

ПРИЧИНИ ТА НАСЛІДКИ ПРОВЕДЕННЯ ОДИНХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ПІД ВИГЛЯДОМ ІНШИХ

CAUSES AND CONSEQUENCES OF CONDUCTING SOME INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS UNDER THE SHAPE OF OTHERS

Холостенко А.В., к.ю.н., доцент,
професор кафедри кримінального процесу

Одеського державного університету внутрішніх справ

Мандриченко Ж.В., к.ю.н., доцент кафедри кримінального процесу,
детективної та оперативно-розшукової діяльності

Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті авторами було досліджено наявну проблему проведення одних слідчих (розшукових) дій під виглядом інших. Автори ознайомилися з наявною судовою практикою з цього питання, були проаналізовані причини, наслідки таких дій, а також можливі способи для їх усунення. Для цього було досліджено ряд постанов Касаційного кримінального суду Верховного Суду. Внаслідок чого було визначено, що найбільш типовими видами проведення одних слідчих (розшукових) дій під виглядом інших є: проведення фактичного обшуку під виглядом огляду, проведення освідчування під виглядом огляду місця події, проведення поверхової перевірки особи як превентивного поліцейського заходу, в результаті чого фактично здійснюється обшук особи, проведення особистого обшуку під виглядом огляду місця події, проведення огляду місця події не за місцем події.

За підсумками проведеного аналізу судової практики було визначено, що найбільш розповсюдженими причинами проведення одних слідчих (розшукових) дій під виглядом інших є: нормативна (недосконалість регламентації проведення окремих слідчих (розшукових) дій кримінального процесуального закону); організаційна (занадто велика кількість кримінальних проваджень окремих слідчих (розшукових) дій до внесення відомостей до ЄРДР); суб'єктивна (не внесення окремих фактичних обставин проведеної слідчої (розшукової) дії до процесуального документа, яким вона фіксується і відсутність синхронного оформлення (документування) працівникам правоохоронних органів вчинюваних ними процесуальних дій, що призводить до необхідності їх повторного вчинення з їх фіксацією).

Як наслідок під час дослідження судами законності доказів, здобутих під час проведення слідчих (розшукових) дій, які фіксуються під виглядом інших слідчих (розшукових) дій. Вони (докази) обґрунтовано визнаються такими, що отримані з істотним порушенням кримінального процесуального закону, недопустимими й такими, що не можуть бути використані при прийнятті процесуальних рішень.

Ключові слова: слідчий, слідча (розшукова) дія, досудове розслідування, недопустимість доказів, обшук, огляд.

In the article, the authors investigated the existing problem of conducting some investigative (search) actions under the guise of others. The authors familiarized themselves with the available judicial practice on this issue, analyzed the reasons and consequences of such actions, as well as possible ways to eliminate them. For this purpose, a number of decisions of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court were studied. As a result, it was determined that the most typical types of conducting some investigative (search) actions under the guise of others are: conducting an actual search under the guise of an inspection, conducting an study under the guise of an inspection of the scene of the incident, conducting a surface check of a person as a preventive police measure, as a result of which the actual search of a person, conducting a personal search under the guise of an inspection of the scene of the incident, conducting an inspection of the scene of the incident outside of the scene of the incident.

Based on the results of the analysis of judicial practice, it was determined that the most common reasons for conducting some investigative (search) actions under the guise of others are: normative (imperfect regulation of the conduct of certain investigative (search) actions of the criminal procedural law). That requires careful regulation of personal inspection/search and the possibility of conducting separate investigative (search) actions before entering information into the EDPR); organizational (too many criminal proceedings in the investigator's work); subjective (failure to enter individual factual circumstances of the conducted investigative (search) action into the procedural document that records it and the lack of synchronous registration (documentation) by law enforcement officers of the procedural actions performed by them, which leads to the need to repeat them with their fixation).

As a result, during the investigation by the courts of the legality of the evidence obtained during investigative (search) actions, which are recorded under the guise of other investigative (search) actions. They (evidence) are reasonably recognized as having been obtained with a significant violation of the criminal procedural law, inadmissible and as such, which cannot be used in making procedural decisions.

Key words: investigator, investigative (search) action, pre-trial investigation, inadmissibility of evidence, search, inspection.

Досудове розслідування є однією з ключових стадій кримінального провадження, оскільки під час неї не тільки встановлюються обставини передбачені ст. 91 Кримінального процесуального кодексу (далі КПК), але і збираються докази які їх підтверджують або спростовують відповідні обставини. Саме від повноти зібраних доказів залежить подальше просування кримінального провадження, а також перспективи його розгляду у суді. Однак, не тільки достатність доказів впливає на підтвердження у суді висновків, встановлених досудовим розслідування, має значення також і їх допустимість. У судовій практиці непоодинокі випадки, коли під час судового розгляду зібрані докази визнаються недопустимими. Однією з причин визнання зібраних доказів недопустимим є порушення процесуальної форми проведення слідчих (розшукових) дій. Так, щодо порушення процесуальної форми – зазвичай мають місце випадки, коли фактично проводяться одні слідчі (розшукові) дії,

а в протоколі її проведення зазначаються інші. Тобто, орган досудового розслідування, реалізуючи покладені на нього повноваження, не тільки не виконує задачі кримінального провадження, але і фактично їх дискредитує. Оскільки обвинувальні докази, які були зібрані стосовно особи, у підсумку визнаються недопустимими, що може впливати і на повноту обвинувальних доказів у суді, і як наслідок на підсумкове рішення суду внаслідок судового розгляду.

У статті ми вирішили розглянути найтипівші порушення процесуальної форми, які здійснюються шляхом проведення одних слідчих (розшукових) дій під виглядом інших, а також визначити можливі причини такого порушення і запропонувати можливі рішення та засоби для їх усунення. Так серед найтипівших процесуальних підмін, які розповсюджені на практиці варто виділити наступні:

1 Проведення фактичного обшуку під виглядом огляду. Одне з найтипівших порушень процесуаль-

ної форми проведеної слідчої (розшукової) дії, на недопустимість якого вказується у постановках Верховного Суду від 07 червня 2018 року (справа № 740/5066/15-к), від 26 лютого 2019 року (справа № 266/4000/14-к), від 19 березня 2019 року (справа № 380/157/14-к), вказуючи на те, що таким чином нівелюються вимоги судового контролю, передбачені ст. 233, ч. 2 ст. 234 КПК.

Зазвичай у своїх рішеннях суди досліджують фактичні обставини провадження і, вивчаючи особливості проведення слідчої (розшукової) дії, роблять висновок стосовно відповідності виду процесуальної форми, її фіксування з фактичними діями, які вчинялися правоохоронними органами. Так, в наступному кримінальному провадженні суд досліджує мету проведеної слідчої (розшукової) дії, яка відрізняє обшук від огляду: «як убачається з протоколу огляду місця події від 14 листопада 2015 року - автомобіля «BMW 323», єдиною метою цієї слідчої дії було відшукання речей, які мають значення для досудового розслідування і можуть бути доказами під час судового розгляду».

Отже, цей огляд місця події фактично був обшуком, який згідно з приписами ч. 2 ст. 234 КПК проводиться лише на підставі ухвали слідчого судді» [1].

Також судом вказується і на підставі проведення обшуку і огляду: «разом з тим, у матеріалах кримінального провадження відсутні будь-які дані, які б стали підставою для проведення 01 жовтня 2015 року огляду місця події у домоволодінні ОСОБА_2 Натомість відомості про вчинення кримінального правопорушення було внесено до Єдиного реєстру досудових розслідувань лише на наступний день і на підставі даних, отриманих під час вказаного огляду».

За таких обставин, проведений органами досудового розслідування 01 жовтня 2015 року огляд місця події фактично є обшуком, який згідно приписів ч. 2 ст. 234 КПК здійснюється лише на підставі ухвали слідчого судді та після внесення відповідних відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ч. 3 ст. 214 КПК). До постановлення ухвали слідчого судді слідчий, прокурор має право 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» [2].

Також ще однією рисою, яка відрізняє обшук від огляду, на яку вказує суд – можливість досліджувати закриті, приховані або скриті речі або об'єкти: «крім того, як свідчать матеріали провадження, під час цієї слідчої дії відкривалися панелі розташовані на стелі, оглядалися вбудовані у стіну шафки та інші меблі, що є ознакою обшуку. Тому за обставин цієї справи Суд погоджується із висновками місцевого суду про те, що проведений органами досудового розслідування 29 липня 2014 року огляд місця події фактично є обшуком» [3].

Наслідком вказаних висновків судів є визнання отриманих доказів недопустимими: «враховуючи неможливість покладення зазначених доказів в основу судового рішення, через їх недопустимість, Верховний Суд вважає, що у цьому кримінальному провадженні достатніми доказами поза розумним сумнівом не доведено винуватості ОСОБА_1 у вчиненні інкримінованого йому злочину, а висновки судів першої та апеляційної інстанцій ґрунтуються фактично на недопустимих доказах» [1]. «Оскільки з зазначеним клопотанням до слідчого судді прокурор, слідчий не звертались, тому згідно з ч. 3 ст. 233 КПК встановлені внаслідок такої слідчої дії докази є недопустимими й не можуть бути використані при прийнятті процесуальних рішень» [2].

Щодо можливих причин вищезазначеної «підміни» варто виділити:

- певну схожість між обшуком та оглядом, що свідчить про необхідність нормативного закріплення їх характерних ознак та різниці між ними;

- наявність судового контролю у разі проведення обшуку, який може займати значний час, що може призвести до втрати тактичної ініціативи як слідчого, так і переміщення предметів, які необхідно було знайти, хоча законодавець і передбачив у ч. 3 ст. 233 КПК особливий порядок отримання дозволу стосовно проведення обшуку - уже після його фактичного проведення;

- завантаженість слідчого, якому після проведеного фактичного обшуку може не вистачити часу для звернення до слідчого судді;

- намагання слідчого відповідати вимогам процесуального закону щодо того, що до внесення даних до ЄРДРУ можливе проведення лише огляду місця події.

Звертаємо увагу на те, що навіть у випадку, якщо огляд місця події під фактично трансформувався в обшук, нормативно у слідчого наявна можливість після його проведення у рамках ч.3 ст. 233 КПК звернутися до слідчого судді для отримання дозволу на проведення обшуку.

2 Проведення освідування під виглядом огляду місця події. Так, оцінюючи наявний протокол огляду місця події, суд зазначив, що «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 документній огляду дозволяється вилучення лише речей і документів, які мають значення для кримінального провадження».

Зокрема, з матеріалів кримінального провадження убачається, що під час огляду місця події було зроблено змиви з рук ОСОБА_1 та в подальшому проведено експертизу. Тобто, працівниками поліції змиви з рук ОСОБА_1 були зроблені без дотримання вимог ст. ст. 237, 241 КПК України, як про це обґрунтовано зазначає захисник у касаційній скарзі. З урахуванням зазначеного, суд вважає, що наведене є істотними порушеннями кримінального процесуального закону» [4].

Щодо можливих причин вищезазначеної «підміни» варто виділити наступні:

- складність та комплексність проведеної дії працівниками поліції, оскільки зазвичай змиви з рук використовують в ході контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту. Така комплексність проведення процесуальних дій може викликати неправильне розуміння щодо правильного їх фіксування;

- намагання слідчого відповідати вимогам процесуального закону щодо того, що до внесення даних до ЄРДРУ можливе проведення лише огляду місця події;

- відсутність постанови прокурора стосовно проведення освідування, а також відсутність законодавчо-визначеної можливості його отримати після проведеного освідування та відсутність прокурора під час проведення процесуальних дій.

3 Проведення поверхової перевірки особи як превентивного поліцейського заходу, в результаті чого фактично здійснюється обшук особи. Особливість даної «підміни» полягає в тому, що законодавчо не визначений порядок проведення огляду/обшуку особи, а кримінальний процесуальний закон містить лише декілька згадок про особистий обшук та обшук особи в контексті затримання особи і проведення обшуку особи під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, однак кримінальний процесуальний закон не містить детальної регламентації їх проведення.

Так, у судовій практиці зазначається наступне: «зокрема, оцінюючи як доказ протокол огляду місця події, згідно з яким у ОСОБА_2 вилучено психотропну речовину, суди першої та апеляційної інстанцій встановили,

що були істотно порушені вимоги кримінального процесуального закону. Так, при проведенні вказаної слідчої дії не дотримані вимоги статті 34 ЗУ «Про національну поліцію», якими передбачено, що 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. Поліцейський для здійснення поверхневої 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 осіб.

Під час проведення огляду місця події психотропну речовину слідчий виявив та вилучив з-під внутрішньої сторони поясу шортів ОСОБА_2, що не узгоджується з зазначеними вище вимогами закону щодо порядку проведення поверхневого огляду особи. Крім того, до ОСОБА_2 під час слідчої дії були застосовані спеціальні засоби, а в подальшому він був доставлений працівниками правоохоронних органів до відділу поліції, що з огляду на вимоги ст.ст.209, 210 КПК України, свідчить про те, що ОСОБА_2 фактично був затриманий уповноваженою службовою особою. Однак, у матеріалах провадження відсутній відповідний протокол затримання ОСОБА_2, складений згідно зі ст. 208 КПК України. Отже, встановлені судом фактичні обставини справи свідчать про те, що психотропна речовина була вилучена у ОСОБА_2 не під час огляду, а саме під час його затримання та обшуку, які проведені з порушенням вимог ст.ст. 207, 208, 223, 236 КПК України» [5].

Щодо можливих причин вищезазначеної «підміни» варто виділити наступні:

- відсутність детальної регламентації порядку проведення (особистого) обшуку/огляду особи;
- можливо поверхнева перевірка в ході її проведення трансформувалась в особистий обшук, однак це жодним чином не було відображено в жодному процесуальному документі.

4 Особистий обшук під виглядом огляду місця події.

Стосовно цього виду «підміни» однієї слідчої (розшукової) дії іншої, у судовій практиці зазначається наступне: «згідно зі ст. 209 КПК 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 вбачається із матеріалів кримінального провадження затримання ОСОБА_1 в порядку ст.208 КПК не проводилося, протокол затримання його працівниками поліції не складався, а отже, фактичний обшук ОСОБА_1 був проведений із грубим порушенням норм КПК.

На підставі наведеного суд першої інстанції прийшов до висновку, що слідчий всупереч вимогам закону до внесення відомостей про вчинене ОСОБА_1 кримінальне правопорушення до ЄРДР, фактично здійснив слідчу дію - особистий обшук ОСОБА_4, його одягу та речей при ньому, під час якого у нього було вилучено речовину рослинного походження.

Суд першої інстанції звернув увагу на відсутність належного процесуального оформлення затримання ОСОБА_4 та вилучення в нього речовини» [6]. Досить суперечливими є висновку суду, так, спочатку вказується на необхідності належним чином оформлювати затримання особи і її обшук, а потім зазначається про недопустимість здійснювати особистого обшуку до внесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення особою до ЄРДР.

Також незрозумілим є наступний висновок суду: «При цьому в судовому засіданні ОСОБА_1 підтвердив, що виявлену порохоподібну речовину він сам дістав з сумки. Жодних даних про те, що працівниками поліції

вживались активні дії для вилучення з сумки засудженого будь-яких речей матеріали справи не містять. Враховуючи викладене, колегія суддів вважає необґрунтованими доводи касаційної скарги про те, що працівниками поліції фактично було проведено не огляд місця події, а обшук ОСОБА_1» [7]. Так, з цього висновку вбачається, що особа та наявні у неї в кишенях/сумці речі є місцем, в контексті кримінального провадження, місцем події. Що явно не узгоджується з положеннями Конституції України, яка декларує, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю.

«Суд з'ясував, що слідчий, всупереч вимогам закону, до внесення відомостей про вчинене ОСОБА_1 кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань, фактично здійснив слідчу дію - особистий обшук одягу та речей ОСОБА_1, під час якого у нього було вилучено речовину рослинного походження та предмети, схожі на патрони і задля надання такої дії видимості законності, вона була оформлена протоколом огляду місця події.

Крім того, суд встановив, що затримання ОСОБА_1 в порядку ст. 208 КПК України не проводилося, протокол його затримання не складався, а отже, фактичний обшук був проведений з грубим порушенням вимог кримінального процесуального закону, оскільки днем затримання ОСОБА_1 є 08 лютого 2016 року.

Враховуючи, що при здійсненні огляду місця події 04 лютого 2016 року, яким було вказано в протоколі ділянку місцевості поблизу домоволодіння АДРЕСА_1, слідчий фактично провів особистий обшук ОСОБА_1 та таким чином порушив вимоги кримінального процесуального закону, якими не передбачено повноважень здійснення такої слідчої дії до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, суд дійшов висновку про те, що такими діями працівників правоохоронних органів порушено засади законності кримінального провадження, визначені ст. 9 КПК України» [8].

Також варто зазначити, що незважаючи на фактичне виявлення у обвинуваченої особи предмета кримінального правопорушення – порушення процесуального порядку збору доказів призвели до визнання їх недопустимими: «колегія суддів погоджується з висновком суду першої інстанції про недопустимість таких доказів, з огляду на положення статей 86, 87 КПК України та вважає, що у зв'язку з зазначеним, суд дійшов обґрунтованого висновку про недоведеність вчинення кримінальних правопорушень ОСОБА_1» [8].

Щодо можливих причин вищезазначеної «підміни» варто виділити наступні:

- відсутність однозначного законодавчого закріплення можливості проведення (особистого) огляду/обшуку особи до внесення відомостей до ЄРДР.

5 Проведення огляду місця події не за місцем події.

«Також суд апеляційної інстанції слушно зауважив про те, що судом у вирокі зроблено правильний висновок про недопустимість протоколу огляду місця події від 12 березня 2015 року, який відбувся не за місцем збуту наркотичної речовини, а у дворі відділу поліції, куди ОСОБА_2 прибув добровільно, кошти у ОСОБА_2 вилучались, повертались та знову вилучались і повторно оглядалися уже в присутності понятих, а тому висновки експерта в цій частині також правильно судом визнано недопустимими. Доказів, які би спростували висновки суду, прокурором не надано» [9].

«При цьому не залишилось поза увагою суду і те, що зазначений протокол оформлений без дотримання вимог ст.104 КПК України. Зокрема слідчим не внесено відомості щодо всіх осіб, які були присутні при проведенні слідчої дії, а також щодо характеристики пристрою, за допомогою якого здійснювався відеозапис. Крім того, у протоколі зазначено, що огляд ОСОБА_2 проведено на

відкритій місцевості, тоді як судом встановлено, що слідча дія фактично була проведена в салоні автомобіля» [10].

«Суд першої інстанції з'ясував, що обвинувачення ОСОБА_1 за ч. 2 ст. 309 КК ґрунтується на доказах, отриманих у результаті проведення огляду місця події від 06.07.2016 року, відповідно до якого огляд місця події проведено у приміщенні службового кабінету Лиманського відділення поліції Слов'янського ВП ГУ НП України в Донецькій області.

У матеріалах кримінального провадження відсутні будь-які дані, які б стали підставою для проведення огляду місця події у приміщенні службового кабінету Лиманського відділення поліції Слов'янського ВП ГУ НП України. Натомість, відомості про вчинення кримінального правопорушення було внесено до ЄРДР лише після проведення огляду місця події та на підставі даних, отриманих в результаті проведення такого огляду» [11].

Щодо можливих причин вищезазначеної «підміни» варто виділити наступні:

- відсутність синхронного оформлення (документування) працівникам правоохоронних органів вчинюваних ними процесуальних дій;
- не внесення окремих фактичних обставин огляду місця події до протоколу.

Підсумовуючи, варто вказати, що найбільш розповсюдженими причинами проведення одних слідчих (розшукових) дій під виглядом інших є: нормативна (недосконалість регламентації проведення окремих слідчих (розшукових) дій кримінального процесуального закону), що потребує ретельної регламентації особистого огляду/обшуку та можливості проведення окремих слідчих (розшукових) дій до внесення відомостей до ЄРДР; організаційна (занадто велика кількість кримінальних проваджень в роботі у слідчого); суб'єктивна (не внесення окремих фактичних обставин проведеної слідчої (розшукової) дії до процесуального документа, яким вона фіксується і відсутність синхронного оформлення (документування) працівникам правоохоронних органів вчинюваних ними процесуальних дій, що призводить до необхідності їх повторного вчинення з їх фіксацією).

Як наслідок, під час дослідження судами законності доказів, здобутих під час проведення слідчих (розшукових) дій, які фіксуються під виглядом інших слідчих (розшукових) дій. Вони (докази) обґрунтовано визнаються такими, що отримані з істотним порушенням кримінального процесуального закону, недопустимими й такими, що не можуть бути використані при прийнятті процесуальних рішень.

ЛІТЕРАТУРА

1. Постанова Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 03.06.2020 року, судова справа № 753/4091/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89763176>;
2. Постанова Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 07.06.2018 року, судова справа № 740/5066/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74598730>;
3. Постанова Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 26.02.2019 року, судова справа № 266/4000/14-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80304896>;
4. Постанова Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 19.03.2020 року, судова справа № 127/3712/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88401701>;
5. Постанова Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12.04.2018 року, судова справа № 758/13581/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73469622>;
6. Постанова Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 05.02.2019 року, судова справа № 236/2029/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79684896>;
7. Постанова Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 07.10.2020 року, судова справа № 712/15985/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92137203>;
8. Постанова Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 31.05.2018 року, судова справа № 236/439/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74475940>;
9. Постанова Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 21.03.2019 року, судова справа № 127/12150/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80681509>;
10. Постанова Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12.04.2018 року, судова справа № 758/13581/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73469622>;
11. Постанова Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 05.02.2019 року, судова справа № 236/2029/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79684896>.