В.Г. ГОНЧАРЕНКО,
доктор юридичних наук
(Академія адвокатури України)

М.Є. БЛУДИЛІНА,
аспірантка
(Академія адвокатури України)

ПРАВОВІ ПИТАННЯ ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ

Ключові слова: *докір держави, порушення справи, змагальність, прокурор, слідчий, суддя, функція обвинувачення, арешт на кореспонденцію, огляд місця події.*

1. Українська правова система належить до континентальної правової сім'ї і в галузі кримінального судочинства передбачає чітко окреслені межі кримінального процесу — з моменту прийняття рішення про порушення кримінальної справи до винесення рішення, яким завершується провадження у справі [6, 8; 10, 273]. Жодна особа не може бути визнана винуватою у вчиненні злочину, притягнута до кримінальної відповідальності без порушення кримінальної справи [8, 221]. Тут яскраво виявляється дія принципу публічності, відповідно до якого судочинство, що починається з порушення кримінальної справи, здійснюється виключно уповноваженими на це державою органами. Важливо зазначити у зв'язку з цим, що принципи є нормами вищого ступеня нормативності, і кожне рішення правозастосувальника, прийняте з порушенням їх вимог, підлягає скасуванню, а одержана інформація не має доказового значення [16, 5]. Треба чітко розуміти, що принципи є основою формування всієї системи кримінально-процесуального права і законодавства, вони поширюють свою дію на всі стадії кримінального процесу, здійснюють охоронну й регулятивну дію щодо всіх кримінально-процесуальних норм [8, 47]. Наведені положення використовуватимуться нами дещо пізніше для аргументації основних теоретичних висновків статті.

Кримінальний процес за своєю природою є процесом обвинувальним і може виникнути і бути в подальшому перебігу законним лише з порушенням кримінальної справи проти конкретного чи гіпотетичного суб'єкта. Без акту порушення справи не може бути розслідування (дізнання і досудового слідства), а далі — і судового розгляду. Таким чином, цей акт є висунутим від імені держави докором, у якому містяться достатні підстави вважати, що якась певна або якась поки що не встановлена особа вчинила діяння, передбачене Кримінальним кодексом як злочин, і тому є офіційним початком здійснення обвинувальної функції судочинства [2, 31; 4, 26].

Не може викликати сумніву, що такий серйозний докір має висувати лише прямо уповноважений конституційний орган, бо мова йде про найгостріші соціальні конфлікти, де захист прав людини набуває особливого значення. В той же час у ст. 97, яка деталізує ст. 4 КПК, зазначається, що прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя

© В.Г. Гончаренко, М.Є. Блудиліна, 2010

зобов'язані приймати заяви про вчинені або підготовлені злочини і як одне з можливих рішень кожен з них може порушити кримінальну справу. На перший погляд, така динамічність реагування різними суб'єктами на діяння, що має ознаки злочину, уявляється логічною і привабливою, бо начебто спрямована на ефективну боротьбу із злочинністю. Але уважний аналіз цих норм показує, що вони є породженням тоталітарного режиму, виражаючи офіційне заохочення неприпустимого в демократичному суспільстві і досить погано контрольованого різнокаліберного й суцільного кримінального переслідування [3, 32]. Дійсно, крім прокурора і судді, справу мають право порушувати слідчі чотирьох відомств та одинадцять органів дізнання, серед яких може бути і приватна особа — капітан морського судна, що перебуває у далекому плаванні [10, 284; 16, 19], а це є порушенням принципу публічності. Цілком зрозуміло, що належно контролювати обґрунтованість прийняття численних постанов про порушення кримінальних справ (актів первинного **обвинувачення,** бо саме з них кожного разу починається кримінальний процес!) дуже проблематично. До цього можна додати, що копія постанови про порушення кримінальної справи направляється прокурору після її порушення протягом доби, тобто обвинувачення як функція кримінального процесу починається без відома прокурора. Більше того, відчутно порушується принцип об'єктивності, бо особа, яка порушила кримінальну справу (крім прокурора і судді) і сама її розслідує, що на підсвідомому рівні пригнічує почуття неупередженості, концентрується в аморальному «захисті честі мундира». Тому наша практика рясніє масовими порушеннями кримінальних справ, за результати завершення яких практично ніхто не відповідає.

Теорія права, логіка судочинства, пріоритет прав людини і неухильний рух до зміцнення законності в країні вимагають, щоб в демократичній державі порушувати кримінальні справи (за сигналами, поданнями, матеріалами, у тому числі — й від органів дізнання) міг лише один з передбачених Конституцією представник держави — прокурор [9, 59]. Саме він, якщо в наданих йому матеріалах (повідомленнях) є підстави, порушує кримінальну справу, всебічно й предметно здійснює **нагляд** за законністю її розслідування, складає обвинувальний висновок, підтримує обвинувачення в суді [3, 32; 4, 26].

2. Особливої уваги вимагають положення правових норм про можливість порушення кримінальної справи судом і пов'язані з цим дії (ст. 4,27, 97, 98, 98^1, 98^2, 99, 99^1 КПК) [12, 98]. У справах приватного обвинувачення, які за діючим законодавством порушуються судом не інакше як за скаргою потерпілого, «якому і належить в такому разі право підтримувати обвинувачення» [10, 76], за всіма канонами розмежування процесуальних функцій суд не повинен мати права порушувати кримінальні справи, бо він таким чином ставатиме ініціатором обвинувачення, що не має нічого спільного з об'єктивністю судочинства і розмежуванням процесуальних функцій. Такі справи повинен своєю заявою (а не скаргою!) порушувати потерпілий, а суддя повинен за наявності фактичних і юридичних підстав лише відкривати судове провадження, а потім розсуджувати сторони на засадах, перш за все, змагальності і диспозитивності [5, 38].

У зв'язку з цим не можна не звернутись до граматичного і системного тлумачення норм КПК, які стосуються порушення кримінальної справи судом, та принагідно використати у цьому аналізі випадок порушення кримінальної справи суддею В. проти Президента України за ознаками службових злочинів, факт якого (порушення справи) одержав бурхливе схвалення опозиції, суддя В. визнаний нею героїчним борцем за демократію і справедливість, а з боку правових наукових установ та правоохоронних органів цей акт не одержав належної кваліфікованої оцінки і не потяг за собою для судді В. низки негативних наслідків.

Зазначені вище та деякі інші способи тлумачення норм КПК [7, 146] дозволяють встановити наступне.

В ст. 4 КПК зазначено, що суд зобов'язаний **в межах своєї компетенції** (підкреслення наше — В.Г., М.Б.) порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину. Водночас у ч. 3 ст. 98 КПК імперативно приписано, що «справи, зазначені в частині 1 статті 27 цього Кодексу, порушуються народним суддею», а у ч. 4 цієї ж статті чітко передбачено, що після порушення кримінальної справи суд справу про злочин, зазначений у ч. 1 ст. 27 КПК, призначає до розгляду. Отже, за чинним КПК суддя **має право** порушити кримінальну справу лише за скаргою потерпілого і за наявності достатніх даних, які вказують на вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 27 КПК, тобто у справах приватного обвинувачення. В інших випадках судді не надано право порушувати кримінальну справу [10, 15, 76, 270, 273]. Більше того, ми вже зазначали, якщо йти за логікою наших міркувань, то суддя взагалі не повинен мати права порушувати кримінальні справи, а за наявності підстав лише відкривати судове провадження [3, 32; 5, 38].

Таким чином, з аналізу факту порушення кримінальної справи суддею В. може випливати лише один юридично обґрунтований висновок: не зараховувати його до видатних судових діячів і борців за демократію, а притягти до кримінальної відповідальності і обов'язково засудити до реальної міри покарання за ст. 365 (перевищення влади або службових повноважень) та ст. 375 (постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови) КК України.

3. Процесуальний акт порушення кримінальної справи має величезне теоретичне значення і є неодмінною законодавчою підставою для практичного здійснення обвинувальної функції в кримінальному процесі. Виходячи з постулату про обвинувальний характер нашого кримінального процесу і приймаючи за істину цілком логічні висновки про те, що обвинувачення починається з порушення кримінальної справи, ми повинні a ргіогі прийняти за істину, що з цього моменту виникає функція захисту і процедура розгляду справи [2, 31], тобто вступає в дію принцип змагальності, який значною мірою забезпечує об'єктивність у досягненні завдань судочинства. Проте в науковій літературі [наприклад, 17] і в законодавстві недвозначно акцентовано проголошується, що принцип змагальності, як і сама змагальність, діють лише під час судового розгляду. В Конституції України на рівні найвищого в країні закону серед обов'язків прокуратури називається підтримання державного обвинувачення в суді (ст. 121), а серед засад судочинства визначається змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (ст. 129) [9, 59, 63]. Так само вирішується питання змагальності й диспозитивності в ст. 16^1 КПК [10, 49]. Правда, трапляються висловлювання щодо наявності на досудовому слідстві елементів змагальності «у правовідносинах, де між стороною обвинувачення і захисту стоїть нейтральний арбітр — судовий орган, що приймає рішення у справі» [16, 10].

Таким чином, ми бачимо законодавче закріплення інквізиційного процесу, в якому роль обвинувача відводиться слідчому, непрямо утверджується обвинувальний ухил розслідування, не дивлячись на те, що за законом слідчий зобов'язаний рівною мірою сприяти і обвинуваченню, і захисту в досягненні істини, адже змагальність є принципом кримінального процесу, а не лише судового розгляду, і тому вона означає діалектичне протиборство обвинувального і захисного начал процесу, яке починається зразу ж після порушення кримінальної справи [5, 27]. Стає зрозумілим, що тільки таке розуміння і законодавче закріплення обвинувачення і змагальності у взаємозв'язку з актом порушення кримінальної справи і його наслідками може сприяти справжньому захисту прав і свобод людини.

Проте навіть цілком задовільна змагальність, викликана порушенням кримінальної справи, не може забезпечити процесуальну рівність учасників процесу і зрештою — всебічне, повне і об'єктивне дослідження

обставин справи без піднесення на належний рівень виконання вимог принципу диспозитивності, який є важливим інструментом зрівнювання можливостей сторін, сприяння їм у наданні доказів і доведенні їх переконливості [11]. Сам факт порушення кримінальної справи повинен на повну потужність включати дію принципів диспозитивності і favor defensionis — сприяння захисту, що дозволить піднести на потрібний рівень законність досудового слідства і забезпечити права громадян [14].

4. Вивчення питання про юридичне значення стадії порушення кримінальної справи, меж доказування в цьому короткому, але відповідальному відрізку судочинства, забезпечення і зміцнення тут гарантій прав громадян проводиться вченими СРСР, а потім СНД вже доволі давно і вагомо [наприклад, 13]. На жаль, питання забезпечення дійсної, науково обґрунтованої законності на цій стадії судочинства не знаходять відгуку ні в сучасних теоретичних розробках правознавців, ні в наполегливих пропозиціях працівників правоохоронних органів, ні в середовищі законодавців, які не завжди бачать різницю між законністю і доцільністю.

Мова йде про проведення **слідчих** дій до порушення кримінальної справи. Законодавець свого часу дозволив у невідкладних випадках проводити огляд місця події до порушення кримінальної справи (ч. 2 ст. 190 КПК). В цій же статті зазначено, що у таких випадках, «при наявності для того підстав, кримінальна справа порушується негайно після огляду місця події» [10, 434]. Припис законодавця щодо умов огляду місця події у випадках невідкладності є цілком логічним і обґрунтованим, хоча зміст цієї норми в цілому потребує істотного уточнення, про що ми висловимо свою думку пізніше.

Наведена норма КПК, спрямована на запобігання втрати слідів та обстановки на місці минулої події, що має ознаки злочину, і активізацію розслідування та проведення певних оперативно-розшукових заходів, викликала хвилю постійних рекомендацій і вимог деяких вчених і багатьох практиків дозволити проведення до порушення кримінальної справи певних слідчих дій, які начебто часто бувають невідкладними і не можуть чекати акту порушення справи, зокрема — деяких судових експертиз, обшуків, допитів. Зрештою цей тиск дав свої плоди, і законодавець дозволив у ч. 3 ст. 187 КПК «з метою запобігти злочину» накладати арешт на кореспонденцію і знімати інформацію з каналів зв'язку [10, 427; 16, 37]. Ці та інші такого роду дозволи є категорично неприпустимими як явища поліцейського розслідування і повинні бути вилучені з нормативних актів як незаконні принаймні з трьох причин. По-перше, якщо для огляду місця події ситуація невідкладності його проведення в абсолютній більшості випадків є очевидною, а саме така процедура огляду є необхідною, то арешт на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку за визначенням не можуть бути невідкладними, бо для їх здійснення необхідна постанова голови апеляційного суду або його заступника, яка приймається на погоджене з прокурором подання слідчого і після вивчення поданих матеріалів та з урахуванням пояснень слідчого і думки прокурора (ч. 4 ст. 187 КПК). Як видно, підготовка до проведення цих слідчих дій йде розмірено, ґрунтовно і відносно тривалий час, що цілком зрозуміло, бо йдеться про серйозні ущемлення конституційних прав людини. В чому ж тоді полягає невідкладність?

По-друге, якщо зважити на те, що невідкладність пов'язується з необхідністю запобігти злочину, як це передбачено в ч. 4 чт. 187 КПК, то виявиться, що дана норма вступає в протиріччя зі ст.4 КПК, яка передбачає обов'язок слідчого порушити кримінальні справу «в кожному випадку виявлення ознак злочину» [10, 15], цілком природно не маючи на увазі порушення кримінальної справи для запобігання злочину. В такому разі проведення арешту на кореспонденцію або зняття інформації з каналів зв'язку **до порушення кримінальної справи** з **метою запобігти злочину** є повністю алогічним. Більше того, запобі-

гання злочину і теоретично, і практично можливе у випадку виявлення умислу та на стадії готування до злочину, але виявлення умислу не розглядається як стадія вчинення злочину і не тягне за собою кримінальної відповідальності, а для визнання готування таким, що потребує порушення кримінальної справи, необхідно в силу ст. 2 КК України виявити ознаки злочину, до якого відбувається готування [15, 48, 50, 54]. Це означає, що слідчий повинен мати вже здобуту оперативним шляхом офіційну й **достовірну** інформацію про злочин, що готується, і відповідно на неї реагувати. Але ж запобігати злочинам, про готування до яких стає достовірно відомо, необхідно негайно, а не затівати слідчо-прокурорсько-суддівську процедуру одержання дозволу на зазначені акції. Тим більше, що правоохоронні органи на підставі відомих законодавчих актів за чітко встановленою процедурою мають можливість утаємничено одержувати необхідну для запобігання злочинам інформацію і реально на її підставі запобігати їм. Тому мотивація ст. 187 КПК про дозвіл **слідчому** накладати арешт на кореспонденцію і знімати інформацію з каналів зв'язку до порушення кримінальної справи з метою запобігти злочину є фікцією, і цій нормі взагалі не місце в КПК.

По-третє, в ч. 3 ст. 187 КПК немає вказівки на те, що після «негайного» чи «невідкладного» прослуховування чи перлюстрації зразу ж повинна бути порушена кримінальна справа, що взагалі є не засобом сприяння розслідуванню (якого, до речі, ще немає), а узаконенням позапроцесуального і свавільного попрання прав громадян.

Нарешті, у зв'язку з питанням про проведення огляду місця події до порушення кримінальної справи ми зробимо одне істотне зауваження. У тих випадках, коли в зв'язку з обставинами, що склалися, слідчий змушений провести огляд як слідчу дію до винесення постанови про порушення кримінальної справи, то така постанова обов'язково повинна бути винесена зразу ж після проведення даної дії. Тому уявляється необгрунтованим формулювання з ч. 2 ст. 190 КПК: «В цих випадках, **при наявності для того підстав** (підкреслення наше — В.Г., М.Б.), кримінальна справа порушується негайно після огляду місця події».

Огляд — слідча дія, спрямована не на встановлення підстав для порушення кримінальної справи, а на виявлення, фіксацію, збирання й дослідження доказів. Прийнявши рішення про проведення повномасштабного огляду місця події, слідчий вже бачить ознаки злочину (інакше огляд не треба починати) і повною мірою керується приписами ст. 4, 85, 85^2, 114, 128^1, 190, 191, 192 КПК, а тому фактично він вже порушив кримінальну справу і має всі передбачені законом повноваження слідчого. Це означає, що і у виключних випадках проведення огляду кримінальна справа обов'язково і негайно повинна бути порушена після закінчення огляду винесенням формальної про це постанови [1, 85]. За логікою нашої концепції таку постанову за доповіддю слідчого обов'язково виносить прокурор.

5. Потребують серйозного вивчення, крім розглянутих у нашій статті, питання введення в кримінальне судочинство інституту кримінального переслідування, правомірності, меж і результатів доказування в стадії порушення кримінальної справи, оскарження до суду постанови про порушення кримінальної справи та багато інших, що гармонізуватиме законодавство щодо початкового етапу кримінального судочинства і значно зміцнить гарантії швидкого і справедливого правосуддя.

Список літератури:

1. *Гончаренко В.И.* Гарантии соблюдения социалистической законности в предварительном следствии / В.И. Гончаренко // Юридические гарантии применения советских правовых норм и укрепления социалистической законности : тезисы докладов и сообщений (5—7 октября 1971 года) ; Пятая секция. — К. : КГУ, 1971.

2. *Гончаренко Владлен.* Загубився обвинувач… / Владлен Гончаренко // Український юрист. — 2005. — № 6 (30).

3. *Гончаренко Владлен.* У семи няньок… / Владлен Гончаренко // Український юрист. — 2005. — № 7(31).

4. *Гончаренко В.Г.* Концептуальні питання правової реформи в Україні / В.Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. — К. : ВЦ ААУ, 2006. — Випуск 1(5).

5. *Гончаренко В.Г.* Принцип науковості як методологія юридичного нормотворення / В.Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. — К. : ВЦ ААУ, 2007. — Число 3(10).

6. *Грошевой Ю.М.* Досудове розслідування кримінальних справ : навчально-практичний посібник / Ю.М. Грошевой, В.В. Вапнярчук, О.В. Капліна, О.Г. Шило. — Харків : ФІНН, 2009. — 328 с.

7. Капліна О.В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права: монографія / О.В. Капліна. — Харків : Право, 2008. — 296 с.

8. *Коваленко Є.Г.* Кримінальний процес України : підручник. — 2-е вид., перероб. і допов. / Є.Г. Коваленко, В.Т. Маляренко. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 712 с.

9. Конституція України. — Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. — К. : Юрінком, 1996. — 80 с.

10. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / [за заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка]. — вид. шосте, перероблене та доповнене. — К. : Юрисконсульт ; Юстініан. — 2010. — 896 с.

11. *Лобойко Л.М.* Принцип диспозитивності в кримінальному процесі України : монографія / Л.М. Лобойко. — Дніпропетровськ : Ліра. — 2004. — 216 с.

12. *Маляренко В.Т.* Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів : монографія / В.Т. Маляренко. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — 512 с.

13. *Михайленко А.Р.* Юридические гарантии прав граждан при возбуждении уголовного дела / А.Р. Михайленко // Юридические гарантии применения советских правовых норм и укрепления социалистической законности : тезисы докладов и сообщений (5—7 октября 1971 года) ; Пятая секция. — К. : КГУ, 1971.

14. *Михайленко А.Р.* Расследование преступлений: законность и обеспечение прав граждан / А.Р. Михайленко. — К. : Вища школа, 1999. — 448 с.

15. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : у 2-х т. — Т. 1 / [за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка]. — 3-тє вид., перероб. та доп. — К. : Алерта ; КНТ ; Центр учбової літератури. — 2009. — 964 с.

16. Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України / [за ред. Ю.М. Грошевого]. — Харків : Право, 2002. — 160 с.

17. *Савицкий В.М.* Государственное обвинение в суде / В.М. Савицкий. — М. : Наука, 1971. — 342 с.

РЕЗЮМЕ

В этой статье рассматриваются спорные вопросы содержания и процедуры стадии возбуждения уголовного дела, круга субъектов этого процессуального действия, повергаются критике правовые нормы, позволяющие проведение отдельных следственных действий до возбуждения уголовного дела.

SUMMARY

This article deals with vexed questions regarding the content and procedure of stage of criminal case excitation, the circle of this action subjects and proceedings. The law norms that allow carrying out the separate investigatory operations before criminal case excitation are criticized.

Подано 05.06.10