

ОЗНАКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ ЯК ПІДСТАВА ВІДКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ



О. В. Стельмашук

здобувач, юридичний факультет
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

Згідно з пунктом 1 частини 2 статті 36 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) прокурор, а згідно з п. 1 ч. 2 ст. 40 КПК України – слідчий уповноважені починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених цим Кодексом. Про його початок та підставу слідчий зобов'язаний невідкладно у письмовій формі повідомити прокурора й згідно з ч. 6 ст. 214 КПК України. Однак офіційне визначення цих підстав у КПК України відсутнє.

Що ж до наявних орієнтирів у цих питаннях, то відповідно до ст. 25 КПК України такою підставою є: або безпосереднє виявлення ознак кримінального правопорушення, або надходження заяви (повідомлення) про його вчинення, а згідно з ч. 1 ст. 214 КПК України нею є або подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне

правопорушення, або самостійне виявлення з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про його вчинення. Проте, якщо врахувати, що поняття «ознаки кримінального правопорушення» і «обставини, що можуть свідчити про його вчинення» не є ідентичними (тотожними), то очевидно, що ці «орієнтири» суперечать один одному. Зазначені недоліки зумовлюють необхідність власного тлумачення цих понять суб'єктами правозастосування, а тому спричиняють хибні теоретичні висновки та помилки у практиці правозастосування.

З урахуванням цього, метою нашої статті є аналіз такої передбаченої КПК України підстави відкриття кримінального провадження, як «безпосереднє виявлення ознак кримінального правопорушення», та внесення пропозицій, спрямованих на вдосконалення орієнтирів у його розумінні.

Отже, згідно зі ст. 25 КПК України, з метою реалізації принципу публічності, що нею закріплений, прокурор, слідчий зобов'язані в межах своєї компетенції розпочати досудове розслідування в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення (за винятком випадків, коли кримінальне провадження може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого) або в разі надходження заяви (повідомлення) про вчинення кримінального правопорушення, вжити всіх передбачених законом заходів для встановлення події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила [1].

Про важливість цієї вимоги свідчить те, що хоча принцип публічності у раніше чинному процесуальному законодавстві України офіційно не проголошувався, фактично вона впливала зі змі-

сту як ст. 3 Основ кримінального судочинства [2, с. 21], так і ст. 4 КПК 1960 р., які зобов'язували уповноважені органи порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину, вжити всіх передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання [3]. Безпосереднє виявлення ними «ознак злочину» визнавалось одним із приводів порушення кримінальної справи і п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК України. Не випадково багато прихильників саме такого підходу було й серед учених [4, с. 282; 5, с. 90].

Тобто у цьому аспекті традиційні підходи до розв'язання означеної проблеми у чинному КПК України збережені й до певної міри розвинуті. А це означає, що для прокурора та слідчого наявність вимог ст. 25 КПК України є перевіреним часом, з одного боку, – незалежним від їхнього власного розсуду обов'язком, а з іншого – процесуальною підставою для вжиття всіх передбачених законом заходів для встановлення факту кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила. Такими заходами, як і раніше, є відкриття кримінального провадження і проведення відповідного розслідування.

Проте у цьому контексті насамперед привертає увагу те, що поняття «кримінальне правопорушення», яке введене чинним КПК України, на законодавчому рівні не визначене. Зрозуміло, що не визначені і його ознаки. Як наслідок, замість ознак кримінального правопорушення і при ухваленні рішення про відкриття кримінального провадження, і при занесенні його до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) уповноважені особи за аналогією орієнтуються на ознаки злочину, хоча згідно з п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК України поняття «кримінальне правопорушення» охоплює і поняття

«злочин», і поняття «кримінальний проступок», яке на законодавчому рівні не визначене також.

Більше того, те, що ці поняття не визначені у КПК України, закономірно, оскільки вони є предметом визначення закону про кримінальну відповідальність, проте у Кримінальному кодексі України (далі – КК України) [6] вони не використовуються взагалі, оскільки всі його норми зорієнтовані на поняття «злочин». Як наслідок, у практиці правозастосування відбувається підміна понять, що неприпустимо, оскільки суперечить загальновідомій методологічній настанові, згідно з якою, поки поняття, що є предметом кримінального права, не буде визначеним у законі про кримінальну відповідальність, його використання в інших галузях права є безпідставним. І на це справедливо вже зверталася увага вчених [7, с. 166].

Якщо ж означений теоретико-правовий нюанс залишити поза увагою і при визначенні підстав для відкриття кримінального провадження за аналогією орієнтуватися на поняття «злочин», то слід брати до уваги, що згідно з ч. 1 ст. 11 КК України «злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину» [6].

Проте лише наявність ознак злочину належним формальним орієнтиром при вирішенні питання про відкриття кримінального провадження також бути не може, тому що при цьому необхідно враховувати вимоги ч. 2 ст. 11 КК України, згідно з якою «не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або

державі» [6]. А якщо так, то беззастережна вимога щодо відкриття кримінального провадження «у кожному випадку виявлення ознак кримінального правопорушення», передбачена ст. 25 КПК України, з техніко-юридичного погляду, є хибною, оскільки сама формальна наявність цих ознак належною універсальною правовою підставою для цього не є, оскільки сама вона не є підставою для висновку, що за її наявності кримінальне правопорушення вчинено в кожному випадку.

Крім того, не бездоганним у розв'язанні означених завдань є й саме поняття «ознаки кримінального правопорушення». Адже ознаки злочину – це визначені кримінальним законом юридично значимі властивості діяння, за вчинення якого передбачена кримінальна відповідальність. Такими властивостями є кримінальна протиправність, суспільна небезпечність та винність, а їх теоретико-правова деталізація охоплюються поняттям «склад злочину», що є визначеною кримінальним законом теоретичною моделлю, яка орієнтує на те, за якими ознаками необхідно визначати й склад конкретного злочину.

Тобто проблема виявляється в тому, що слідчому (прокурору), як і будь-якій іншій особі, безпосередньо виявляти і особисто спостерігати злочин та його ознаки неможливо практично, оскільки у цьому контексті злочин є визначеним законом про кримінальну відповідальність поняттям, яке потрібно, орієнтуючись на цей закон, лише усвідомлювати. Що ж до об'єктивної сторони конкретного злочинного діяння, то слідчому (прокурору) особисто сприймати її доводиться лише у виняткових випадках. Зумовлене це тим, що якби вони випадково й стали безпосередніми свідками вчинення цього діяння, то щодо нього втратили б свої процесуальні повноважен-

ня. У разі ж виявлення ними, наприклад, документів, зміст яких свідчить про злочинну оборудку, пролому в стіні, трупа з ознаками насильницької смерті тощо, зрозуміло, що ці й подібні їм об'єкти, потрапивши в їхнє поле зору, безумовно орієнтують їх на необхідність відкриття кримінального провадження. Однак все це не злочини і не ознаки злочину, передбачені кримінальним законом, а сліди та інші матеріальні об'єкти, змістом яких є відповідна інформація, яка з більшою або меншою вірогідністю прямо або опосередковано вказує на вчинення злочину. Не випадково хоча ст. 4 КПК 1960 р. зобов'язувала уповноважених осіб порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину, але у ч. 2 ст. 94 підкреслювалось, що «справа може бути порушена тільки в тих випадках, коли є достатні дані, які вказують на наявність ознак злочину». Тобто у першому випадку йшлося про ознаки злочину, а в іншому, причому у тому ж значенні – про фактичні дані, які вказують на його ознаки. А це не одне й те ж, оскільки, по-перше, фактичні дані, які вказують на ознаки злочину, це відомості, інформація про ці ознаки, а, по-друге, йшлося не про будь-які, а про «достатні фактичні дані», які вказують на наявність ознак злочину.

Означений підхід стосується й заяв та повідомлень про вчинення кримінального правопорушення, які також не містять ознак злочину, а є лише джерелом відомостей про них. Саме на цьому підході законодавцем доречно сконструйовано п. 5 ч. 1 ст. 3 КПК України, згідно з яким досудове розслідування починається з «моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань».

Усі ці теоретико-правові нюанси стають зрозумілими, якщо брати до уваги, що визначення того, що

таке злочин та які його ознаки є предметом кримінального права. Що ж до питань про інформацію (відомості, фактичні дані), на основі якої ці ознаки встановлюються, то до них кримінальне право є індиферентним, в той час як для кримінального процесу виявлення і розкриття злочину завдяки відповідній інформації та її джерелам, які у цих відносинах набувають форми доказів та їх процесуальних джерел, і змістом яких є відповідні фактичні дані, займає центральне місце. Тому очевидний зв'язок понять «злочин і його ознаки» та «відомості про злочин і його ознаки», який є окремим проявом тісного взаємозв'язку зазначених галузей права, не повинен ставати підставою ні для їх отождошення, ні для їх протиставлення. Для запобігання цьому й потрібно, щоб і кримінально-правові, і процесуальні поняття позначались адекватними термінами в законі. Ігнорування ж цього правила зумовлює наслідки, коли проблемні аспекти мови закону породжують змістовні практичні проблеми.

До таких питань свого часу привертав увагу О. Ларін, який зазначав, що вимога порушувати кримінальні справи в кожному випадку виявлення ознак злочину призвела б до неприйнятної скорочення обов'язків уповноважених осіб щодо її виконання, а при буквальному тлумаченні цієї вимоги їхня процесуальна діяльність могла б припинитись взагалі. І не відбувається це тільки тому, що дане правило на практиці тлумачиться не буквально, а розширювально. Внаслідок цього безпосередньо виявленими ознаками злочину визнаються й фактичні дані про злочини, які отримав прокурор при перевірці в порядку загального нагляду, слідчий – в ході розслідування, суд – в судовому розгляді справ про інші злочини, а орган дізнання – в результаті оперативно-розшукових заходів.

Сприяє цьому й те, що відповідно до закону тлумачення припису, згідно з яким уповноважені органи «зобов'язані в межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину», стосовно конкретного випадку, покладено якраз на тих посадових осіб, на яких покладено й обов'язок його застосування. Оскільки розширювальне тлумачення означеного припису веде до розширення обов'язків цих органів і посадових осіб, а отже, і до збільшення їхнього навантаження, то трапляються слідчі і прокурори, які надають перевагу можливості буквального його тлумачення. Тобто в складних випадках або із небажання «псувати статистику злочинності» вони, за наявності відомостей про злочин, ухиляються від порушення кримінальних справ, посиляючись на те, що текстуально закон вимагає порушувати справу при виявленні ознак злочину, а не відомостей про них [8, с. 51].

Отже, беззастережна вимога щодо відкриття кримінального провадження «у кожному випадку виявлення ознак кримінального правопорушення», передбачена ст. 25 КПК України, незважаючи на її, на перший погляд, універсальність, і з правового, і з техніко-юридичного боку, є хибною.

Таким чином, отождошення матеріально-правових і процесуальних понять призводить до нечіткості в формулюванні приписів правових норм та знижує їх ефективність. А запобігти цьому в контексті уточнення підстав для відкриття кримінального провадження можна лише шляхом заміни поняття «ознаки кримінального правопорушення» («ознаки злочину») поняттям «фактичні дані, що вказують на ознаки кримінального правопорушення» («фактичні дані, що вказують на ознаки злочину»), у кожному випадку їх застосування у КПК України.

Дискусійним у цьому контексті виявилось і те, що при визначенні підстав для початку кримінального провадження одні вчені рекомендували орієнтуватись на наявність ознак злочину [9, с. 378-380], а інші – на наявність елементів складу злочину [10, с. 66-80]. Іноді можливість використання при цьому ознак складу злочину заперечується взагалі [5, с. 91], в той час як, наприклад, М. Жогін зазначив: особливо слід підкреслити, що факт, за яким відкривається кримінальне провадження, повинен містити ознаки конкретного складу злочину [11, с. 126].

Водночас протиставлення ознак злочину ознакам складу злочину є некоректним з огляду на те, що при кваліфікації злочину, характеризуючи протиправність, не можна оминати уявлення про те, чим є конкретне діяння з об'єктивної сторони і якою нормою КК України воно передбачене. Що ж до винності, то вона абстрактною не буває, а завжди йдеться про винність конкретної особи, а з урахування цього постає питання, чи є ця особа суб'єктом даного правопорушення і чи скоїла вона його умисно чи з необережності.

Що ж до суспільної небезпечності, то саме з урахуванням цього конкретне діяння законодавцем визнається злочином. І власне ставлення особи до того, чи є це діяння суспільно небезпечним чи ні, практичного значення не має.

Фактично ж, якщо проаналізувати структуру процесу обґрунтування прийняття рішення щодо відкриття кримінального провадження, то стає очевидним, що при цьому, оцінюючи наявні фактичні дані про вчинене діяння, у цьому діянні необхідно насамперед виявити загальні ознаки кримінального правопорушення і якщо вони відсутні, то будуть відсутні й підстави для відкриття кримінального провадження. В той же час, визнавши конкретне діяння кримінально протиправним, необхідно встано-

вити, ознаками якого конкретного складу кримінального правопорушення воно відзначається. Саме така вимога закріплена п. 5 ч. 5 ст. 214 КПК України, згідно з якою до ЄРДР, крім іншого, вносяться відомості про «попередню правову кваліфікацію кримінального правопорушення з зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність».

Необхідність врахування при прийнятті рішення про відкриття кримінального провадження не тільки ознак кримінального правопорушення, а й ознак складу конкретного кримінального правопорушення стає ще більш очевидною, якщо врахувати, що на даному етапі необхідно з'ясувати такі обставини: 1) чи не є конкретне кримінальне правопорушення малозначним або таким, що не несе великої суспільної небезпечності, і чи не достатньо в даному випадку обмежитися вжиттям інших, передбачених законом заходів, без відкриття кримінального провадження; 2) чи немає визначених законом перешкод для відкриття кримінального провадження або для його провадження; 3) які саме відомості вказують на ознаки конкретного кримінального правопорушення, що зумовлене необхідністю виконання вимог п. 5 ч. 5 ст. 214 КПК України про внесення до ЄРДР відомостей щодо попередньої кваліфікації кримінального правопорушення з зазначенням статті (її частини) КК України; 4) якою є родова підслідність відкритого кримінального провадження, що визначається саме залежно від наявності ознак складу того чи іншого кримінального правопорушення і згідно з якою його матеріали передаються для розслідування слідчому відповідного відомства; 5) без знання, про який склад кримінального правопорушення йдеться у конкретному випадку, неможливо належним чином визначити й початкове спрямування розслідування, обрати належну його методику, ви-

сунути слідчі версії і скласти план розслідування, а також прийняти правильне рішення щодо затримання підозрюваного або про застосування до нього відповідного запобіжного заходу.

Таким чином, якщо врахувати, що згідно з ч. 1 ст. 2 КК України підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом, то протиставлення у процесуальних правовідносинах ознак злочину ознакам складу конкретного злочину є методологічною помилкою, яка може спричинити як безпідставне відкриття кримінального провадження, так і організаційні помилки початкового етапу розслідування.

Враховуючи зазначене, окремі фахівці вважають, що при вирішенні питання про відкриття кримінального провадження достатньо встановити наявність таких елементів складу кримінального правопорушення, як його об'єкт і об'єктивної сторони, а інформація про інші його елементи складу для початку досудового розслідування є не обов'язковою, хоча щодо окремих з них вона повинна бути (наприклад, відомості про суб'єктів злочинів, передбачених ст. ст. 393, 394 КК України) [12, с. 177-186]. Однак тут слід погодитись з висновком, що питання про наявність кола ознак кримінального правопорушення як підстав для початку кримінального провадження, а також даних про конкретні елементи його складу, повинні вирішуватись слідчим та прокурором у кожному конкретному випадку залежно від характеру кримінального правопорушення, індивідуальних особливостей і конкретних обставин його вчинення [5, с. 89].

Слід відзначити й те, що оскільки для встановлення наявності чи відсутності підстав для відкриття кримінального провадження проведено будь-яких слідчих дій, крім огляду місця події, заборо-

няється, то це означає, що відомості про вчинене кримінальне правопорушення на цьому етапі процесуального доказування не потребують, а лише встановлюються. Водночас, оскільки згідно зі ст. 110 КПК України кожне процесуальне рішення повинне бути вмотивованим, то це стосується й рішення про відкриття кримінального провадження. Якщо так, то слід визнати, що вимога ч. 2 ст. 94 КПК 1960 р., згідно з якою справа могла бути порушена тільки в тих випадках, коли є достатні дані, які вказують на наявність ознак злочину, була правильною і потребує відновлення її у чинному

КПК України. Причому вона мала б бути зафіксована не у ст. 214 КПК України, якою регламентовано порядок початку досудового розслідування, а у ст. 25 КПК України, де йдеться саме про відкриття кримінального провадження.

Що ж до визначення наявності чи відсутності зазначених достатніх даних, то цьому мали б сприяти, з одного боку, відповідні фахові знання та професійний досвід осіб, які уповноважені робити з цього приводу офіційний висновок, а з іншого – усвідомлення їхньої персональної відповідальності за прийняття і наслідки цього процесуального рішення.

З урахуванням викладеного, КПК України потребує таких уточнень:

1) у ст. 25 КПК України словосполучення «в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення» підлягає заміні словами «в кожному випадку безпосереднього виявлення фактичних даних, які свідчать про вчинення кримінального правопорушення»;

2) ст. 25 КПК України доповнити частинною другою такого змісту: «Кримінальне провадження може бути відкрите лише за наявності достатніх даних, які свідчать про вчинене кримінальне правопорушення». ■

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. №4651-VI : станом на 13 трав. 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/shon/4651-17>
2. Научно-практический комментарий к Основам уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик / Под ред. В. А. Болдырева. – М. : Юрид. лит., 1961. – 366 с.
3. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. № 1003-05 / втратив чинність на підставі Кодексу від 13 квіт. 2012 р. №4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/shon/1001-05>
4. Кримінальне процесуальне право України : навч. посіб / За ред. В. Г. Гончаренка. Акад. адвокатури України. – К. : Юстиніан, 2014. – 573 с.
5. Погорецький М. А. Початок досудового розслідування: окремі проблемні питання / М. А. Погорецький // Вісник кримінального судочинства. – 2015. – № 1. – С. 85-95.
6. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. №2341-III ; станом на 1 трав. 2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/go/2341-14>
7. Басиста І. В. Прийняття і виконання процесуальних рішень слідчого на стадії досудового розслідування: теоретичні і практичні проблеми : моногр. / І. В. Басиста. – Львів : ЛьвДУВС, 2013. – 600 с.
8. Ларин А. М. Уголовный процесс: структура права и структура законодательства / А. М. Ларин. – М. : Наука, 1985. – 240 с.
9. Погорецький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі : моногр. / М. А. Погорецький. – Х. : Арсіс, ЛТД, 2007. – 576 с.
10. Андрушко П. П. Встановлення відсутності події кримінального правопорушення як підстава закриття кримінального провадження (Окремі кримінально-правові та кримінально-процесуальні аспекти). – Ч. 2 / П. П. Андрушко // Вісник прокуратури. – 2014. – № 8 (158). – С. 66-80.
11. Жогин Н. В. Прокурорский надзор за предварительным расследованием уголовных дел / Н. В. Жогин. – М. : Юрид. лит., 1968. – 132 с.
12. Вапнярчук В. В. Сутність початку досудового розслідування за новим КПК України / В. В. Вапнярчук // Актуальні проблеми права: теорія і практика. – 2013. – № 26. – С. 177-186.