

РОЗДІЛ 7

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.66.36>
УДК 343.1

НАЛЕЖНИЙ СУБ'ЄКТ ЗБИРАННЯ ДОКАЗІВ ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ ЗА ОЦІНКОЮ СУДУ

Ангеленюк А.-М. Ю.,
*к.ю.н., старший науковий співробітник
Державного науково-дослідного
інституту МВС України
e-mail: angelen_anna@ukr.net
ORCID ID: 0000-0001-5947-5105*

Ангеленюк А.-М. Ю. Належний суб'єкт збирання доказів вчинення кримінального правопорушення за оцінкою суду.

У статті розглянуто збирання доказів стороною обвинувачення, оскільки саме у такому порядку найбільш часто формується доказова база кримінальних проваджень. Так, зі сторони обвинувачення збирати докази мають право прокурор, слідчий (дознавач), які діють згідно статей 36, 40, 40¹ Кримінального процесуального кодексу України, а також співробітник оперативного підрозділу в порядку статті 41 Кримінального процесуального кодексу України за дорученням слідчого або прокурора. Метою статті є дослідження належності суб'єктів збирання доказів як складової процесуальної форми кримінального процесу України, враховуючи аналіз судових рішень, а саме оцінки доказової бази, як основи для прийняття рішення по суті кримінального провадження. Систематизовано випадки участі неналежного суб'єкту під час проведення досудового розслідування, які часто зустрічаються та є типовими. Визначено два типи неналежних суб'єктів в межах проведення слідчих (розшукових) чи процесуальних дій, а саме суб'єкти: 1) не призначені у встановленому законом порядку, хоча згідно чинного законодавства за переліком своїх повноважень можуть бути належними; 2) не володіють згідно закону повноваженнями приймати конкретно визначене рішення або проводити слідчі (розшукові) чи процесуальні дії. Подано аналіз судових рішень згідно яких суди надають оцінку процесуальної діяльності суб'єктів збирання доказів у кримінальному провадженні на етапі досудового розслідування, в тому числі їх належності та допустимості. Так, звернено увагу на оцінку судів щодо законності присутності осіб під час проведення слідчих (розшукових) або процесуальних дій; правильності фіксації такої присутності. Окрім, розглянуто ситуації призначення у кримінальних провадженнях відповідних суб'єктів для виконання ними своїх повноважень. Запропоновано доповнити частину першу статті 236 КПК України положенням, що уточнює підстави перебування та повноваження працівників оперативно-розшукової служби під час проведення слідчої дії обшук.

Ключові слова: суб'єкт, належність, кримінальне провадження, доказування, судовий розгляд.

Anheleniuk A.-M.Y. Appropriate subject of obtaining evidence of a criminal offense in the opinion of the court.

The article considers the collection of evidence by the prosecution, because it is in this order that the evidence base of criminal proceedings is most often formed. Thus, the prosecutor, investigator (investigator) acting under Articles 36, 40, 40¹ of the Criminal Procedure Code of Ukraine, as well as an employee of the operational unit pursuant to Article 41 of the Criminal Procedure Code of Ukraine on behalf of the investigator or prosecutor have the right to collect evidence. The purpose of the article is to study the affiliation of the subjects of evidence collection as part of the procedural form of the criminal process of Ukraine, taking into account the analysis of court

decisions, namely the assessment of the evidence base as a basis for deciding on the merits of criminal proceedings. Cases of involvement of an improper subject in the pre-trial investigation, which are common and typical, are systematized. There are two types of improper subjects within the investigative (search) or procedural actions, namely the subject: 1) is not appointed in the manner prescribed by law, although according to current legislation according to the list of its powers may be appropriate; 2) does not have the authority under the law to make a specific decision or to conduct investigative (search) or procedural actions. An analysis of court decisions according to which courts provide an assessment of the procedural activities of the subjects of evidence collection in criminal proceedings at the stage of pre-trial investigation, including their relevance and admissibility. Thus, attention is paid to the assessment of courts on the legality of the presence of persons during investigative (investigative) or procedural actions; the correctness of fixing such a presence. In addition, the situations of appointment of relevant subjects in criminal proceedings to fulfill their powers are considered. It is proposed to supplement the first part of Article 236 of the Criminal Procedure Code of Ukraine with a provision that clarifies the grounds for the stay and authority of the employee of the operational and investigative service during the search.

Key words: subject, affiliation, criminal proceeding, evidence, trial.

Постановка проблеми. Важливим етапом процесу доказування, слід визначити збирання доказів, що є його початковою ланкою від якої залежить оцінка доказів та визнання їх належними надалі у суді. Недотримання процесуальної форми на цьому етапі, зокрема належності суб'єкту, що виконує слідчі (розшукові) або процесуальні дії, може привести до визнання їх недопустимими у суді. Під час дослідження зазначених вище питань недостатнім є аналіз практики суду, без чого неможливими є надання ефективних рекомендацій щодо дотримання рамок належності суб'єкту та внесення пропозицій щодо їх вдосконалення.

Стан опрацювання. Суб'єкти збирання доказів в кримінальному процесі України досліджували такі вчені як А.П. Бегма, О.В. Капліна, В.Я. Корсун, І.С. Курбатова, О.О. Лисецький, Г.М. Мамка, Р.Ю. Савонюк. Однак, враховуючи постійне оновлення судової практики, вивчення суб'єктів у кримінальному процесі на предмет належності потребує постійної уваги науковців.

Метою статті є аналіз суб'єктів збирання доказів під час досудового розслідування на предмет належності у кримінальному провадженні через призму судової практики.

Виклад основного матеріалу. Збирання доказів під час проведення досудового розслідування, згідно статті 93 Кримінального процесуального кодексу України (далі - КПК України), може здійснюватись лише у порядку передбаченому кримінальним процесуальним законодавством визначеними суб'єктами [1].

Досліджувати питання належності суб'єкту збирання доказів у кримінальному процесі України обов'язково потрібно враховуючи аналіз прийнятих судами рішень щодо оцінки доказів. Окрім слід систематизувати випадки участі неналежного суб'єкту під час кримінального провадження, що зустрічаються найчастіше. Така систематизація допоможе виявити типові ситуації щодо неналежності суб'єкту збирання доказів під час досудового розслідування та вжити заходів щодо усунення помилок під час проведення розслідування у наступних кримінальних провадженнях.

Таким чином суб'єкти, які в наслідок правової оцінки визнаються судом неналежними можна умовно поділити на такі у яких:

- 1) стало-визначений статус (слідчий, прокурор, захисник, інші), однак порушено процесуальний порядок їх участі у кримінальному провадженні:
 - безпосередня участь суб'єкта у слідчих (розшукових) або процесуальних діях є неналежною;
 - рішення прийнято неналежним суб'єктом;
- 2) змінний статус, однак мають місце порушення, що стосуються визначення статусу особи (свідок, який надалі став підозрюваним, обвинуваченим у кримінальному провадженні, підозрюваний).

Окрім наведеного, типовими випадками неналежності є присутність під час слідчої (розшукової) або процесуальної дії оперативних працівників, які не вказані в протоколі як учасники, а у кримінальному провадженні відсутнє доручення щодо них, яке надається у порядку статті 41 КПК України.

Прийняття рішення щодо проведення слідчих (розшукових) чи процесуальних дій або безпосереднє їх проведення неналежним суб'єктом можна поділити на два типи:

- 1) суб'єкт згідно чинного законодавства може бути належним, однак не являється таким, оскільки його не призначено у встановленому законом порядку;
- 2) суб'єкт не має права згідно чинного законодавства приймати конкретно визначене рішення або проводити слідчі (розшукові) чи процесуальні дії.

Розглянемо суб'єкти сторони обвинувачення, які згідно закону мають право проводити або брати участь у слідчих і негласних слідчих (розшукових) чи процесуальних діях. Слід зауважити, що суб'єкти, уповно-

важені збирати докази, як правило мають стало-визначений статус, який має бути підтвердженим не тільки наявністю прав, визначених у кримінальному процесі України, а й іншими документами, що підтверджують його участь саме у конкретному провадженні, окремій слідчій (розшуковій) або процесуальній дії.

Типовими ситуаціями процесу доказування є такі, де безпосередня участь суб'єкта у слідчих (розшукових) або процесуальних діях є неналежною, тобто виникають питання щодо законності їх присутності чи відсутності під час проведення слідчих (розшукових) або процесуальних дій.

Наприклад, згідно рішення Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 19 листопада 2019 року у справі № 359/3474/17 [2] в процесі судового засідання було виявлено, що під час проведення слідчої дії обшук присутніми як учасники були інші особи, окрім тих, які зазначені у протоколі, зокрема працівники спецпідрозділу «КОРД», вибухотехнічної служби, а також кінологічної служби. Однак, у протоколі ці працівники не фігурували. Враховуючи наведене, суд вирішив, що такі обставини свідчать про порушення правил складання протоколу обшуку, а тому викликають сумніви щодо дійсності та вірогідності, викладених у вказаному протоколі відомостей.

Окрім присутності осіб під час проведення обшуку, що не зазначені у протоколі, питанням, яке потребує уваги є також присутність оперативних працівників на обшуку та їх повноважень під час проведення зазначеної слідчої дії.

Аналізуючи загалом ситуацію щодо виконання ухвали суду про проведення обшуку, вказаного вище, значимо, що за вимогами статті 41 КПК оперативні підрозділи можуть здійснювати слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого або прокурора, процесуального керівника. Однак, згідно частини першої, статті 236 КПК України, ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим або прокурором. Таким чином брати участь в обшуку оперативний працівник може лише за дорученням, проте виконавцем ухвали суду про обшук він бути не може. Тобто роль оперативного працівника у проведенні обшуку є допоміжною, зводиться в основному до охорони громадського порядку та виключає активність в його діях, що не є правильним, зважаючи на завдання кримінального процесу загалом. Безперечно, виникає дискусія з цього приводу, так як згідно наданого доручення у порядку статті 41 КПК України, «під час виконання доручень слідчого, дізнавача, прокурора співробітник оперативного підрозділу користується повноваженнями слідчого», а тому набуває статусу слідчого, в тому числі у розумінні статті 236 КПК України щодо виконання цієї ухвали суду. Проте судова практика іде іншим шляхом, зважаючи зазначене істотним порушення проведення обшуку, що надалі тягне за собою визнання неналежними та недопустимими докази, здобуті під час проведення обшуку.

Так, рішенням ВС від 29 січня 2019 року у справі № 466/896/17 надано оцінку діям оперативним працівникам під час проведення обшуку, а саме: ухвалою слідчого судді дозвіл на проведення обшуку у квартирі, було надано конкретному слідчому, прізвище якого було вказано в ухвалі. Відповідно саме цей слідчий, згідно умов дозволу, був уповноважений на проведення вказаної слідчої дії. Незважаючи на це, обшук у житлі фактично був проведений оперативним підрозділом без участі, вказаного в ухвалі суду, слідчого. Вказану слідчу дію Верховний суд визнав недопустимою, оскільки згідно умов ухвали слідчого судді дозвіл на проведення обшуку надано саме слідчому, а не оперативним підрозділом, що не узгоджується з приписом частини першої, статті 236 КПК України, яка в свою чергу не передбачає можливості виконання ухвали про дозвіл на обшук ніким іншим, окрім слідчого чи прокурора [3].

Так як законодавець не включив працівника оперативного підрозділу до переліку учасників кримінального провадження, то, на нашу думку, у статті 236 КПК України слід додати положення, яке б конкретизувало роль оперативних підрозділів загалом і оперуповноваженого, що виконує доручення в конкретному кримінальному провадженні, зокрема, під час виконання ухвали про проведення обшуку. Так, у частині першій, статті 236 КПК України слід додати наступне: *«До виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи слідчий, прокурор може залучити оперативний підрозділ. Оперативний працівник, що діє за дорученням користується повноваженнями слідчого та має право самостійно або в групі з слідчим, прокурором або іншим оперативним працівником проводити обшук»*.

Наступними ситуаціями, де виникають сумніви щодо належності суб'єкта кримінального провадження є такі, де виникають питання щодо правомірності призначення цих суб'єктів, а також кола їх повноважень під час прийняття того чи іншого рішення. Як приклад зазначеного можна назвати такі суб'єкти слідчий або прокурор, що виконують свої повноваження у кримінальному провадженні, однак не призначені у встановленому порядку або призначені з порушеннями цього порядку. Відповідно, всю діяльність таких суб'єктів можна вважати неналежною, враховуючи неналежність самого суб'єкта.

Так, згідно Рішення Центрального районного суду м. Миколаєва від у справі № 490/5142/18 виявлено фактичні обставини, що доводять наступне: слідчий не була призначена, як така у конкретному криміналь-

ному провадженні, безпосередньо начальником органу досудового розслідування, проте як наведені вище обставини призначення цього слідчого, так й те, що вона протягом тривалого часу використовувала ресурси свого органу для здійснення досудового розслідування поза розумним сумнівом доводить, що розслідування нею проводилось за відповідним рішенням керівника органу дізнання.

Суд встановив, що слідчий не була призначена у кримінальному провадженні як того вимагають норми закону. Однак, суд вирішив, що вказане не є підставою для визнання усіх зібраних цим слідчим доказів недопустимими, тим більше – на стадії досудового розслідування кримінального провадження. Зауважимо, що суд не надав оцінку доказам у кримінальному провадженні, зіславшись на невідповідну для цього стадію кримінального процесу, а саме – досудове розслідування.

За такого призначення слідчого не безпосередньо керівником, а іншою особою за його /керівника/ дорученням та згодою має наслідком послаблення гарантії незалежності та процесуальної самостійності слідчого під час здійснення цього кримінального провадження. Та таке, сукупно з іншими обставинами отримання окремих доказів та прийняття окремих процесуальних рішень, є спроможним призвести до визнання окремих доказів у цьому кримінальному провадженні недопустимими [4].

Таким чином судове рішення визначило діяльність слідчого у кримінальному провадженні як таку, що здійснюється правомірно, однак з порушеннями щодо належності суб'єкта такої діяльності. Так як рішення суду було прийнято по кримінальному провадженні, яке знаходиться на етапі досудового розслідування, то оцінка доказів на предмет допустимості судом не проводилась. Зауважимо, що зазначеним рішенням суду встановлена неналежність суб'єкта. Відповідно в подальшому під час оцінки судом зібраної доказової інформації неналежним суб'єктом може стати як самостійно, так і у сукупності з іншими ймовірними порушеннями, підставами визнання доказів недопустимими у зв'язку з істотними порушеннями прав людини.

Наступною ситуацією, яка потребує аналізу у рамках дослідження питання належності суб'єктів кримінального провадження є така, де під час судового розгляду визначалось питання щодо законності дій прокурора у кримінальному провадженні як належного суб'єкта.

Згідно обставин, зазначених в обвинувальному акті, кримінальне правопорушення було внесено до Єдиного реєстру досудового розслідування за ознаками частини першої статті 263 КК України, що передбачає вчинення незаконного зберігання, вогнепальної зброї та боєприпасів без передбаченого законом дозволу. Після проведеного досудового розслідування обвинувальний акт було скеровано до суду. У судовому розгляді обвинувачена особа заявила, що, під час проведення обшуку пістолет було підкинута. Далі за результатами судового розгляду ухвалено виправдувальний вирок, оскільки не доведено, що кримінальне правопорушення передбачене частиною першою статті 263 КК України, вчинене обвинуваченим.

Більше того, суд вважає такою що заслуговує на увагу та потребує надання правової оцінки, позицію захисту з приводу того, що клопотання про проведення обшуку, з яким слідчий звертався до суду, було погоджено прокурором, який не був наділений повноваженнями у даному кримінальному провадженні відповідно до вимог процесуального законодавства. Відповідно усі докази, які були отримані в результаті цієї ухвали суду про проведення обшуку, зокрема протоколи обшуку та їх результати, протоколи огляду, висновки експертів, є недопустимими доказами.

Так, відповідно правової позиції викладеної у постанові Верховного Суду у справі № 235/6337/18, єдиним процесуальним документом, який наділяє прокурора повноваженнями здійснювати нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування є саме постанова керівника про призначення прокурора чи групи прокурорів у кримінальному провадженні. Водночас витяг з Єдиного реєстру досудового розслідування, за відсутності відповідного процесуального рішення керівника органу прокуратури, не наділяє прокурора такими повноваженнями в конкретному кримінальному провадженні.

Як видно з матеріалів наявних у суді, в розпорядження суду не було надано постанови про те, що зазначений у клопотанні прокурор, яка погоджувала клопотання про надання дозволу, на момент звернення до суду та винесення судом рішенням, постановою керівника відповідного органу прокуратури, була визначена прокурором, чи в складі групи прокурорів у зазначеному кримінальному провадженні.

В розпорядження суду надано лише повідомлення заступника керівника Київської місцевої прокуратури № 1 начальнику слідчого відділу, що ним призначено групу прокурорів в даному кримінальному провадженні, що, як вважає суд, не може замінювати постанову. В ході судового розгляду сторона захисту заявляла про відсутність зазначеної постанови, однак прокурор в розпорядження суду її не надав.

Враховуючи вище викладене, протокол обшуку в ході якого, було вилучено пістолет з патронами та боєприпаси, керуючись вимогами статті 87 КПК України, суд визнав недопустимим доказом, оскільки він проведений згідно рішення суду прийнятого на підставі клопотання погодженого прокурором, яка в ході судового розгляду не підтвердила, що була наділена, відповідно до вимог процесуального законодавства, на

той час повноваженнями здійснювати процесуальне керівництво у даному провадженні згідно постанови керівника прокуратури [5].

Наступним вартим уваги у кримінальному провадженні є питання наявності у суб'єктів належних повноважень щодо прийняття (оформлення) документів, які стосуються (використовуються) проведення слідчих або процесуальних дій. Оскільки документи, що використовуються в процесі проведення слідчої (розшукової) або процесуальної дії також впливають на її оцінку в подальшому судом, то у випадку складання таких документів неналежним суб'єктом, суд може розцінити зазначене істотним порушення прав та свобод людини та визнати слідчу (розшукову) або процесуальну дію недопустимою як доказ під час винесення вироку у суді.

Так, наприклад, відповідно рішення Верховного суду у справі № 628/2370/17, начальник слідчого, який не був в групі розслідування (неналежний суб'єкт) змінив анкетні дані особи в рамках заходів безпеки.

Верховний суд, під час оцінки правомірності постанови про зміну анкетних даних свідка, вказав на цю постанову як на один із факторів, що призвів до визнання недопустимим доказом протоколу слідчого експерименту. Звернемо увагу, що саме з участю особи щодо якої змінено анкетні дані проводився слідчий експеримент.

Також, у судовому рішенні звернено увагу, що відповідно до пункту 2 статті 15 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993 року № 3782-ХІІ нерозголошення відомостей про осіб, взятих під захист, може здійснюватися шляхом обмеження відомостей про особу в матеріалах перевірки (заявах, поясненнях тощо), а також протоколах слідчих дій та інших матеріалах кримінального провадження, заміни прізвища, імені, по батькові в цих документах псевдонімами за постановою органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, слідчого, прокурора або за ухвалою слідчого судді, суду про зміну анкетних даних.

Разом з тим, з матеріалів провадження вбачається, що в ході досудового розслідування було змінено анкетні дані особи свідка на підставі постанови начальника слідчого відділу поліції, який не був включений в групу слідчих у цьому провадженні [6].

Таким чином, звернемо увагу, що начальник слідчого відділу не відноситься до жодної з категорій осіб до повноважень яких відноситься зміна анкетних даних згідно Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві». Він міг би відноситись до категорії слідчого у випадку перебування у групі слідчих, так як згідно пункту 6, частини другої статті 39 КПК України керівник органу досудового розслідування може здійснювати досудове розслідування та користуватись під час цього у повноваженнями слідчого.

Висновки. Належність суб'єкта збирання доказів у кримінальному провадженні отримує свою остаточну оцінку у стінах судових засідань. Враховуючи формування судової практики, зауважимо, що остання в свою чергу впливає на застосування норм кримінального процесуального права сторонами кримінального провадження, в тому числі у питаннях, що стосуються збирання доказів належними суб'єктами.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651–VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
2. Рішення Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 19 листопада 2019 року. Справа № 359/3474/17 URL:
3. Рішення Верховного Суду від 29 січня 2019 року. Справа № 466/896/17 URL:
4. Рішення Центрального районного суду м. Николаєва від 10 серпня 2020 року. Справа № 490/5142/18 м. Николаїв URL: [Review/91740656](https://reestr.court.gov.ua/Review/91740656)
5. Рішення Голосіївського районного суду м. Києва від 21 квітня 2020 року. Справа № 752/17971/17. Київ URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/88844976>
6. Рішення Верховного Суду від 18 серпня 2020 року. Справа № 628/2370/17 м. Київ. URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/91089402>