

ЩОДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ ПОЧАТКУ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ТА КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКАЗУВАННЯ

ВАПНЯРЧУК В. В.

*кандидат юридичних наук,
доцент, доцент кафедри кримінального процесу*

*Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого
м. Харків, Україна*

В діяльності правоохоронних органів України виникає чимало труднощів при тлумаченні та застосуванні окремих положень чинного кримінального та кримінального процесуального законодавства, зокрема, тих, які стосуються початку досудового розслідування та здійснення кримінального процесуального доказування. В цій публікації аналізуються окремі питання, які були поставлені прокуратурою Харківської області перед науковцями Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

1. З огляду на положення ст.14 КК України, ст. 60, ч. 1 ст. 214 КПК України чи є достатньою підставою для внесення даних до ЄРДР заява особи про готування до злочину (зокрема створення умов для вимагання (отримання) неправомірної вигоди)?

Відповідно до чинного кримінального законодавства особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності не тільки за вчинене кримінальне правопорушення (закінчений злочин), а також і за готування чи замах на його вчинення (незакінчений злочин). Таким чином, за наявності інформації про готування до злочину (окрім невеликої тяжкості (ч. 2 ст. 14 КК України)) слідчий, прокурор згідно із ст. 214 КПК повинні розпочати досудове розслідування. Підтвердженням такого розуміння є й Інструкція про порядок ведення єдиного обліку в органах поліції заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події (затв. наказом міністра внутрішніх справ № 1377 від 06.11.2015 р. та погодж. із заступником Генерального прокурора України і головою Національної поліції України; зареєстр. в Міністерстві юстиції України 01 грудня 2015 р. за № 1498/27943), додаток № 3 до якої передбачає складання протоколу прийняття заяви про вчинене кримінальне правопорушення або таке, що готується.

Стаття 14 КК України закріплює, що «готуванням до злочину є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення злочину, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення злочину». Відповідно ж до ст. 368 КК України «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою» об'єктивна сторона цього злочину полягає у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні службовою особою неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення такою службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомір-

ну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. Отже, якщо мало місце створення певних умов для вчинення зазначених дій, які входять до об'єктивної сторони злочину, регламентованого ст.368 КК України, то, на наш погляд, це буде достатньою підставою для внесення відомостей до ЄРДР та початку досудового розслідування.

2. За якими критеріями має бути відмежована заява про готування до вчинення злочину, яка підлягає внесенню до ЄРДР, від аналогічної заяви, яка має стати підставою для заведення ОПС на підставі ч.ч. 1, 2 ст. 6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»?

Насамперед необхідно зазначити, що згідно з чинним кримінальним законодавством особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності не тільки за вчинене кримінальне правопорушення, а також і за готування чи замах на його вчинення. Таким чином, у випадку виявлення ознак певного злочину, в тому числі й того, що готується, відповідні органи повинні відреагувати на це в порядку передбаченому ч. 1 ст. 214 КПК (тобто внести відомості в ЄРДР та розпочати досудове розслідування). Проте, варто відзначити, що відповідно до ч.ч. 1, 2 ст. 6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» однією з підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності є наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про злочини, що готуються. Порівняння вказаних норм дійсно обумовлює постановку питання про те, в яких випадках заява про готування вчинення злочину є приводом до початку процесуальної, а в яких – оперативно-розшукової діяльності.

Першим критерієм відмежування, на наш погляд, є зміст заяви про готування до вчинення злочину. Якщо в такій заяві міститься підстава до початку досудового розслідування – достатні дані, які вказують на наявність ознак кримінального правопорушення (а це означає, що в ній повинні міститися відомості, які свідчать про наявність хоча б двох елементів складу кримінального правопорушення, а саме: об'єкту і об'єктивної сторони), то її слід кваліфікувати як заяву про злочин і реагувати на неї відповідно до ч. 1 ст. 214 КПК. Коли ж у заяві відсутня зазначена інформація, то з приводу неї може бути заведена оперативно-розшукова справа й повинна здійснюватися оперативно-розшукова діяльність.

Другим критерієм, вважаємо, є дотримання вимог щодо приводу до початку досудового розслідування. Якщо в такій заяві містяться відомості про заявника (вона не є анонімною), дотримана процедура порядку її прийняття та оформлення (зокрема, особа попереджена про відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про злочин), то знову ж її необхідно кваліфікувати як заяву про злочин, й реагувати на неї в порядку, передбаченому ч. 1 ст. 214 КПК. В противному ж випадку, коли інформація про злочин, що готується, одержана не в установленому законом порядку, або є такою, що потребує перевірки, то вона може стати приводом до здійснення оперативно-розшукової діяльності.

3. Чи тягне за собою визнання здобутих доказів недопустимими у разі їх отримання прокурором, який, не додержуючись вимог ч. 7 ст. 214 КПК України щодо обов'язку невідкладно, але не пізніше наступного дня передати наявні у

нього матеріали до органу досудового розслідування, самостійно провів першочергові слідчі дії, керуючись п.п. 4, 5, 9, 10 ч. 2 ст. 36 КПК України?

Відповідно до ст. 214 КПК у випадку, коли інформація про кримінальне правопорушення надійшла до прокурора, він має право сам внести відомості до ЄРДР. Проте, після цього, згідно із ч. 7 ст. 214 КПК, 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. З приводу цього положення варто відзначити таке:

- по-перше, дана норма є імперативною й повинна бути виконана прокурором в будь-якому випадку. Коли ж має місце порушення процитованого припису, вважаємо, цілком правомірно говорити про порушення порядку проведення процесуальної дії й визнання її результатів недопустимими (на підставі недотримання такого критерію допустимості доказів як проведення її неналежним суб'єктом);

- по-друге, суть закріпленого положення відповідає прагненню законодавця обмежити можливість прокурора виконувати функцію досудового розслідування. В протилежному ж випадку (якщо припустити можливість порушення положення ч. 7 ст. 214 КПК), це може призвести до самостійного її здійснення у завуальованій формі. Крім того, тут варто також додати, що таке розуміння не суперечить й положенню п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК (а вірніше навіть підтверджується ним), відповідно до якого «прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений ... в необхідних випадках – особисто проводить слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному цим Кодексом». Тут доцільно звернути увагу на те, що законодавець надає можливість прокурору проводити такі дії тільки при виконанні ним функції нагляду у формі процесуального керівництва (тобто, коли розслідування вже здійснюється слідчим) і лише в необхідних випадках.

4. Чи є допустимими докази про вчинення злочину невеликої або середньої тяжкості, отримані за результатами проведення НС(Р)Д у кримінальному провадженні, зареєстрованого за фактом вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину? Яка межа ступеню очевидності неправильної кваліфікації кримінального провадження та вплив зазначених обставин на оцінку допустимості доказів?

В поставленому питанні, на наш погляд, можна виділити два аспекти, які потребують аналізу.

Перший – стосується правомірності проведення негласної слідчої (розшукової) дії (далі НС(Р)Д) у кримінальному провадженні за таких обставин (мається на увазі за визначеної кваліфікації, яка пізніше була змінена) та як наслідок вирішення питання щодо допустимості отриманої доказової інформації.

З цього приводу варто відзначити, що, відповідно до чинного КПК, прийняття будь-якого процесуального рішення, проведення будь-якої процесуальної дії повинно відповідати фактичним обставинам, які встановлені на момент їх прийняття чи здійснення. Якщо ж слідчий кваліфікував обставини вчиненого кримінального правопорушення як тяжкий чи особливо тяжкий злочин (прийнявши відповідне процесуальне рішення, наприклад: розпочав досудове розслі-

дування чи склав повідомлення про підозру за відповідною статтею та вніс саме за нею відомості до ЄРДР), то жодних перешкод щодо проведення НС(Р)Д (зрозуміло, за умов наявності підстав для цього та дотримання інших умов їх проведення) нема. Іншими словами, умова тяжкості вчиненого злочину висувається законом до моменту прийняття рішення про дачу дозволу на проведення НС(Р)Д і якщо пізніше вона перестала існувати, то це не є підставою для визнання отриманого доказу недопустимим. Адже в такому разі він вважається отриманим в порядку, встановленому законом (ч. 1 ст. 86 КПК).

Другий аспект стосується визначення очевидності неправильної кваліфікації та її впливу на вирішення питання щодо допустимості доказів.

Насамперед, необхідно зазначити, що гарантією дотримання законності при прийнятті рішення про проведення більшості НС(Р)Д є регламентована законом процедура здійснення прокурорського нагляду (шляхом дачі згоди на клопотання слідчого) та судового контролю (у формі дачі дозволу на проведення). Адже, і прокурор, і слідчий суддя в рамках своїх повноважень покликані гарантувати правомірність проведення таких дій. І якщо вони на момент прийняття рішення про проведення такої дії підтримали позицію слідчого щодо кваліфікації вчиненого кримінального правопорушення, й в подальшому вона була проведена в законному порядку, то, вважаємо, що жодних підстав для виключення отриманих доказів із доказування нема.

Такий підхід до вирішення поставленого питання, на нашу думку, має й вагоме теоретичне підґрунтя. Так в юридичній літературі, присвяченій механізму встановлення допустимості доказів, окремими науковцями виділяються різноманітні концепції можливого визнання певної інформації недопустимою для доказування (користуючись термінологією чинного закону – концепції визнання доказів недопустимими). Однією з них, яка й дає нам можливість вирішити поставлене питання й, на наш погляд, заслуговує на підтримку та подальшу наукову розробку, є концепція «недобросовісної помилки». Сутність її полягає в тому, що доказ визнається недопустимим, коли буде встановлено, що в діях суб'єкта доказування мала місце недобросовісна помилка. У випадках же, коли правозастосовний орган не знав або при розумному допущенні не міг знати, що його дії носять незаконний характер, то здобути ним у результаті таких дій докази не втрачають властивості допустимості [1; 2, с. 47, 48].

Користуючись положенням саме цієї концепції можна пояснити визнання допустимими доказами результатів окремих процесуальних дій (в нашому випадку, НС(Р)Д), які були проведені в кримінальному провадженні по тяжкому чи особливо тяжкому злочину, хоча пізніше кваліфікація вчиненого правопорушення була змінена на злочин (невеликої або середньої тяжкості), що не дає можливості здійснення таких дій. Якщо слідчий, який ініціював проведення НС(Р)Д, прокурор, який погодив відповідне клопотання слідчого, та слідчий суддя, який дав дозвіл на її проведення, не мали заперечень щодо кваліфікації вчиненого правопорушення (тобто виходячи із наявних на певний момент фактичних обставин провадження добросовісно помилялись щодо цього), то використання такого виду способу формування доказової основи є цілком правомірним і результати такої НС(Р)Д повинні визнаватися допустимими. Коли ж буде встановлена недобросовісна помилка (умисне безпідставне завищення кваліфі-

кації), то виходячи із розуміння цієї концепції, результати такої дії повинні бути визнані недопустимими для використання в доказуванні.

На завершення розгляду цього питання доцільно було б висловити ще й таке міркування, яке можна розцінювати як запрошення до дискусії. Ідея чинного КПК України, який передбачає можливість проведення більшості НС(Р)Д, як правило, тільки по тяжких чи особливо тяжких злочинах, на наш погляд, полягає в тому, що оскільки ці злочини характеризуються великою суспільною небезпечністю, то їх розслідування можливе з використанням «адекватних» способів, які за своєю сутністю є такими, що істотно втручаються в конституційні права та інтереси осіб та проводяться негласним шляхом. Звідси, на нашу думку, цілком розумним є припущення, що й використання результатів, отриманих в результаті застосування таких способів (НС(Р)Д) є можливим, коли здійснюється розслідування (а в подальшому судовий розгляд) тяжкого чи особливо тяжкого злочину. Таким чином, якщо в ситуації, яка розглядається, отриманий доказ, як ми вище висловились, не втрачає властивості допустимості (оскільки отриманий в порядку, передбаченому законом), то з приводу його сили (значимості) для даного кримінального провадження сумніви залишаються. Можливо виділення цієї властивості доказів (сили (значимості) – сутність якої полягає у їх доказовій цінності, вагомості) й подальше її наукове дослідження та законодавче регламентування, й буде сприяти всебічному вирішенню поставленого питання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Шестакова С.Д. Допустимість доказательств в уголовном процессе России и США / С.Д. Шестакова // Уголовное право. – 2004. – № 3. – С. 100–102.
2. Басай Н.М. Визнання доказів недопустимими в кримінальному процесі України : підстави, процесуальний порядок і правові наслідки : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Н.М. Басай. – О., 2012. – 264 с.

**Громадська організація
«Правовий світ»**

МАТЕРІАЛИ МІЖНАРОДНОЇ
НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ
КОНФЕРЕНЦІЇ

**«ЛЮДИНА І ЗАКОН:
ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИЙ ВИМІР»**

7-8 жовтня 2016 р.

Дніпро, 2016

УДК 340(063)

ББК 67.0я43

Л 68 **Людина і закон: публічно-правовий вимір:** Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Дніпро, 7-8 жовтня 2016 р. – Дніпро : ГО «Правовий світ», 2016. – 104 с.

У матеріалах зібрані тези доповідей, які були подані учасниками Міжнародної науково-практичної конференції «**Людина і закон: публічно-правовий вимір**» (м. Дніпро, 7-8 жовтня 2016 р.).