

*Остряк Б. І.,**здобувач вищої освіти ступеня доктора філософії
кафедри кримінального права, процесу та криміналістики
Міжнародного гуманітарного університету*

ФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЩОДО ПИТАННЯ ДОПУСТИМОСТІ/НЕДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ, ОТРИМАНИХ ПІД ЧАС ОБШУКУ, ПРОВЕДЕНОГО ЗА ВІДСУТНОСТІ ЗАХИСНИКА (АДВОКАТА)

Анотація. Стаття присвячена дослідженню кримінально-правових проблем забезпечення нормативного регулювання для реалізації учасником обшуку «права на захист».

Автор узагальнено розкриває питання законності, обґрунтованості і вмотивованості судового рішення. Обґрунтованість рішення безпосередньо залежить від з'ясованих обставин, які підтверджуються доказами, в той час як до останніх кримінально-процесуальне законодавство висуває одну із найважливіших вимог – оцінку допустимості.

В статті наведено та проаналізовано передбачені кримінальним процесуальним законодавством права та обов'язки слідчого, прокурора і учасника обшуку, які мають забезпечувати реалізацію гарантованого «права на захист». Висвітлено особливості допуску захисника (адвоката) до слідчої дії. Переваги органів досудового розшуку над стороною захисту та учасниками обшуку, та залежність останніх від волі перших.

Розкрито проблематику «права на захист» через призму практичної реалізації кримінального процесуального законодавства. Наведено нормативно-правову конструкцію взаємовідносин між органом досудового розслідування (слідчим, прокурором) та іншими учасниками обшуку, закріплену законодавцем. Проаналізовано поведінку учасника обшуку та її вплив на визнання судом доказів допустимими/недопустимими. Пасивна та активна відмова учасника обшуку від «права на захист».

Автором наведено актуальні судові рішення Верховного Суду (суддів Касаційного кримінального суду) щодо надання правової оцінки допустимості/недопустимості доказів отриманих під час обшуку, проведеного за відсутності захисника (адвоката) із визначенням ключових моментів, які покладаються судом в обґрунтування прийнятого рішення.

Оцінка обставин та умов, які впливають на прийняття учасником обшуку рішення щодо реалізації «права на захист».

Зокрема, в даній статті автором, окрім іншого, розкрито питання покладення на органи досудового розслідування обов'язку активного сприяння стороні захисту у використанні останнім його конституційного права на захист з метою більшої об'єктивності та абсолютної законності зазначеної слідчої дії.

Автором сформувано висновки та запропоновано й аргументовано відповідні зміни до КПК України для врегулювання питання доступу до «права на захист», через зміни до правової конструкції проведення слідчої дії, шляхом покладення обов'язків на слідчого, прокурора фіксувати факт відмови учасника обшуку від «права на

захист» до та перед закінченням слідчої дії. Відмічено, що вирішення проблемного питання сприятиме виконанню завдань кримінального провадження, додержанню конституційних прав усіх його учасників, спонукатиме формуванню прогнозованості судового рішення.

Ключові слова: допустимість/недопустимість доказів, обшук, учасник обшуку, право на захист, судові рішення.

Постановка проблеми. Науковці звертають увагу, що обшук, на рівні із допитом є найбільш поширеною слідчою (розшуковою) дією в порівнянні з іншими процесуальними діями. Матеріальні докази, які отримуються органом досудового розслідування під час обшуку є незамінним джерелом та становлять особливу важливість для встановлення наявності чи відсутності фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження.

Розкриваючи тему «Реалізації засади змагальності сторін кримінального провадження під час проведення обшуку», в попередньо опублікованій статті, автор звернув увагу, що науковці приділяють значну увагу методології, процесуальним та тактичним недолікам/проблемам, які виникають під час організації його проведення обшуків, в той час як практична сторона даної процесуальної дії, що в майбутньому трансформується у необхідність надання відповіді на питання «А чи були дотримані права особи щодо якої вчиняється слідча дія?», яке надає правову підставу для суду прийняти рішення щодо «допустимості/недопустимості» зібраних доказів, опускається на другий план.

Під «дотриманням права особи» розуміється фундаментальне – право на захист від обвинувачення та на правову допомогу, які закріплені в ст.59 Конституції України [1].

Таким чином, участь та допуск захисника (адвоката), який прибув на обшук у статусі захисника, представника або особи, що надає правову допомогу має вагомое значення для реалізації засади змагальності, оскільки забезпечить кваліфікований «контроль» за дотриманням прав та обов'язків сторони обвинувачення, які в більшості випадків звичайному пересічному громадянину невідомі, що нерідко використовується проти останнього.

Ознайомлюючись з судовою практикою Великої палати Верховного Суду та безпосередньо Верховного Суду, не можна не помітити, що мотивувальна частина останніх з кожним прийнятим рішенням все більше за своїм змістом опирається на наукові висновки, що робить їх вкрай важливими для формування усталеної судової практики.

Судова практика щодо надання правової оцінки допустимості/недопустимості доказів у зв'язку із відсутністю адвоката під час проведення обшуку є вкрай усталеною, однак чи відображає вона в певній мірі ідею та правову конструкцію закладену законодавцем в ст. 236 КПК України варто дослідити.

Стан дослідження. Питання допустимості чи недопустимості доказів завжди буде предметом дискусії, як серед науковців так і за результатом вивчення та аналізу судових рішень. Враховуючи, що доведення учасниками факту допустимості/недопустимості доказів прямо впливає на прийняття законного та обґрунтованого судового рішення, актуальність досліджень в даному напрямку є досить поширеною. Варто відмітити роботи Ворфоломеєва Т.В., Добровольської Т.М., Капліна О.В., Тютюнника В.В. та інших учених.

Мета статті – дослідження і порівняння підходів суддів при прийнятті рішень в справах предметом розгляду яких є надання правової оцінки допустимості/недопустимості доказів, отриманих за результатом проведення обшуку, участь в якому не приймав захисник (адвокат).

Виклад основного матеріалу. Згідно ч. 1 ст. 370 КПК України судові рішення, яке ухвалюється судом повинно бути законним, обґрунтованим і вмотивованим [2].

Законодавець визначив, що обґрунтованим може бути рішення, яке ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, що підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до ст. 94 КПК України [2].

Повне і неупереджене дослідження всіх обставин кримінального провадження, слідчим прокурором, слідчим суддею, судом здійснюється за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічній, оцінці кожного доказу з точки зору належності, допустимості, достовірності останніх, включаючи достатності та взаємозв'язку останніх для прийняття відповідного процесуального рішення.

Доказ визнається допустимим, відповідно до ч. 1 ст. 86 КПК України, у разі отримання останнього у порядку, встановленому КПК України. Посилання при прийнятті процесуальних рішень чи ухваленні судового рішення на недопустимий доказ неможливе, оскільки такий доказ не породжує жодних правових наслідків в силу «дефектності порядку його отримання» [2].

Варто наголосити, що обшук проводиться саме з метою отримання доказів – виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб (ч. 1 ст. 234 КПК України) [2].

Вилучене майно (як доказ) має визначальне значення для прийняття рішення судом, оскільки, є обов'язковим елементом обґрунтованого рішення. Саме тому, дотримання всіх вимог при проведенні обшуку має значну важливість для кожної сторони кримінального провадження і є наслідком допустимості/недопустимості такого майна (доказів).

Визначаючи критерії допустимості/недопустимості доказів законодавець визначив, що недопустимими є докази, які отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією України 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 (ч. 1 ст. 87 КПК України) [2].

Відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК України порушення права особи на захист покладає на суд обов'язок визнати такі дії/бездіяльність істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, що в свою чергу має наслідком визнання доказів недопустимими [2].

В той же час, за результатом аналізу ст. 236 КПК України вбачається, що законодавець не передбачив та не поклав на слідчого, прокурора чи іншу службову особу обов'язку забезпечення присутності під час проведення обшуку захисника чи адвоката. Натомість закон передбачає лише те, що «слідчий, прокурор не має права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Слідчий, прокурор зобов'язаний допустити такого адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення» [2].

Згідно ч. 5 ст. 236 КПК України 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 [2].

Слідчий, прокурор, інша службова особа, яка бере участь у проведенні обшуку, незалежно від стадії цієї слідчої дії, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями ст. 50 КПК України (ч. 1 ст. 236 КПК України) [2].

Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду в Постанові від 26.09.2023 р. по справі № 404/2409/20 надаючи правову оцінку посиланням сторони захисту на недопустимість доказів, прийшов до наступних висновків:

«Посилання захисника, що слідча не забезпечила своєчасне прибуття особи уповноваженої законом на надання безоплатної вторинної правової допомоги на обшук житла засудженого, що є порушенням права засудженого на захист, то колегія суддів зазначає наступне.

Так, ст. 236 КПК України не містить обов'язку слідчого, прокурора чи іншої службової особи для забезпечення присутності під час проведення обшуку захисника чи адвоката. Натомість закон передбачає лише те, що «слідчий, прокурор не має права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Слідчий, прокурор зобов'язаний допустити такого адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення».

Отже, хоча законодавець створює умови для участі осіб, чий права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, а також захисника чи адвоката під час проведення обшуку, він не передбачає, що така участь є суворо обов'язковою з огляду на специфіку цієї слідчої дії.

Як було встановлено судом, обшук житла засудженого було проведено на підставі відповідної ухвали слідчого судді, обшук проводився в присутності засудженого понятих, фіксувався технічними засобами, відеозапис долучений до матеріалів кримінального провадження і був відтворений в судовому засіданні, виявлені грошова купюра номіналом 50 грн,

використана 11 лютого 2020 року під час контролю за вчиненням злочину та оперативної закупівлі психотропної речовини, вилучена, упакована, опечатана та визнана речовим доказом. Протокол обшуку підписаний усіма учасниками без зауважень, у тому числі й засудженим, який в свою чергу будь-яких заперечень та зауважень щодо вилученого предмету та дій працівників поліції не заявляв.

Таким чином, підстав вважати, що при вказаних слідчих діях були порушенні норми кримінального процесуального закону, у колегії суддів немає.» [3].

Аналогічні висновки викладені колегією суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду в Постанові Верховного Суду від 07.12.2022 р. по справі № 385/619/16:

«Разом з тим відповідно до ст. 236 КПК України така слідча дія, як обшук не вимагає обов'язкової участі захисника, адже за змістом ч. 1 ст. 223 цього Кодексу зазначена процесуальна дія спрямована на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні.

За змістом абз. 3 ч. 3 ст. 236 КПК України слідчий, прокурор не має права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Слідчий, прокурор зобов'язаний допустити такого адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення.

Натомість, дослідивши протокол обшуку від 01 квітня 2014 року з відеозаписом вказаної слідчої (розшукової) дії, суд першої інстанції не встановив відомостей про те, що ОСОБА_1 в ході обшуку викликав адвоката, а слідчий його не допустив. Навпаки, як убачається з матеріалів кримінального провадження, ОСОБА_1 у протоколі зазначив, що заяв чи зауважень до слідчої дії в нього немає, і засвідчив це особистим підписом (т. 7, а.к.п. 294-301)» [4].

Отже, нормативна конструкція взаємовідносин між органом досудового розслідування (слідчим, прокурором) та іншими учасниками обшуку побудована законодавцем таким чином, що «право на захист»:

– гарантується Конституцією та КПК України (у формі позбавлення слідчого та прокурора можливості заборони учасникам обшуку користуватися правовою допомогою та покладення обов'язку здійснити допуск адвоката або представника до обшуку);

– починає реалізовуватись виключно в тому випадку, якщо учасник обшуку заявляє про бажання скористатись таким правом, тобто проявляє активні дії для залучення захисника (адвоката).

Варто наголосити, що навіть у разі якщо учасник обшуку все ж заявляє про своє «право на захист», це жодним чином не покладає на орган досудового розслідування будь-яких обов'язків в забезпеченні реалізації такого права – пошуку захисника (адвоката), здійснення його інформування чи зупинення проведення слідчої дії.

Одночасно з цим, відсутність чітко сформульованої вимоги учасника обшуку про забезпечення йому «права на захист» знову не покладає на орган досудового розслідування будь-яких обов'язків в реалізації такого права.

Аналізуючи вищевказані постанови Верховного Суду та наведені в них висновки, які знайшли своє подальше відображення в рішеннях судів першої та апеляційної інстанцій, привертає увагу та обставина, що в основу надання переваги пра-

вомірності дій органу досудового розслідування в порівнянні із аргументами сторони захисту приводиться, що:

– учаснику обшуку перед початком проведення слідчої дії було роз'яснено його права та обов'язки (в тому числі право на користування правовою допомогою)

– учасник обшуку не висловлював будь-яких вимог та зауважень щодо відсутності у нього захисника (адвоката), що підтверджується відеозаписом та відсутністю зауважень до протоколу обшуку.

Однак, законодавець та суди залишили поза увагою важливий момент, обшук є примусовою слідчою дією, яка проводиться спеціально підготовленими та навченими співробітниками (слідчим, прокурором, оперативними співробітниками), які в процесі оволодіння професією проходять психолого-тактичну підготовку, в той час як учасником обшуку є особа не наділена в більшості випадків відповідними знаннями, вміннями та життєвим досвідом і відповідна слідча дія для неї не є типовою та вона може приймати в ній участь вперше в житті.

Обшук, на рівні із будь-якими іншими слідчими діями, у будь-якої особи (учасника) провокує настання стресового стану, хвилювання, втрати концентрації та як наслідок відсутності/обмеження повноцінно та раціонально мислити і приймати рішення, в тому числі щодо реалізації правами.

Як приклад вищевказаного, що навіть співробітник прокуратури, який є фахівцем у галузі права, будучи учасником обшуку не реалізував свої права та в послідуєчому наголошував на цьому і судом було наголошено на відсутності його порушення ч. 1 ст. 87 КПК України, можна навести Ухвалу Кропивницького апеляційного суду від 17.05.2023 р. по справі №397/430/20

«Слідчий чи інші учасники слідчої дії жодним чином не перешкождали обвинуваченому у допущенні до слідчої дії адвоката чи захисника.

Що стосується не роз'яснення слідчим під час обшуку ОСОБА_8 його процесуальних прав, то положення ст. 236 КПК України цього також не передбачають. До того ж у цьому кримінальному провадженні проводився обшук автомобіля прокурора, який мав вищу юридичну освіту, тобто був фахівцем у галузі права, а тому на переконання колегії суддів йому не могло бути невідомо право мати захисника на момент проведення обшуку.» [5].

На практиці, роз'яснення прав та обов'язків учаснику обшуку відбувається в досить формальній формі (шляхом зачитування статей КПК України) без розставлення акцентів та прямих запитань чи бажає особа скористатись правовою допомогою та чи означає вона прямо про відмову від такого права.

Беззаперечним залишається факт, що для органу досудового розслідування прибуття та залучення до слідчої дії захисника (адвоката) створюватиме дискомфорт та незручності, у зв'язку із здійсненням професійного контролю за діями останніх та попередженням дій учасника обшуку щодо самовикриття, повідомлення/розкриття інформації, яка може бути використана проти такого учасника або інших осіб та висловленням аргументованих зауважень.

Таким чином, враховуючи, що питання допустимості/недопустимості доказів отриманих за результатом проведення обшуку, проведеного за відсутності захисника (адвоката), піднімається під час судових розглядів на постійній основі, з ціллю попередження порушення прав учасника обшуку на

захист і формування ustalеної судової практики, яка ґрунтуватиметься не на формальному підході «якщо особа має право то вона повинна самостійно про його заявляти незважаючи на будь-які обставини, в протилежному випадку – презюмується, що таке право особи не порушене», рекомендую переглянути правову конструкцію проведення обшуку, шляхом передбачення вчинення прямих активних дій учасника обшуку щодо реалізації права на обшук.

Беручи до уваги, що законодавець не передбачив обмежень для учасника обшуку вимагати «права на захист» протягом усього періоду проведення слідчої дії, фіксація такої відмови на початку та за результатом завершення мінімізує будь-які ризики для кожної із сторін, у зв'язку з чим запропоновано внести зміни до КПК України, шляхом викладення абз. 3 ч. 3 ст. 236 КПК України в наступній редакції:

Слідчий, прокурор не має права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Слідчий, прокурор зобов'язаний допустити такого адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення. У разі відмови учасника обшуку від користування правовою допомогою адвоката або представника, факт прийнятого рішення фіксується слідчим, прокурором в протоколі обшуку за підписом такого учасника обшуку двічі: 1) після роз'яснення прав та обов'язків; 2) перед прийняттям рішення про завершення слідчої дії.

Висновки. Із наведеного попередньо вбачається, що законодавець не закріпив нормативно-врегульованого механізму фіксації факту відмови особи від «права на захист», в той час як суди трактують відсутність порушення та дотримання норм КПК України через оцінку активності поведінки учасника обшуку.

Пасивність учасника обшуку може бути викликана стресовістю ситуації, що позбавляє його своєчасного реагування за захисту прав.

Закріплення в ст. 236 КПК України змін щодо покладення на слідчого, прокурора обов'язку зафіксувати в протоколі обшуку факт відмови учасника обшуку від «права на захист», забезпечить до спонукання учасника обшуку свідомо та відповідально реалізовувати надане йому «право на захист», що призведе в свою чергу до формування єдиної судової практики та критеріїв, які підлягають оцінці і врахуванням судом при наданні правової оцінки дотримання КПК України та допустимості/недопустимості доказів.

Література:

1. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року №254к/96-ВР / Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#n4223> (дата звернення 28.02.2024р.).
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI / Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n2123> (дата звернення 28.02.2024 р.).
3. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 26.09.2023 р. по справі № 404/2409/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113817265> (дата звернення 28.02.2024 р.).
4. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 07.12.2022 р. по справі № 385/619/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107834205> (дата звернення 28.02.2024 р.).

5. Ухвала Кропивницького апеляційного суду від 17.05.2023 р. по справі № 397/430/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111640954> (дата звернення 28.02.2024 р.).

Ostryanko B. Formation of judicial practice on admissibility / inadmissibility of evidence obtained during a search conducted in the absence of a defense counsel (lawyer)

Summary. The article is devoted to the study of criminal law problems of ensuring normative regulation for the realization of the "right to defense" by the search participant.

The author generally discloses the issue of legality, reasonableness and motivation of the court decision. The validity of the decision directly depends on the clarified circumstances, which are confirmed by the evidence, while the criminal procedural legislation puts forward one of the most important requirements for the latter – the assessment of admissibility.

The article presents and analyzes the rights and duties of the investigator, prosecutor and search participant provided by the criminal procedural legislation, which should ensure the implementation of the guaranteed "right to defense". The peculiarities of the admission of the defender (lawyer) to the investigative action are highlighted. The advantages of pre-trial investigation agencies over the defense and search participants, and the dependence of the latter on the will of the former.

The problem of the "right to defense" is revealed through the prism of practical implementation of criminal procedural legislation. The normative-legal structure of the relationship between the body of the pre-trial investigation (investigator, prosecutor) and other participants of the search, established by the legislator, is presented. The behavior of the search participant and its influence on the recognition of evidence as admissible/inadmissible by the court was analyzed. Passive and active refusal of the search participant from the "right to defense".

The author provides current court decisions of the Supreme Court (judges of the Criminal Court of Cassation) regarding the provision of a legal assessment of the admissibility/inadmissibility of evidence obtained during a search conducted in the absence of a defense attorney (lawyer) with the definition of the key points relied upon by the court in justifying the decision.

Assessment of the circumstances and conditions that affect the search participant's decision-making regarding the exercise of the "right to protection".

In particular, in this article, the author, among other things, revealed the issue of imposing on pre-trial investigation bodies the obligation to actively assist the defense in using the latter's constitutional right to defense for the purpose of greater objectivity and absolute legality of the said investigative action.

The author formed conclusions and proposed and argued for relevant changes to the Criminal Procedure Code of Ukraine to settle the issue of access to the "right to defense", through changes to the legal construction of the investigative action, by imposing duties on the investigator, the prosecutor to record the fact that the search participant refused the "right to protection" before and after the end of the investigative action. It was noted that the resolution of the problematic issue will contribute to the fulfillment of the tasks of the criminal proceedings, the observance of the constitutional rights of all its participants, and will encourage the formation of predictability of the court decision.

Key words: admissibility/inadmissibility of evidence, search, search participant, right to defense, court decision.