їх проведення⁴.

Процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) та які на стадії досудового розслідування не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК України з тієї причини, що їх не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не були розсекречені на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження),

¹ Вирок Балаклійського районного суду Харківської області від 08 жовт. 2020 р. у справі № 610/921/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92085571>

² Постанова Верховного Суду від 16 січ. 2019 р. у справі № 751/7557/15-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79298340>

³ Вирок Балаклійського районного суду Харківської області від 08 жовт. 2020 р. у справі № 610/921/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92085571>

⁴ Постанова Верховного Суду від 16 січ. 2019 р. у справі № 751/7557/15-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79298340>

⁵ Постанова Верховного Суду від 16 жовт. 2019 р. у справі № 640/6847/15-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85174578>

можуть бути відкриті іншій стороні під час розгляду справи в суді за умови своєчасного вжиття прокурором всіх необхідних заходів для їх отримання¹.

Якщо сторона обвинувачення не вжила необхідних та своєчасних заходів, що спрямовані на розсекречення процесуальних документів, які стали процесуальною підставою для проведення НСРД і яких немає в її розпорядженні, то в такому випадку має місце порушення норм ст. 290 КПК України².

Неналежне упакування речей і документів та інші дії, що мають значення для перевірки результатів процесуальної дії (ч. 2 ст. 106 КПК України)

Якщо внаслідок проведення будь-якої НСРД, було проведено аудіо-, відеоконтроль особи, вилучені якісь речі чи документи, то безпосередньо після закінчення даної процесуальної дії, слідчий, прокурор (оперативний працівник, якщо він виконує дану процесуальну дію за дорученням слідчого, прокурора), мають належним чином упакувати ці речі і документи і невідкладно долучити їх до протоколу про хід та результати НСРД³.

Приміром, карта пам'яті з відеозаписом НСРД має бути упакована та долучена до протоколу НСРД безпосередньо після її закінчення і не може бути використана повторно під час здійснення наступної НСРД в кримінальному провадженні. Отримані із порушеннями дані не можуть використовуватися як допустимий доказ в кримінальному провадженні, оскільки вони отримані з порушенням вимог кримінального процесуального законодавства⁴.

¹ Вирок Балаклійського районного суду Харківської області 08 жовт. 2020 р. у справі № 610/921/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92085571>

² Вирок Балаклійського районного суду Харківської області 08 жовт. 2020 р. у справі № 610/921/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92085571>

³ Вирок Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 13 січ. 2020 р. у справі № 686/10572/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87843592>

⁴ Леонов А. Особливості проведення негласних слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування кримінальних проваджень. URL: zib.com.ua/ua/136530-osoblivosti_provedennya_nsrd_v_kriminalnomu_provadzhenni.html; Светлічний І. Як діяти адвокату для визнання даних НСРД недопустимими доказами. URL: <https://blog.liga.net/user/isvetlichnyi/article/32780>

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ТА РЕКОМЕНДОВАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Вирок Балаклійського районного суду Харківської обл. від 08 жовтня 2020 р. у справі № 610/921/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92085571>
2. Вирок Березівського районного суду від 08 листоп. 2019 р. у справі № 297/667/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/85529143>
3. Вирок Бориспільського районного суду Київської області від 30 груд. 2020 р. у справі № 359/2985/16-к. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/94255741/>
4. Вирок Василівського районного суду Запорізької області від 04 листоп. 2019 р. у справі №318/2921/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86059962>
5. Вирок Вінницького міського суду Вінницької області від 24 жовт. 2019 р. у справі №127/17123/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85167518>
6. Вирок Глибоцький районний суд Чернівецької області від 03 липн. 2020 р у справі № 715/26/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90195923>
7. Вирок Голосіївського районного суду м. Києва від 18 серп. 2020 р. у справі № 752/16102/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91020496>
8. Вирок Димитровського міського суду Донецької області від 02 верес. 2020 р. у справі № 226/1105/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91271565>
9. Вирок Дніпровського районного суду м. Києва від 15 листоп. 2019 р. у справі № 755/7657/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85671366>
10. Вирок Долинського районного суду Івано-Франківської області від 18 листоп. 2019 р. у справі № 343/1160/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85688994>
11. Вирок Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 26 серп. 2020 р. у справі № 465/7177/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91182549>
12. Вирок Зарічного районного суду м. Суми від 30 верес. 2020 р. у справі № 591/7252/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91872260>
13. Вирок Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 01 берез. 2021 р. у справі № 658/248/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95294190>
14. Вирок Кіровоградського районного суду Кіровоградської області від 05. черв. 2019 р. Справа №390/211/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82204754>

15. Вирок Ленінського районного суду м. Харкова від 18 груд. 2020 р. у справі № 642/6502/17-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93685306>

16. Вирок Ленінського районного суду м. Миколаєва від 28 лют. 2020 р. у справі № 489/1653/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87941731>

17. Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області 09 лют. 2021 р. у справа № 161/19167/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94773134>

18. Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 12 трав. 2020 р. у справі № 159/2202/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89188007>

19. Вирок м. Кременна Луганської області від 17 серпня 2020 р. у справі № 414/2188/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91005887>

20. Вирок Марганецького міського суду Дніпропетровської області 27 трав. 2020 р. у справі № 180/1168/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89475746>

21. Вирок Марганецького міського суду Дніпропетровської області від 10 черв. 2020 р. у справі № 195/708/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89776634>

22. Вирок Марганецького міського суду Дніпропетровської області від 29 трав. 2020 р. у справі № 180/1932/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89511704>

23. Вирок Могилів-Подільського міськрайонного суду Вінницької області від 22 лип. 2020 р. у справі № 138/2127/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90519821>

24. Вирок Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області від 29 січ. 2021 р. у справі № 303/2594/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94494308>

25. Вирок Нетішинського міського суду Хмельницької області від 06 лют. 2020 р. у справі № 679/1129/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87411968>

26. Вирок Новоукраїнського районного суду Кіровоградської області 09 черв. 2020 р. у справі № 396/1232/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89692197>

27. Вирок Оболонського районного суду м. Києва 02 квіт. 2020 р. у справі № 756/5026/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88591400>

28. Вирок Первомайського міськрайонного суду від 30 жовт. 2019 р. у справі № 632/2265/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://www.uacourt.openregister.info/kryminalni-spravy-do-01-01-2019-2000/>

29. Вирок Первомайського міськрайонного суду Миколаївської області 07 груд. 2020 р. у справі № 474/761/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93351656>

30. Вирок Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області від 10 груд. 2020 р. у справі № 188/1118/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93443034>

31. Вирок Приазовського районного суду Запорізької області від 21 жовт. 2019 р. у справі № 325/129/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85069844>

32. Вирок Придніпровського районного суду м. Черкаси від 09 черв. 2020 р. у справі № 703/2479/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89694071>

33. Вирок Придніпровського районного суду м. Черкаси 27 трав. 2020 р. у справі № 711/9435/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89464930>

34. Вирок районного суду м. Миколаєва від 25 берез. 2020 р. у справі № 488/1805/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88442230>

35. Вирок Ратнівського суду Волинської області від 20 січ. 2020 р. у справі № 166/221/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87001107>

36. Вирок Сарненського районного суду Рівненської області 20 лют. 2020 р. у справі № 572/1684/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87721693>

37. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 05 лют. 2021 р. у справі № 759/9995/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94677232>

38. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 10 лют. 2020 р. у справі № 759/19762/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87479445>

39. Вирок Селидівського міського суду Донецької області від 16 берез. 2020 р. у справі № 239/1790/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88222282>

40. Вирок Скадовського районного суду Херсонської області від 19 трав. 2020 р. у справі № 663/2661/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89307608>

41. Вирок Сосницький районний суд Чернігівської області від 27 берез. 2020 р. у справі № 745/918/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88467918>

42. Вирок Суворовського районного суду м. Одеси від 09 черв. 2020 р. у справі № 523/16911/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89690806>

43. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 02 берез. 2020 у справі № 607/10616/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87943168>

44. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 21 верес. 2020 р. у справі № 607/24157/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91676563>

45. Вирок Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 24 берез. 2021 р. у справі № 308/13776/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95855617>.

46. Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 05 жовт. 2020 р. у справі № 761/7009/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92492334>

47. Вирок Шевченківського районного суду Харківської області від 16 берез. 2020 р. у справі № 637/726/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88221537>

48. Вишневий О. Поверхневий огляд VS обшук особи. Розмежування і практика. *Протокол. Юридичний Інтернет ресурс*. URL: http://protocol.ua/ru/poverhneviy_oglyad_vs_obshuk_osobi_rozmezuвання_і_praktika/

49. Вознюк А. А., Грига М. А., Дуда А. В. Порядок проникнення до житла або іншого володіння особи: актуальні проблеми теорії та практики. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2021. № 2 (119). С. 68–82.

50. Вознюк А., Дуда А., Арешонков В. Затримання уповноваженою службовою особою в житлі чи іншому володінні особи: актуальні проблеми теорії та практики. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2021. № 4 (121). С. 7-16. DOI:<https://doi.org/10.33270/01211214.7>.

51. Втручання в приватне спілкування *Закон і бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/142223-yak_dovesti_scho_protokol_oglyadu_mobiln_ogo_e_nedopustimim_d.html

52. Галаган В. І., Удовиченко Ж. В., Калачова О. М. Дотримання прав учасників кримінального провадження під час проведення освідування: монографія. Київ. 2017. 156 с. URL: https://pidru4niki.com/67758/pravo/mistse_znachennya_osviduvannya_sistemi_zasobiv_zbirannya_dokaziv_kriminalnomu_provadzhennii

53. Дрозд В. Проблемні питання допустимості доказів у судовому провадженні. *Підприємство, Господарство і Право*. 2020. № 8. С. 274–280

54. Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листоп. 2012 р. № 14/1042/516/1199/936/1687/5/. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>

55. Конституція України: Закон від 28. черв. 1996 р. № 254к/96ВР *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

56. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2013 р. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

57. Леонов А. Особливості проведення негласних слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування кримінальних проваджень

URL: zib.com.ua/ua/136530-osoblivosti_provedennya_nrsd_v_kriminalnomu_provadzhenni.html

58. Постанова Верховного Суду від 01 лип. 2020 р. у справі № 643/10749/14-к. URL: https://zakon.cc/court/document/read/90202735_83d94e09

59. Постанова Верховного Суду від 03 груд. 2019 р. у справі № 676/7748/14-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86505793>

60. Постанова Верховного Суду від 05 верес. 2019 р. у справі № 518/203/17. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/84152931>

61. Постанова Верховного суду від 05 серп. 2020 р. у справі № 334/5670/18. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/90906069>

62. Постанова Верховного Суду від 07 лип. 2019 р. у справі № 607/14707/17. URL : <https://verdictum.ligazakon.net/document/83508370>

63. Постанова Верховного Суду від 07 червня 2018 р. у справі № 740/5066/15-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74598730>

64. Постанова Верховного Суду від 08 квіт. 2020 р № 164/104/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: reyestr.court.gov.ua/Review/88749774

65. Постанова Верховного суду від 09 груд. 2020 р. у справі № 323/669/19. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=93505820&red=1000036725dbb8d284a687a10653d54a312732&d=5>

66. Постанова Верховного Суду від 10 верес. 2019 р. у справі № 630/515/17. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/84229737>

67. Постанова Верховного суду від 12 черв. 2019 р. у справі № 404/5659/15-к. URL: https://zakon.cc/court/document/read/82449979_84d235f3

68. Постанова Верховного Суду від 13 лют. 2020 р. у справі № 755/6685/17. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/87760561>

69. Постанова Верховного Суду від 16 жовт. 2019 р. у справі. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. № 640/6847/15-к URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85174578>

70. Постанова Верховного Суду від 16 січ. 2019 р. у справі № 751/7557/15-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79298340>

71. Постанова Верховного Суду від 18 груд. 2019 р у справі № 588/1199/16-к. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/86505861>

72. Постанова Верховного Суду від 19 берез. 2020 р. у справі № 127/3712/17. URL: https://zakon.cc/court/document/read/88401701_7848ba7d

73. Постанова Верховного Суду від 20 квіт. 2020 р. у справі № 727/6578/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88749345>

74. Постанова Верховного Суду від 21 січ. 2020 р. у справі № 753/3689/15-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87179247>

75. Постанова Верховного Суду від 29 січ. 2019 р. у справі № 466/896/17. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/79601140>
76. Постанова Верховного Суду від 31 жовт. 2019 р. у справі № 346/7477/13-к ВС. URL: https://biz.ligazakon.net/news/192190_verkhovniy-sud-vkazav-na-vazhliviy-aspekt-pri-provedenn-obshuku-orendovano-kvartiri
77. Постанова Верховного Суду від 8 лют. 2018 р. у справі № 754/5978/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72243400>
78. Постанова Верховного Суду від 8 лист. 2020 р. № 711/6059/19. URL: https://zakon.cc/court/document/read/93081665_059a26e9?fbclid=IwAR0sw4nXIsNTHSCnHhWqe71T6VZV_VamqFBp-Ay64Jq6MYSfcdskQ8pE5uU
79. Постанови Верховного Суду від 23 жовт. 2018 р. у справі № 158/2313/15-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77393408>
80. Про затвердження Інструкції з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні: наказ Міністерства внутрішніх справ України 07 лип. 2017 р. № 575. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0937-17>
81. Про затвердження Інструкції про порядок залучення працівників органів досудового розслідування поліції та Експертної служби Міністерства внутрішніх справ України як спеціалістів для участі в проведенні огляду місця події: наказ Міністерства внутрішніх справ України від 3 лист. 2015 р. № 1339. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1392-15>
82. Про затвердження Порядку ведення єдиного обліку в органах (підрозділах) поліції заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події: наказ Міністерства внутрішніх справ України від 08 лют. 2019 р. № 100. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0223-19>
83. Про Національну поліцію: Закон від 02 лип. 2015 р. № 40-41, Відомості Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>
84. Рішення Конституційного Суду України від 20 жовт. 2011 р. у справі № 1-31/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11#Text>
85. Слободян. Б. Вилучення телефону під час обшуку: статус вилученої інформації та порядок отримання доступу до неї URL: <https://equity.law/press-center/publications/1027.html>
86. 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. 233–236.

ДОДАТКИ

Додаток 1

Протокол огляду місця події (проведеного як обшук житла особи)

Відповідно до вироку Оболонського районного суду м. Києва від 02 квітня 2020 р. у справі № 756/5026/19¹ щодо вчинення злочину за ст. 115 КК України, *проведено обшук житла особи, який процесуально оформлений протоколом огляду місця події.*

При цьому, як убачається з указанного протоколу, єдиною метою цієї слідчої дії було виявлення знарядь, засобів вчинення злочину та об'єктів, що зберегли на собі його сліди, оскільки при огляді відкривалися шухляди, досліджувалися носильні речі й інші предмети домашнього вжитку, тобто проведений органом досудового розслідування 21 серпня 2018 р. огляд місця події, а саме домоволодіння АДРЕСА_1, фактично був обшуком, який згідно з приписами ч. 2 ст. 234 КПК України проводиться лише на підставі ухвали слідчого судді.

Однак, з клопотанням про проведення обшуку прокурор або слідчий за погодженням з прокурором до слідчого судді не зверталися та відповідного дозволу не отримували.

Що стосується заяви ОСОБА_11 про те, що вона надає добровільну згоду працівникам поліції на огляд будинку АДРЕСА_1, то суд вважає за необхідне зазначити наступне.

Встановлення наявності добровільності згоди особи на проведення в її житлі або іншому володінні огляду є важливим для визначення допустимості доказів, отриманих у результаті такого огляду, оскільки за такої згоди немає потреби звертатися до слідчого судді в порядку ч. 3 ст. 233 КПК України.

У зв'язку з цим, сторона, яка надає такі докази, має переконати суд у наявності такої згоди та її добровільності.

При цьому КПК України не визначає спеціальних засобів доказування добровільності згоди (наприклад, письмова заява особи) на проникнення до житла або іншого володіння особи.

Тому для з'ясування допустимості доказів, отриманих під час огляду в житлі чи іншому володінні особи, якщо наявність та/або добровільність згоди володільця ставиться стороною під сумнів, суд має виходити із сукупності всіх обставин, що супроводжували цю слідчу дію.

Як встановлено в судовому засіданні, у той час коли ОСОБА_2 вже було фактично затримано за місцем роботи та працівники поліції на автомобілі везли його до міста Києва, за місцем проживання ОСОБА_2 у будинку АДРЕСА_5 інші працівники поліції проводили слідчу (розшукову) дію, яка була процесуально оформлена у вигляді протоколу огляду місця події.

¹ Вирок Оболонського районного суду м. Києва 02 квітня 2020 р. у справі № 756/5026/19 Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88591400>

Також, встановлені у судовому засіданні обставини проведення цієї слідчої дії свідчать про те, що вона відбувалася у присутності лише одного мешканця цього будинку – ОСОБА_11, ІНФОРМАЦІЯ_2, однак у присутності не менше десяти співробітників поліції, про що повідомили свідки ОСОБА_11 та ОСОБА_24.

При цьому, як показала свідок ОСОБА_11, більше десяти молодих осіб увірвалися до будинку, наказали їй мовчати та почали проводити огляд, навіть не запитавши її дозволу. Вона, у свою чергу, будучи обуреною діями співробітників поліції, вийшла на вулицю.

Таким чином, ураховуючи всі обставини, за яких відбувався огляд будинку, а саме кількість працівників поліції та їх поведінку, вік ОСОБА_11 (на момент проведення огляду 69 років), стан її здоров'я, початок слідчої дії до прибуття понятих, суд вважає, що сторона обвинувачення не довела надання ОСОБА_11 добровільної та інформованої згоди на огляд її будинку та що остання була здатна усвідомлювати правові наслідки такої згоди.

Зрештою, навіть наявність добровільної згоди ОСОБА_11 не давала підстав співробітникам поліції на проведення обшуку помешкання останньої та оформлення останнього під виглядом огляду місця події.

Як вже було зазначено судом, огляд цього будинку не можна вважати оглядом місця події, оскільки події, що стали предметом розслідування, відбулися у лісопарковій зоні (14 лінія) селища Пуша-Водиця м. Києва.

Європейський суд з прав людини у рішенні від 07 листопада 2013 р. у справі «Белоусов проти України» зазначив, що будь-яке втручання згідно з п. 1 ст. 8 конвенції повинне бути виправданим у розумінні п. 2 як таке, що здійснюється «згідно із законом» і є «необхідним у демократичному суспільстві» задля досягнення однієї або більше законних цілей, що в ньому наводяться. Формулювання «згідно із законом» вимагає від оскаржуваного заходу як підґрунтя в національному законодавстві, так і його відповідності принципів верховенства права. Головною метою ст. 8 конвенції є захист особи від свавільного втручання державних органів. У цьому рішенні ЄСПЛ дійшов висновку, що огляд працівниками міліції житла заявника не проводився згідно із законом, оскільки дозвіл на огляд отримано за обставин, в яких були відсутні процесуальні гарантії, що захищають його здатність висловлювати свою справжню думку.

Також, ВС неодноразово визнавав неприпустимість проведення обшуку під виглядом огляду місця події, зокрема в постановках від 07 червня 2018 р. у справі № 740/5066/15-к, від 26 лютого 2019 р. у справі № 266/4000/14-к, від 19 березня 2019 р. у справі № 380/157/14-к, від 22 червня 2019 р. у справі № 640/2449/16-к.

Ураховуючи наведене, суд приходить до висновку, що така слідча дія, як огляд місця події, що проводився за місцем проживання ОСОБА_2 у домоволодінні АДРЕСА_1, та складений за її результатами протокол огляду місця події від 21 серпня 2018 р. є недопустимим доказом.

У зв'язку з визнанням цього доказу недопустимим, суд визнає недопустимими і докази, що отримані за допомогою відомостей, джерелом яких є недопустимий доказ (доктрина «плодів отруйного дерева») (fruit of the poisonous tree).

Так, 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. У цій нормі закріплено як загальну підставу визнання доказів недопустимими – їх отримання внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, так і підставу, яку в доктрині кримінального процесу іменують правилом про «плоди отруєного дерева», – здобуття інших доказів завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

Окремо суд звертає увагу на наступне.

Згідно ч. 7 ст. 223 КПК України, слідчий, прокурор зобов'язаний запросити не менше двох незаінтересованих осіб (понятих) для пред'явлення особи, трупа чи речі для впізнання, огляду трупа, в тому числі пов'язаного з ексгумацією, слідчого експерименту, освідчування особи. Винятками є випадки застосування безперервного відеозапису ходу проведення відповідної слідчої (розшукової) дії. Поняті можуть бути запрошені для участі в інших процесуальних діях, якщо слідчий, прокурор вважатиме це за доцільне.

Обшук або огляд житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюються з обов'язковою участю не менше двох понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії.

Відповідно до вимог ч. 5 ст. 237 КПК України, при проведенні огляду дозволяється вилучення лише речей і документів, які мають значення для кримінального провадження, та речей, вилучених з обігу. Усі вилучені речі і документи підлягають негайному огляду і опечатуванню із завіренням підписами осіб, які брали участь у проведенні огляду.

Як було встановлено під час дослідження висновку експерта від 27 вересня 2018 р. № 332, допиту експерта та понятих, дослідження речового доказу, а саме належних ОСОБА_2 джинсів світло-синього кольору, на яких була виявлена пляма крові ОСОБА_3, опечатування паперового конверту з джинсами ОСОБА_2 печатками Оболонського УП НП ГУ в м. Києві не було завірено підписами понятих. Підписи понятих містяться лише на зворотному боці паперового конверту, що суперечить імперативним приписам ч. 5 ст. 237 КПК України та не виключало можливість стороннього доступу до вилучених джинсів ОСОБА_2.

Що стосується показань свідків ОСОБА_9, ОСОБА_10 та ОСОБА_12 про те, що у їх присутності ОСОБА_2 розповідав про обставини нібито вчиненого ним вбивства ОСОБА_3, а саме розповідав, що загинула його ображала, тому він завдавав їй тілесні ушкодження, наявні у нього

пошкодження на кистях руки, колінах та на обличчі він отримав під час того, як вчиняв вбивство, а після вчиненого помив ніж, суд зважає на наступне.

Згідно ч. 1 ст. 97 КПК України, показаннями з чужих слів є висловлювання, здійснене в усній, письмовій або іншій формі, щодо певного факту, яке ґрунтується на поясненні іншої особи.

У відповідності до ч. 7 цієї статті, у будь-якому разі не можуть бути визнані допустимим доказом показання з чужих слів, якщо вони даються слідчим, прокурором, співробітником оперативного підрозділу або іншою особою стосовно пояснень осіб, наданих слідчому, прокурору або співробітнику оперативного підрозділу під час здійснення ними кримінального провадження.

Як встановлено у судовому засіданні, свідки ОСОБА_9, ОСОБА_10 та ОСОБА_12 є співробітниками оперативного підрозділу поліції, а тому надані ними показання щодо пояснень ОСОБА_2 у будь-якому разі не можуть бути визнані допустимим доказом.

Відтак, показання свідків ОСОБА_9, ОСОБА_10 та ОСОБА_12 суд визнає недопустимими доказами на підставі ч. 7 ст. 97 КПК України.

Також, суд не може прийняти як допустимий доказ відеозапис, зроблений за допомогою мобільного телефону, на якому ОСОБА_2 розповідає працівникам поліції про обставини нібито вчиненого ним вбивства ОСОБА_3.

Відповідно до ч. 2 ст. 63 Конституції України підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист.

Згідно з п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК України, суд зобов'язаний визнати істотним порушенням прав людини і основоположних свобод, зокрема, порушення права на захист.

Як встановлено у судовому засіданні, ОСОБА_2 був затриманий 21 серпня 2018 р. о 16 годині за місцем роботи поблизу м. Обухова Київської області та, через деякий час, співробітниками поліції доставлений до Оболонського УП НП ГУ в м. Києві.

При цьому, зважаючи на обставини, за яких ОСОБА_2 був доставлений до відділу поліції, суд приходить до висновку, що працівники поліції здійснили саме затримання ОСОБА_2, оскільки останній силою або через підкорення наказу змушений був залишатися поряд із уповноваженою службовою особою.

Так, у п. 49 рішення у справі «Осипенко проти України» (CASE OF OSYPENKO v. UKRAINE) (Заява № 4634/04) від 9 листопада 2010 р., ЄСПЛ зазначив, що у цій справі сторони не оспорюють те, чи заявник прибув до відділу міліції добровільно чи внаслідок примусу з боку працівників міліції. Втім Суд не досліджуватиме цього питання, оскільки залишається фактом те, що протягом періоду, про який ідеться, заявника тримали у відділі міліції і працівники міліції проводили допити та інші процесуальні дії стосовно подій, до яких був причетний заявник. Уряд не стверджував, що у зазначений період заявник, якби захотів, міг вільно залишити відділ міліції, та таке припущення було б нереальним. Беручи до уваги всі обставини справи, Суд

вважає, що перебування заявника у відділі міліції протягом зазначеного періоду дефакто становило позбавлення волі (див., mutatismutandis, рішення від 9 червня 2005 р. у справі «І.І. проти Болгарії» (І.І. v. Bulgaria), заява № 44082/98, п. 87).

Однак, всупереч вимогам ч. 4 ст. 208 КПК України, затриманому ОСОБА_2, не було роз'яснено право мати захисника, давати пояснення, показання або не говорити нічого з приводу підозри проти нього.

Крім того, матеріали кримінального провадження не містять доказів виконання працівниками поліції, що здійснили затримання, вимог ч. 4 ст. 213 КПК України, а саме негайного повідомлення органу (установи), уповноваженої законом на надання безоплатної правової допомоги.

Натомість, як убачається з наданих захисником та досліджених у судовому засіданні документів, *лише о 19 годині 10 хвилин 21.08.2018 уповноваженою особою Регіонального центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги у місті Києві було отримано інформацію від слідчого про затримання ОСОБА_2, тобто через 3 години з моменту його фактичного затримання (т. 5 а. с. 65-66).*

Також, суд звертає увагу на те, що затримання ОСОБА_2 було здійснено у випадку, що не передбачений ч. 1 ст. 208 КПК України, тобто протиправно.

Як вже зазначав суд, у зв'язку з визнанням цього доказу недопустимим (відеозапису, зробленого за допомогою мобільного телефону), останнє тягне за собою визнання недопустимими і доказів, що отримані за допомогою відомостей, джерелом яких є недопустимий доказ.

Однак, експертний висновок психофізіологічного дослідження достовірності показань не є жодним із визначених законом джерелом доказів, оскільки залучення спеціаліста – поліграфолога ОСОБА_19. відбулося у порушення вимог ст. 243 КПК України (в редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017) без ухвали слідчого судді та без урахування того, що остання не має права на проведення психологічних експертиз (відсутнє свідоцтво про присвоєння кваліфікації судового експерта - психолога).

Суд звертає увагу на те, що встановлення тих особливостей психічної діяльності та таких її проявів в поведінці особи, які мають юридичне значення та викликають певні правові наслідки, відповідно до розділу VI Психологічна експертиза Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженої Наказом МЮ України від 08 жовтня 1998 р. № 53/5, можуть з'ясовуватися лише шляхом призначення та проведення судової психологічної експертизи, а не експертного дослідження.

Згідно з п. 6.8. зазначеної Інструкції, опитування із застосуванням спеціального технічного засобу – комп'ютерного поліграфа може проводитися виключно в межах психологічної експертизи з метою отримання орієнтувальної інформації, а не використовуватися як засіб доказування обставин, передбачених ст. 91 КПК України.

При цьому, згідно з п.4.15 Інструкції, у дослідницькій частині висновку експерта описуються процес дослідження та його результати, а також дається обґрунтування висновків з поставлених питань.

Так, як неодноразово вказувала свідок ОСОБА_4, 20 серпня 2018 р. у ранній час вона бачила у кущах невідомого чоловіка, який був одягнений у темні штани, і цей чоловік був точно не у штанях ОСОБА_2 світло-синього кольору, які їй було продемонстровано у судовому засіданні. Однак, саме у світло-синіх штанях за версією органу досудового розслідування був одягнений ОСОБА_2 й саме про це останній розповідав працівникам поліції у первісних поясненнях в яких він визнав себе винним і які були зафіксовані на відео в автомобілі поліції.

Крім того, органом досудового розслідування не представлено суду жодних даних, які б свідчили, що мотивом вбивства ОСОБА_2 потерпілої ОСОБА_3 було зґвалтування, однак, при відповіді на запитання стосовно зґвалтування в ОСОБА_2, на думку ОСОБА_19, були значущі психофізіологічні реакції. При цьому, у жодних злочинах проти статевої свободи та статевої недоторканості стосовно ОСОБА_3, ОСОБА_2 не підозрюався та не обвинувачується.

Таким чином, за встановлених судом обставин, ОСОБА_2 за ч. 1 ст. 115 КК України підлягає виправданню на підставі п. 2 ч. 1 ст. 373 КПК України у зв'язку з тим, що прокурором не доведено, що кримінальне правопорушення вчинене обвинуваченим.

Протокол огляду місця події, що отриманий з істотним порушенням вимог КПК та визнаний судом недопустимим доказом разом зі зазначеними в ньому даними (Постанова ВС від 13 лютого 2020 р. у справі № 755/6685/17)¹

Особа, яка за вироком районного суду визнана невинуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 309 КК України, та виправдана, обвинувачувалась у тому, що він 27 лютого 2017 р. приблизно о 22 годині 00 хвилин «знайшов згорток фольги, всередині якого містилася порошкоподібна речовина білого кольору. Розуміючи, що в згортку міститься психотропна речовина – амфетамін», у нього «виник злочинний умисел, спрямований на безоплатне незаконне повторне придбання для подальшого власного вживання психотропної речовини – амфетаміну». Реалізуючи свій умисел, він підняв із землі вказану психотропну речовину, тим самим придбав її.

В подальшому він помістив її до кишені куртки, в яку був одягнений, та став незаконно зберігати при собі для власного вживання без мети подальшого збуту. 27 лютого 2017 р. приблизно о 22 годині 30 хвилин, він був виявлений працівниками поліції і зізнався, що зберігає при собі психотропну речовину, обіг якої заборонено, – амфетамін. Відповідно до протоколу огляду місця події від 28 лютого 2017 р., який проводився з 01 год. 00 хв. до 01 год. 25 хв. у присутності двох понятих за вказаним адресом було здійснено огляд цієї особи та під час поверхневого огляду в якій в лівій кишені куртки було виявлено та вилучено згорток фольги, в якому була порошкоподібна речовина білого кольору, цей згорток було поміщено до поліетиленового пакету, який прошито та опечатано. Виправдовуючи підсудного, суд першої інстанції, зокрема, зазначив, що «так і не було достеменно встановлено з наданих стороною обвинувачення матеріалів, під час якої слідчої дії у особи був вилучений пакунок з порошкоподібною речовиною», оскільки відповідно до рапорту працівника поліції 27 лютого 2017 р. о 22 год. 30 хв. особу було затримано та під час поверхневого огляду виявлено у нього та вилучено згорток фольги». Розглянувши касаційну скаргу прокурора, ВС у складі колегиї суддів Касаційного кримінального суду погодився з судами попередніх інстанцій. Заслуговують на увагу наступні викладені в постанові суду висновки.

Проведення обшуку особи під час проведення огляду місця події не передбачено і регулюється іншими нормами кримінального процесуального закону. Обшук особи фактично не є окремою слідчою дією, а поглинається такою дією, як затримання чи обшук житла (Уповноважена службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 і ст. 236 КПК України (ч. 3 ст. 208 КПК

¹ Постанова Верховного Суду від 13 лютого 2020 р. у справі № 755/6685/17
URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/87760561>

України). За рішенням слідчого чи прокурора може бути проведено обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження (ч. 5 ст. 236 КПК України)). Відповідно до ст. 209 КПК України особа є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою. Як убачається з обставин формулювання обвинувачення, інкримінованого підсудному, його було затримано 27 лютого 2017 р. о 22 год. 30 хв., а огляд місця події проведено 28 лютого 2017 р. в період часу з 01 год. 00 хв. до 01 год. 25 хв.

Таким чином, з огляду на вимоги ст. 209 КПК України він був особою, яка фактично була затримана уповноваженою службовою особою. Проте в матеріалах кримінального провадження відсутній відповідний протокол затримання особи, складений відповідно до вимог ст. 208 КПК України.

З огляду на зазначене, правильним є висновок про те, що слідчий, всупереч вимогам закону, провівши особистий обшук особи, під час якого в останнього вилучено порошкодібну речовину білого кольору – амфетамін, та з метою надання надалі такої дії законного вигляду оформив її протоколом огляду місця події.

Отже протокол огляду місця події, отриманий з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону, правильно визнано судом недопустимим доказом, як і зазначені в ньому дані про проведення огляду (обшуку).

Що стосується «поверхневого огляду», то суд нагадав, що відповідно до ч. 1, 6 ст. 34 Закону України «Про національну поліцію» поверхнева перевірка як превентивний поліцейський захід є здійсненням візуального огляду особи, проведенням по поверхні вбрання особи рукою, спеціальним приладом або засобом, візуальним оглядом речі або транспортного засобу. Також передбачено, що під час поверхневої перевірки речі або транспортного засобу особа повинна самостійно показати поліцейському вміст особистих речей чи транспортного засобу. Разом з тим, доказів того, що особа вказував на наявність у нього психотропної речовини та видав згортки добровільно, в матеріалах провадження немає, і це не було встановлено під час судового розгляду.

[illegible]

Наукове видання

ТАРАН Олена Вікторівна
БРИСКОВСЬКА Оксана Миколаївна
ГРИГА Марія Андріївна та ін.

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО
РОЗСЛІДУВАННЯ, ЯКІ ПРИЗВЕЛИ ДО ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ
НЕДОПУСТИМИМИ

Огляд судової практики

Комп'ютерна верстка М. А. Грига

Підписано до друку 06.06.2022. Формат 60х84/16.

Папір офсетний. Ум. друк. арк. 3,95.

Тираж 50 прим.

Виготовлювач: ФОП Поліщук О.В.
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК №2142 від 31.03.2005
07400, м. Бровари, вул. Незалежності, 2, кв. 148
тел. (044) 592-13-49