

НА ДОПОМОГУ ПРАКТИКУЮЧИМ ЮРИСТАМ

НАУКОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ТЛУМАЧЕННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

У листі заступника Генерального прокурора України від 26 вересня 2016 р. № 12/2–230 вих. –16 ставиться питання про надання фахової оцінки початку досудового розслідування (реєстрація заяв та повідомлень про злочин, внесення відомостей до ЄРДР); передачу проваджень за підслідністю; визначення належних суб'єктів прийняття тих чи інших процесуальних рішень; визначення доказів недопустимими тощо. Слід зазначити про значний обсяг питань, на які необхідно надати фахові відповіді, але їх суть зводиться до етапу початку досудового розслідування, правил зміни підслідності та вплив зазначених обставин на визнання доказів недопустимими. Завдяки цьому поставлені питання можна об'єднати на три групи: питання початку досудового розслідування, визначення підслідності та питання визнання доказів недопустимими.

На підставі проведеного системного та порівняльного аналізу норм кримінального процесуального законодавства, а також наукових джерел, присвячених дослідженню поставлених у листі питань, вважаємо наступне.

Чинним КПК України запроваджено низку нових інститутів кримінального провадження та внесено численні зміни до окремих інститутів, зокрема, значні зміни стосуються початкового етапу здійснення досудового розслідування. Особливої значущості у кримінальному провадженні в умовах реформування кримінальної юстиції та соціально-економіч-

ної кризи в нашій державі набуває право особи на звернення із заявою про кримінальне правопорушення та її розгляд у встановленому КПК України порядку.

Одним із найбільш дискусійних і проблемних питань, що виникає як серед науковців, так і в практичній діяльності, є питання про приводи та підстави початку досудового розслідування, що пов'язано зі скасуванням КПК України 2012 р. стадії порушення кримінальної справи та неоднозначним тлумаченням положень ст. 214 КПК України «Початок досудового розслідування».

Для початку досудового розслідування правова доктрина та чинний КПК України передбачають відповідні приводи та підстави. Під приводами слід розуміти передбачене КПК України джерело, з якого уповноважені суб'єкти кримінального провадження отримують відомості про обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, що є підставами для формування у слідчого, прокурора внутрішнього переконання для внесення таких відомостей до ЄРДР та про необхідність початку досудового розслідування. Приводами для початку кримінального провадження є заява або повідомлення про обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення або самостійне виявлення слідчим чи прокурором з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Відповідно до частини першої ст. 60

КПК України заявником у кримінальному провадженні може бути фізична або юридична особа, яка звернулася із заявою або повідомленням про кримінальне правопорушення до органу державної влади, уповноваженого розпочати досудове розслідування, і не є потерпілим.

Відповідно до частини першої ст. 214 КПК України слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування. Досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, Положення про порядок ведення якого затверджено 06 квітня 2016 року № 139. В ідеалі досудове розслідування розпочинається (повинне розпочинатися) в момент встановлення факту наявності приводів та підстав до цього.

Саме тому за наявності відповідних підстав для початку досудового розслідування законодавець пов'язує момент початку розслідування: «невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення слідчим, прокурором з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення». Прямої вказівки на підстави для початку досудового розслідування чинне законодавство не містить, однак відповідно до частини шостої ст. 214 КПК України слідчий повинен у письмовій формі повідомити керівника органу прокуратури про підставу для початку досудового розслідування, тобто про обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення.

Обставинами, що можуть свідчити про кримінальне правопорушення, тобто підставою до початку досудового

розслідування, є ознаки кримінального правопорушення та ознаки складу самого кримінального правопорушення. На нашу думку, для початку досудового розслідування необхідна така мінімальна кількість ознак: суспільна небезпечність і протиправність як ознака правопорушення; об'єкт і об'єктивна сторона як ознака складу правопорушення. Крім того, підстави для початку досудового розслідування є оціночною категорією, оскільки визначаються слідчим чи прокурором у залежності від фактичних даних, що містяться у відповідних приводах до початку досудового розслідування, й ознак самого правопорушення та його складу. Зазначене питання вирішується в кожному конкретному випадку слідчим чи прокурором залежно від характеру кримінального правопорушення, його особливостей та обставин вчинення.

Слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Відмова у прийнятті та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення не допускається (ч. 4 ст. 214 КПК України).

Згідно з пунктом 1.2 розділу II Положення про порядок ведення ЄРДР в редакції від 06 квітня 2016 року № 139, відомості про кримінальне правопорушення, викладені у заяві, повідомленні чи виявлені з іншого джерела, повинні відповідати вимогам пункту 4 частини п'ятої ст. 214 КПК України, зокрема, мати короткий виклад обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення.

З метою уникнення затягування початку досудового розслідування внаслідок тих чи інших причин законодавець у ст. 214 КПК України передбачає обов'язок слідчого своєчасно внести відомості про кримінальне правопорушення до ЄРДР та розпочати проведення досудового розслідування, провести всі можливі та необхідні слідчі (розшукові)

дії до моменту, доки прокурор не визнає іншу підслідність (ч. 2 ст. 218 КПК).

Про початок досудового розслідування кримінальних правопорушень, які слідчому не підслідні, останній доводить до відома прокурора у повідомленні про початок досудового розслідування. Ознайомившись зі змістом повідомлення та виявивши факт розслідування слідчим кримінального правопорушення, яке не віднесено до його підслідності, прокурор виносить постанову про визначення територіальної підслідності, у якій зазначає відомості про: обставини кримінального провадження; орган досудового розслідування, якому відповідно до ст. 216 КПК України підслідне розслідування даного кримінального правопорушення; місце проведення досудового розслідування та слідчий підрозділ, уповноважений здійснити кримінальне провадження. Відомості, зазначені у постанові прокурора про визначення територіальної підслідності, заносяться до ЄРДР.

Таким чином, вищезазначене свідчить про те, що порушення територіальної чи предметної підслідності при зверненні із заявою або повідомлення про кримінальну відповідальність не є підставою для відмови у її прийнятті та реєстрації.

Відповідно до Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах поліції заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події від 06 листопада 2015 року уповноважений працівник чергової частини органу поліції, отримавши заяву (повідомлення) про вчинене кримінальне правопорушення та іншу подію, відразу реєструє її (його) в журналі ЄО та направляє на місце події слідчо-оперативну групу чи групу реагування, а інформацію, яка надійшла до чергової частини органу поліції, про вчинене кримінальне правопорушення та іншу подію на території обслуговування іншого органу поліції уповноважений працівник чергової частини відразу реєструє в журналі ЄО та невідкладно інформує про це той орган, на території оперативного обслуговування якого мала місце така

подія. Матеріали про вчинення правопорушення, що містить ознаки кримінального, заборонено передавати до іншого органу поліції без реєстрації в журналі ЄО та внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Таким чином, законодавець на початковому етапі досудового розслідування не передбачає можливості не приймати та не реєструвати заяви й повідомлення про кримінальні правопорушення та перенаправляти їх за підслідністю без внесення відомостей до ЄРДР.

Слід зазначити, що ані Положення про порядок ведення ЄРДР в редакції від 06 квітня 2016 року № 139, ані Інструкція про порядок ведення єдиного обліку в органах поліції заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події від 06 листопада 2015 року не містять виключень із загального правила прийняття, реєстрації заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення, внесення відомостей до ЄРДР про скоєне правопорушення, ознаки якого дають підставу віднести його, відповідно до частини п'ятої ст. 216 КПК України, до підслідності Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ). Крім того, однією з проблем, з якою зіткнулися правозастосовники, є необхідність внесення до ЄРДР попередньої правової кваліфікації кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність.

Реєстрація усіх без виключення повідомлень здійснюється уповноваженою особою, реєстраторами реєстру. Відповідно до частини дев'ятої пункту 1 параграфу I Положення про порядок ведення ЄРДР реєстраторами реєстру є: прокурори, у тому числі керівники прокуратур; керівники органів досудового розслідування; слідчі органів прокуратури, поліції, безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, та органів Державного бюро розслідувань; детективи підрозділів детективів та внутрішнього контр-

олю Національного антикорупційного бюро України, уповноважені здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень.

Відповідно частини четвертої ст. 214 КПК України слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Відмова у прийнятті та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення не допускається.

Таким чином, ст. 214 КПК України не свідчить про те, що виключно детективи НАБУ та прокурори Спеціалізованої антикорупційної прокуратури (далі – САП) уповноважені приймати та реєструвати заяви та повідомлення про злочин з формальними ознаками підслідності НАБУ, а реєстрація слідчими та прокурорами інших органів є незаконною.

Слідчий, який здійснюватиме досудове розслідування після внесення відповідних відомостей до ЄРДР, визначається керівником органу досудового розслідування. Крім того, слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Відмова у прийнятті та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення не допускається. Слідчий невідкладно у письмовій формі повідомляє керівника органу прокуратури про початок досудового розслідування, підставу початку досудового розслідування та інші відомості, передбачені частиною п'ятою ст. 214 КПК України. Якщо відомості про кримінальне правопорушення до ЄРДР внесені прокурором, він зобов'язаний невідкладно, але не пізніше наступного дня, з дотриманням правил підслідності передати наявні у нього матеріали до органу досудового розслідування та доручити проведення досудового розслідування.

Відповідно до ст. 216 КПК України детективи НАБУ здійснюють досудове розслідування злочинів, передбачених статтями 191, 206–2, 209, 210, 211, 354 (стосовно працівників юридичних осіб публічного права), 364, 366–1, 368, 368–2, 369, 369–2, 410 Кримінального кодексу України, якщо наявна хоча б одна з умов щодо спеціального суб'єкта вчиненого злочину чи розміру предмета вчиненого злочину або завданої ним шкоди.

Відповідно до частини дев'ятої ст. 218 КПК України, якщо під час досудового розслідування буде встановлено інші злочини, вчинені особою, щодо якої ведеться досудове розслідування, або іншою особою, якщо вони пов'язані із злочинами, вчиненими особою, щодо якої ведеться досудове розслідування, і які не підслідні тому органу, який здійснює у кримінальному провадженні досудове розслідування, прокурор, який здійснює нагляд за досудовим розслідуванням, у разі неможливості виділення цих матеріалів в окреме провадження своєю постановою визначає підслідність всіх цих злочинів.

Згідно з частиною п'ятою ст. 218 КПК України спори про підслідність вирішує керівник органу прокуратури вищого рівня. Спир про підслідність у кримінальному провадженні, яке може належати до підслідності НАБУ, вирішує Генеральний прокурор України або його заступник.

Тобто, системно проаналізувавши дані норми КПК України, ми можемо дійти висновку, що перешкод, для внесення відомостей до ЄРДР про правопорушення з формальними ознаками підслідності НАБУ немає, адже у ст.ст. 216, 218 КПК України не йдеться мова про заборону розпочинати провадження в яких є формальні ознаки підслідності НАБУ, а, навпаки, ст. 214 КПК України зобов'язує слідчого та прокурора внести відомості до ЄРДР, з подальшим переданням матеріалів відповідно до вимог підслідності.

Відповідно до частини другої ст. 218 КПК України якщо слідчому із заяви, повідомлення або інших джерел стало відомо про обставини, які можуть свідчити про

кримінальне правопорушення, розслідування якого не віднесене до його компетенції, він проводить розслідування доти, доки прокурор не визначить іншу підслідність. Слід зазначити, що чинний КПК України не передбачає чіткого процесуального порядку заміни прокурора у зв'язку із передачею кримінального провадження іншому органу досудового розслідування.

У зазначеному випадку може мати місце передача кримінального провадження до НАБУ будь-яким прокурором (процесуальним керівником), якщо підслідність за НАБУ є очевидною і не виникає спір про підслідність.

Якщо у такому кримінальному провадженні виникає спір про підслідність, він вирішується відповідно до частини п'ятої ст. 218 КПК України керівником органу прокуратури вищого рівня. Спір про підслідність у кримінальному провадженні, яке може належати до підслідності НАБУ, вирішує Генеральний прокурор України або його заступник.

Слід зазначити, що підслідність за НАБУ є виключною і відповідно до частини п'ятої ст. 214 КПК України забороняється доручати здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення, віднесеного до підслідності НАБУ, іншому органу досудового розслідування.

Щодо питання про можливість керівника САП право призначати себе особисто процесуальним керівником у кримінальному провадженні слід зазначити наступне. Питання призначення прокурора у конкретному кримінальному провадженні регулюється ст. 37 КПК України, відповідно до якої прокурор, який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, визначається керівником відповідного органу прокуратури після початку досудового розслідування. Для кримінального процесу є характерний принцип участі єдиного прокурора від його початку до завершення кримінального провадження. Винятками із зазначеного правила є положення частин

четвертої та п'ятої ст. 36 КПК України, частини третьої ст. 313 КПК України, частини другої ст. 341 КПК України, згідно з якими заміна прокурора можлива лише керівником органу прокуратури.

На нашу думку, ст. 37 КПК України не зазначає конкретний перелік випадків, за яких керівник органу прокуратури, в тому числі САП, може призначити себе процесуальним керівником у кримінальному провадженні, а також не містить заборони керівнику САП визначити самого себе особисто процесуальним керівником у провадженні. У випадку необхідності заміни процесуального керівника в особі керівника САП у випадках передбачених частинами четвертою та п'ятою ст. 36 КПК України, частиною третьою ст. 313 КПК України, частиною другою ст. 341 КПК України така заміна буде здійснена прокурором вищого рівня, а саме, як визначає частина п'ята ст. 8–1 Закону України «Про прокуратуру», Генеральним прокурором України або його заступником.

З питання про визнання недопустимими доказів, зібраних у кримінальному провадженні з ознаками підслідності НАБУ, іншими, крім НАБУ, органами, які діяли в межах передбачених КПК України повноважень можемо зазначити наступне.

Відповідно до частини другої ст. 19 Конституції України державні органи та їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Законодавець визначає вичерпний перелік злочинів підслідних НАБУ (ч. 5 ст. 216 КПК України). Питання підслідності, об'єднання і виділення матеріалів досудового розслідування, а також місця проведення досудового розслідування та вирішення спорів про підслідність кримінальних проваджень визначені ст.ст. 216–218 КПК України.

Доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому КПК України, а недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього

не може посилатися суд при ухваленні судового рішення (ч. 1, 2 ст. 86 КПК України). Частиною першою ст. 87 КПК України регламентовано питання визнання доказів недопустимими у разі, якщо їх отримано після початку кримінального провадження шляхом реалізації органами досудового розслідування чи прокуратури своїх повноважень, передбачених КПК України, для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень. З формальної точки зору, органи прокуратури України, діючи з порушенням правил підслідності у випадку взяття на себе проведення досудового розслідування корупційних правопорушень замість НАБУ, виходять за межі передбачених КПК України повноважень. Зазначене опосередковано вказує на недопустимість доказів, отриманих з порушенням правил підслідності. Разом з тим необхідно пам'ятати про те, що оцінку кожного доказу з точки зору його допустимості вправі здійснювати лише суд і, при цьому, жоден доказ не має наперед встановленої сили.

Допустимість доказів є однією з визначальних передумов забезпечення права на справедливий судовий розгляд, встановленого ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Поряд з цим, у рішенні «Кривецька та Кривецький проти України» (п. 43), «Волохи проти України» Суд вдався до тлумачення категорії «згідно із законом» та дійшов висновку про те, що його основу становить наявність підстав відповідної дії у національному законодавстві. Натомість, у ході оцінки допустимості доказів суд повинен брати до уваги значення доказу в стратегії обвинувачення, де важливість доказу є прямопропорційною його недопустимості за наявності відповідних підстав.

Вищевикладене у своїй сукупності дозволяє дійти висновку про недопустимість доказів, одержаних з порушенням установлених кримінальним процесуальним законом правил підслідності. При цьому, здійснення досудового розслідування неуповноваженими органа-

ми та їх посадовими особами є прямим порушенням загальних засад законності та верховенства права. Вказані випадки категорично не можуть мати місця у правовій державі, підлягають вирішенню законними методами, а фактори, що їм сприяють – негайному усуненню.

У той же час такий категоричний висновок, на нашу думку, є передчасним, якщо здійснити аналіз підслідності не з формального, а змістовного наповнення. У частині третій ст. 87 КПК України зазначено про реалізацію повноважень органами досудового розслідування та прокурором, що не передбачені КПК України і, на нашу думку, посилення виключно на ст. 216 КПК України в цьому аспекті є недостатнім. У статті 216 КПК України дається визначення підслідності, в тому числі виключної підслідності за НАБУ, і законодавець в ній не визначає конкретні повноваження органів досудового розслідування. На нашу думку, в цьому випадку необхідно керуватися ст.ст. 38–40, Главами 20, 21 КПК України, які передбачають повноваження слідчого, керівника органу досудового розслідування та прокурора під час здійснення ними своїх повноважень в конкретному кримінальному провадженні, в тому числі і при проведенні слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій. Крім того, частина п'ята ст. 36 КПК України визначає право Генерального прокурора та інших прокурорів своєю мотивованою постановою доручити здійснення досудового розслідування будь-якого кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування в разі здійснення неефективного досудового розслідування, за виключенням кримінальних правопорушень, підслідних НАБУ.

Як було вже зазначено, складність у правозастосуванні норм КПК України щодо початкового етапу досудового розслідування виникає в тих випадках, коли необхідно внести до ЄРДР відомості про попередню правову кваліфікацію кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України

про кримінальну відповідальність. Крім того, по деяких кримінальних правопорушеннях неможливо взагалі зробити попередню кваліфікацію, оскільки відсутня достатня кількість даних для того, щоб можна було зробити висновок про те, який же конкретно злочин вчинений, визначити спеціального суб'єкта його вчинення чи встановити розмір шкоди. Отже, необхідним є запровадження певного періоду, протягом якого слідчий зможе перевірити отриману інформацію. Але, у кримінальному провадженні може виникнути необхідність провести невідкладні слідчі (розшукові) дії чи здійснити повідомлення про підозру затриманій особі в стислі терміни (ч. 2 ст. 278 КПК України). Очевидно, що у зазначених випадках вести мову про зміну підслідності є недоречним, оскільки це може призвести до втрати доказів у кримінальному провадженні.

Відповідно до частини другої ст. 218 КПК України після початку досудового розслідування, якщо слідчому стане відомо про обставини, що можуть свідчити про кримінальне правопорушення, розслідування якого не віднесене до його компетенції, він проводить розслідування доти, доки прокурор не визначить іншу підслідність. Таким чином, виключно до повноважень процесуального керівника відноситься визначення підслідності кримінального правопорушення. Проте, чинний КПК України не визначає процесуального порядку та строків розгляду питань, які пов'язані зі зміною підслідності прокурором та передачі таких кримінальних проваджень для проведення досудового розслідування іншими органами досудового розслідування. На сьогоднішній день зазначене питання вирішується самостійно процесуальним керівником на підставі свого внутрішнього переконання. Зазначене свідчить про необхідність на законодавчому рівні удосконалити правову регламентацію порядку зміни підслідності з урахуванням виключних повноважень прокурора з цих питань.

Крім того, зміна кваліфікації кримінального провадження в повідомленні

про підозру має наслідком зміну раніше повідомленої підозри відповідно до частини першої ст. 279 КПК України. Однак, зміна раніше повідомленої підозри не має наслідком визнання раніше отриманих доказів недопустимими відповідно до ст. 87 КПК України. Таким чином, можна зробити узагальнений висновок про те, що для визначення підслідності має значення кваліфікація кримінального правопорушення (попередня чи остаточна), яка може бути зазначена в ЄРДР чи в інших процесуальних документах (повідомлення про підозру) під час проведення досудового розслідування. Саме тому вирішення питання про визнання доказів недопустимими, які зібрані у кримінальному провадженні з ознаками підслідності НАБУ іншим органом досудового розслідування, який діяв в межах передбачених КПК України, буде вирішуватись судом в кожному конкретному провадженні з урахуванням усіх обставин кримінального провадження.

Слід зазначити, що наукова оцінка наведеної практичної ситуації, що надається, не є підставою для проведення юридично-значимих дій та прийняття правозастосовчих рішень, оскільки являє собою результат доктринального тлумачення положень кримінального процесуального законодавства і не є актом офіційного тлумачення.

Погорецький М. А.,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки,
завідувач кафедри правосуддя
юридичного факультету
Київського національного
університету імені Тараса Шевченка

Гринюк В. О.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри правосуддя
юридичного факультету
Київського національного
університету імені Тараса Шевченка