

УДК 343.14

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.38>

НОРМАТИВНО-ПРАВОВА МОДЕЛЬ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗА ЧИННИМ КПК: ТЕОРЕТИЧНІ І ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

Шумило Микола Єгорович,

доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
головний науковий співробітник відділу забезпечення інтеграції академічної
та університетської правової науки та розвитку юридичної освіти
Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

Стаття присвячена теоретичним і практичним проблемам досудового розслідування в кримінальному процесі України, причинам їх виникнення, а також шляхам вирішення.

Обґрунтовано, що заяви і повідомлення треба перевіряти і реєструвати в окремому реєстрі для забезпечення прозорості і контрольованості даного виду діяльності з боку прокуратури і суду. Умовно їх можна поділити на ті: що очевидно вказують на факт вчинення кримінального правопорушення; які підлягають перевірці у встановлені законом строки; за якими треба проводити негласну перевірку в рамках досудового розслідування.

Запропоновано створення в структурі органу досудового розслідування оснащених сучасною технікою оперативних підрозділів, які як органи кримінального переслідування виконуватимуть свої функції предметно за конкретним кримінальним провадженням.

Аргументовано, що слідчий має виконувати функцію розслідування, а не виступати стороною обвинувачення. При цьому в діяльності прокурора не повинні змішуватися наглядові і управлінські функції. Тому в органах досудового розслідування запропоновано організаційно-управлінську структуру (матиме таку схему: «Управлінець», «Керівник», «Виконавці»), відповідно до якої функції керівника органу досудового розслідування і прокурора будуть чітко розмежовані.

Доведено необхідність підготовки доктринальної концепції сучасного досудового розслідування. При цьому обґрунтовано, що нову конструкцію досудового провадження в жодному разі не можна готувати на платформі чинного КПК. В її основу має бути покладена теоретично опрацьована засада чіткого розподілу функцій розслідування, обвинувачення, захисту, прокурорського нагляду, судового контролю і вирішення справи по суті, що на практиці відповідно ст. 6 Конституції України повинно забезпечити послідовну реалізацію конституційного принципу розподілу влад.

Ключові слова: досудове розслідування, досудове провадження, кримінальне провадження, органи кримінального переслідування, органи досудового розслідування, слідчий, детектив, прокурор, сторона обвинувачення.

Shumylo Mykola. The normative and legal model of pre-trial investigation under the current Criminal Procedural Code: theoretical and practical issues and ways of their solutions

The article is devoted to the theoretical and practical issues of pre-trial investigation in the criminal process of Ukraine, the reasons for their occurrence, and also the ways to solve them.

It is substantiated that applications and notifications should be checked and registered in a separate register to ensure transparency and controllability of this type of activity by the prosecutor's office and the court. Conventionally, they can be divided into those types: which obviously indicate the fact of a criminal offence; which are the subject to inspection within the time limits established by law; and on which it is necessary to conduct a covert inspection in the pre-trial investigation.

In the structure of the authority of pre-trial investigation it is proposed to create operational units equipped with modern technology which as bodies of criminal prosecution will perform their functions specifically for specific criminal proceedings.

It is argued that the investigator should perform the investigation, and not to be a part of prosecution. Thus in activity of the prosecutor the supervisory and administrative functions should not be mixed. Therefore, the pre-trial investigation bodies have proposed an organizational and management structure (will have the following scheme: "Manager", "Head", "Executors"), according to which the functions of the head of the pre-trial investigation body and the prosecutor will be clearly separated.

It is proved the necessity of preparing a doctrinal concept of modern pre-trial investigation. At the same time, it is substantiated that the new structure of pre-trial proceedings can in no case be prepared on the platform of the current Criminal Procedural Code. It should be based on a theoretically processed principle of a clear division of functions of investigation, prosecution, defense, prosecutorial supervision, judicial control and resolution of the case on the merits. In practice, accordingly to the Art. 6 of the Constitution of Ukraine, it must ensure the consistent implementation of the constitutional principle of separation of powers.

Key words: *pre-trial investigation, pre-trial proceedings, criminal proceedings, criminal prosecution bodies, pre-trial investigation bodies, investigator, detective, prosecutor, prosecution party.*

Ухвалений у 2012 р. КПК можна охарактеризувати як певну спробу реалізувати євроінтеграційні наміри нашої країни в царині кримінальної юстиції у ситуації браку його національної доктринальної моделі, яка б акумулювала в собі як передовий досвід сучасних західних правопорядків, так і позитивну вітчизняну практику, ставши відтак надійною теоретичною платформою для здійснення законопроектних робіт. Такий стан речей почасти можна пояснити тим, що після здобуття Україною незалежності вітчизняна теоретична думка силою інерції і перебувала і далі перебуває в сильній залежності від філософії і теоретичних узвичаєнь, на яких був побудований КПК УРСР 1960 р., тому геть не була готова думати й діяти в рамках сучасних європейських і англосаксонських понять

Оскільки життя і наші західні партнери все наполегливіше вимагали підготувати новий КПК, який би міг наблизити вітчизняне правосуддя до критеріїв, розроблених ЄСПЛ, то вирішено було залучити до групи вітчизняних фахівців і зарубіжних колег, які не мали цілісного уявлення про палітру проблем практики українського кримінального судочинства. У цій ситуації, коли, з одного боку, вітчизняна команда проектантів КПК не мала надійної, апробованої юридичною спільнотою теоретичної платформи, а західні консультанти могли лише висловлювати свої рекомендації в рамках власного теоретичного і практичного досвіду, а з іншого, коли підготовлений законопроект не пройшов широкого обговорення в зацікавленому середовищі,

й народився «гібридний» КПК, хаотично «склеєний» з фрагментів (запозичень) деяких західних процесуальних інститутів і частин КПК 1960 р., які далеко не завжди – аж до скреготу – належним чином сполучалися між собою.

Не слід забувати й про те, що, на жаль, запровадження нового КПК не забезпечувалось одночасними належними організаційними заходами у сфері професійного кадрового забезпечення і запровадження нових форм організації вишколу кадрів поліцейної і прокурорської і судової влади. Не випадково, наприклад, у п. 25 Перехідних положень до КПК давалось доручення Кабінету Міністрів України спільно з Генеральною прокуратурою Вищою кваліфікаційною комісією суддів України та органам адвокатського самоврядування підготувати і забезпечити виконання програм перепідготовки працівників органів кримінальної юстиції та адвокатів з питань застосування нових положень кримінального процесуального законодавства. На жаль, даний припис вищого законодавчого органу країни практично не виконано, а в окремих навчальних закладах навіть не збільшено кількість аудиторного часу на вивчення оновленого КПК. Сумарно ці та інші важливі чинники призвели до того, що деякі інститути, а в першу повну в сфері досудове розслідування (ліквідація стадії порушення кримінальної справи; запровадження інституту негласних слідчих (розшукових) дій і судового контролю; введення оскаржуваних процедур; розширення участі захисника; втрати слідчим самостійності в прийнятті вузлових процесуальних

рішень і трансформування із дослідника в процесуального переслідувача; набуття прокурором статусу процесуального керівника кримінального провадження, а, простіше кажучи, його «господаря») стали набагато складнішими в реалізації, ніж їхні прототипи з КПК 1960 р. На жаль, сталося не так, як гадалося...

Зазначу, зокрема, що дев'ятирічна практика експлуатації нового КПК виявила низку проблем нормативного характеру, до числа яких можна віднести такі. Передовсім мова про сумнозвісну ст. 214 КПК (Початок досудового розслідування), коли її поверхове прочитання у відриві від змісту тої управлінської ситуації, яка стоїть за даною безумовно позитивною нормою, спричинило катастрофічне перевантаження слідчих і геть нераціонального використання процесуальних засобів. Результат відомий: досудове провадження не виконує свого призначення (функції) – бути юридичним засобом реалізації соціального запиту на швидке і оперативне розкриття правопорушень із одного боку, а з іншого – слугувати надійним фундаментом для обвинувачення в суді.

Так, за даними начальника Головного слідчого управління Національної поліції України, за 12 місяців 2019 р. закінчено розслідуванням 779 тис. кримінальних проваджень, із яких до суду спрямовано 121 тис. кримінальних проваджень (з обвинувальними актами, клопотаннями про звільнення від кримінальної відповідальності), застосування заходів виховного чи медичного характеру, що становить 9% від тих, що розслідувалося на загал. У середньому одним слідчим розслідувалося 260 кримінальних проваджень, а в окремих областях навантаження було значно більшим, наприклад, в Кіровоградській – 402, Рівненській – 371, Запорізькій – 376, у м. Києві – 405 [1, с. 558].

Зазначу, що встановлений ст. 214 КПК порядок внесення відомостей в ЄРДР (в традиційній її інтерпретації) не бере до уваги ту суттєву обставину, що заяви і повідомлення про злочини можуть бути геть далекі від зафіксованого в них змісту (приміром, неправдивими, поданими із злим умислом з метою дискредитації, помсти чи усунення конкурентів в бізнесовому середовищі і т. ін.). Тому прова-

дження за такими матеріалами відкриває практичну можливість для необґрунтованого кримінального переслідування широкого кола осіб, запідозрених у вчиненні кримінальних правопорушень, до яких можуть застосовуватися заходи процесуального примусу, а також інші процесуальні рішення, які завдають особі репутаційних збитків. Слушно стверджує В.М. Григор'єв, що «сам факт кримінального переслідування є негативною обставиною у біографії людини, не кажучи вже про вилучені цінності, знищення бізнесу, позбавлення роботи і втрату соціальних зв'язків» [2, с. 17].

Тому, на моє глибоке переконання, мають бути юридичні фільтри на шляху до урухомлення дорогої і витратної мегамашини кримінального провадження. Окремі фахівці пропонують, наприклад, вирішити дану проблему, реанімувавши «дослідчу перевірку» за зразком КПК 1960 р. (до речі, нещадно критиковану в період його функціонування) На мою думку, з цим важко погодитися, адже завжди існує реальна небезпека повернення до системних практик, інспірованих відомчими критеріями оцінювання ефективності роботи міліції (поліції), nereагування на інформацію про кримінальні правопорушення. На мою думку, заяви і повідомлення треба перевіряти і **реєструвати в окремому реєстрі** для забезпечення прозорості і контрольованості даного виду діяльності з боку прокуратури і суду. Вважаю, що заяви і повідомлення можна умовно поділити на:

- 1) ті, що очевидно вказують на факт вчинення кримінального правопорушення;
- 2) ті, які підлягають перевірці у встановлені законом строки;
- 3) ті, за якими треба проводити негласну перевірку в рамках досудового розслідування.

Лише залежно від результатів перевірки треба буде ухвалювати відповідні управлінські процесуальні рішення в тому числі і про початок кримінального провадження.

Далі б хотіли привернути увагу на таку важливу обставину. На сьогодні в Україні існує п'ять органів досудового розслідування (ст. 38 КПК). Їх умовно можна поділити на дві групи:

1) слідчі підрозділи органів Національної поліції і органів безпеки;

2) слідчі підрозділи ДБР, та підрозділи детективів НАБУ і БЄБ.

Проте мимо їхнього спільного призначення (функції), про яке вказувалося вище, вони мають і істотні організаційні відмінності. Так, відповідно до КПК у зміст діяльності з розслідування кримінальних правопорушень включено негласні слідчі (розшукові) дії, проведення яких, як правило, доручається оперативним підрозділам, проте в органах Національної поліції і СБУ вони функціонують, будучи підпорядкованими іншим структурам. А це означає, що виконання окремих доручень слідчих цих відомств і прокурорів для них є не основним, а додатковим обов'язком. Звісно, це негативно впливає на оперативність і ефективність досудового розслідування. Тому цілком логічно вважати, що ускладнений зміст досудового розслідування вимагає адекватних організаційних форм його проведення.

Тому в структурі органу досудового розслідування (це впливає із змісту КПК) повинні бути добре організовані, оснащені сучасною технікою оперативні підрозділи як органи кримінального переслідування, що виконують свої функції предметно за конкретними кримінальними провадженнями. Наприклад, у Франції такі підрозділи поліції називають судовою поліцією. Вона здатна своєчасно вислідити, затримати і припинити дії злочинця і зібрати добротні матеріали для судового дослідження. За такої форми організації розслідування проводиться колективно в режимі кооперації оперативних і слідчих заходів. Тому даний підхід використано при створенні НАБУ, ДБР і БЄБ. Так, згідно зі ст. 9 Закону «Про ДБР» у його складі діють слідчі і оперативні підрозділи. Відповідно до п. 5 ст. 5 Закону «Про НАБУ» і ст. 14 Закону «Про Бюро економічної безпеки України» в структурі цих органів передбачено підрозділи детективів, що здійснюють оперативно-розшукові і слідчі (розшукові) дії. Із цього неважко дійти до висновку, що в Україні частково створено сучасні органи розслідування на принципово новій основі з об'єднанням оперативно-розшукової і слідчої діяльності.

Мало того, в НАБУ і БЄБ розслідування проводиться детективами, а в Національ-

ній поліції, СБУ, ДБР – слідчими Дані учасники кримінального провадження наділені різними повноваженнями. Так, в п. 4 ст. 5 Закону «Про НАБУ» вказується, що підрозділи детективів здійснюють «оперативно-розшукові та слідчі дії», а в п. 1 ст. 10 даного закону також зазначається, що «Негласними штатними працівниками Національного бюро можуть бути детективи, старші детективи...». В п. 2 ст. 2 Закону «Про бюро економічної безпеки України» роз'яснюється, що «детектив Бюро економічної безпеки України – службова особа Бюро економічної безпеки України, уповноважена в межах компетенції, визначеної Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» та Кримінальним процесуальним кодексом України, здійснювати оперативно-розшукову діяльність і досудове розслідування кримінальних правопорушень, віднесених законом до підслідності Бюро економічної безпеки» У ст. 40 КПК йдеться про те, що слідчий в межах кримінального провадження проводить слідчі (розшукові) та негласні (розшукові) дії. Порівняльний аналіз повноважень детектива і слідчого свідчить, що детективи наділені правом проведення оперативно-розшукової діяльності до початку кримінального провадження, що не характерно для слідчих. Унормовані в КПК 2012 р. і в Законах «Про НАБУ» та «Бюро економічної безпеки України» відповідно повноваження слідчого та детектива дають підстави для обґрунтованого висновку, що слідчий зразка КПК УРСР 1960 року «наказав довго жити».

Незаперечним є також той факт, що слідчі підрозділи в Національній поліції і СБУ виконують юридичні функції, але фактично будучи структурою виконавчої влади, що не може не впливати на їхню незалежність як суб'єктів права. На недопустимість такої організації органів досудового розслідування звертається увага у Рішенні Конституційного Суду України в справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини шостої статті 216 КПК від 24 квітня 2018 р. № 3-р/2018 у п. 2.3 якого наголошується: «Позитивний обов'язок держави стосовно створення ефективної системи

захисту життя, здоров'я та гідності людини передбачає забезпечення ефективного розслідування... розслідування має бути в тому числі незалежним, тобто з погляду безстороннього спостерігача не має існувати щодних сумнівів щодо інституційної або ієрархічної незалежності державного органу (його службових осіб), уповноваженого здійснювати офіційне розслідування порушень прав людини гарантованих статтями 27, 28 Конституції України».

Відповідно до глави 3 КПК та роз'яснень щодо визначення основних термінів Кодексу у п. 19 ст. 3 КПК слідчого віднесено до учасників кримінального провадження з боку сторони обвинувачення. На мою думку, дане положення є нормативним виразом традиційного для вітчизняного кримінального процесу обвинувального ухилу. Я схильний думати, що в нормативному полі чинного КПК сторін в стадії досудового розслідування не може бути в принципі бодай тому з тих міркувань, що учасників процесу, що здійснюють кримінальне преслідування і захист від нього наділено далеко не рівними правами. Мало того, на рівні засади законності (ст. 9 КПК) кримінального провадження визначено функцію слідчого і органів досудового розслідування. Вона полягає в тому, щоб «всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їх належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень» (п. 2 ст. 9 КПК). Це законодавче веління дає достатню підставу вважати, що слідчі повинні виконувати функцію розслідування. А тому думаю, що потребують уточнення і повноваження прокурора в стадії досудового розслідування. Згідно з вимогами ст. 131-1 Конституції України і п. 2 ст. 36 КПК прокурор являється відповідальним за організацію досудового розслідування, а також здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Неважко углядіти, що має місце змішування наглядових і управлінських

функцій у діяльності прокурора. Тому вони не випадково по суті дублюють права керівника органу досудового розслідування (ст. 39 КПК). Прокурор, як мені видається, повинен таки здійснювати нагляд за дотриманням законів органами досудового розслідування, а тому не варто його обтяжувати невластивими йому функціями. Виходячи з цього, вважаю обґрунтованими доводи зnanого вітчизняного процесуаліста В.П. Гмирка щодо належної організаційно-управлінської структури в органах досудового розслідування. Вона, як вважає цей вчений, може мати таку схему: «Управлінець» «Керівник» «Виконавці». Відповідно до цієї схеми «Управлінець» зобов'язаний забезпечувати належні умови для діяльності для керівника і виконавців. Він має бути *sui generis* поліцейним «директором» (гостріше – поліцейним «прокурором»), якому підпорядковано діяльність підрозділу зі здійснення розслідувань кримінальних справ. До числа основних функцій «управлінця» треба, в першу чергу, віднести: (1) здійснення відомчого нагляду за додержанням законів та виконанням вимог відомчих нормативних документів; (2) розстановку сил і засобів; (3) організацію взаємодії між підрозділами детективів; (4) розгляд і вирішення скарг на дії та рішення його підлеглих у кримінальних справах.

Якщо мова про «Керівника», то «Керівником» діяльності досудового розслідування в рамках розглядуваної схеми має бути відповідний поліцейний детектив, котрий особисто очолює роботу спеціалізованої поліцейної групи (бригади), що здійснює дізнання, приймає матеріали до свого провадження, персонально відповідаючи за хід і результати дізнання, а також за дії підлеглих йому детективів. Функція «керівника» передовсім полягає, по-перше, в організуванні роботи поліцейної групи детективів, результатом чого є організація детективів, спроможна справно здійснювати свою роботу, по-друге, в постановці цілей і завдань детективам, а також контролі за їхнім виконанням, і, по-третє, в управлінні діяльністю кожного з команди детективів.

«Виконавцями» є відповідним чином вишколені детективи, що входять до складу вже згадуваних груп (бригад) і безпосередньо здійснюють основний обсяг роботи в кримінальному провадженні в рамках

цілей і завдань, визначених її «керівником». Вони здійснюють свою поліційну роботу на основі службового обов'язку виконувати всі законно видавані «керівником» у рамках його компетенції указівки й доручення щодо досудового провадження. Останнє, як пропонує В. Гмирко, здійснюється в організаційно-процесуальній формі *поліційного дізнання* [3, с. 32]. Отже, якщо взяти за основу запропоновану оргструктуру, то тоді функції керівника органу досудового розслідування і прокурора будуть чітко розмежовані. Але для цього треба в першу чергу системно доопрацювати відповідні положення чинного КПК, а також здійснити належні організаційні і кадрових заходи, спрямовані на їхню ефективну реалізацію. І ще одне зауваження. На моє переконання, досудове провадження у виконанні чинного КПК тяжіє до німецької моделі досудового розслідування, здійснюваного у формі поліцейського дізнання під керівництвом прокурора. Щоб «пересадити» на вітчизняний ґрунт цю процесуальну конструкцію, треба спершу визначитися з функцією досудового розслідування у системі стадій процесу, з колом суб'єктів та засобів її реалізації. На мій погляд, органи досудового розслідування мають публічний обов'язок діяти законно, неупереджено і оперативно, що має забезпечити вимагану суспільством ефективність у встановленні фактів і обставин події кримінального правопорушення та особи яка його скоїла, виявити як ті обставини, що *викривають*, так і ті, що *виправдовують підозрюваного*, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їх належну правову оцінку (п. 2 ст. 9, ст. 25 КПК).

Важливий момент: на початковому етапі розслідування (особливо в ситуаціях провадження *in rem*) законодавцеві треба затурбуватися реалізацією засади (*favor proscutoris*), яка вимагає не обтяжувати поліційні підрозділи формально-бюрократичними процедурами і узвичаєннями, успад-

кованими від інквізиційного – в найгіршому розумінні цього слова – КПК 1960 р. та ще й неабияк погіршеного непродуманими новаціями типу пресловутої ст. 214 КПК 2012 р. Простіше кажучи, в детективній діяльності треба позбавитися всього того, що не виправдано «в'яже» руки можливостей поліції у встановленні особи і збиранні доказових матеріалів для прокурора як публічного обвинувача для обґрунтування підозри. Перекоаний, що у всіх органах досудового розслідування повинні бути об'єднані слідчі і оперативні підрозділи в єдині детективні відділи. Така діяльність повинна мати переважно закритий поліційний характер і не бути пов'язаною з формуванням доказів, рівноцінних кримінальним судовим доказам, з одного боку, а з іншого – зі створенням можливостей для захисту для збирання власного доказового матеріалу; лише в суді в рамках належної правової процедури доказові матеріали сторін мають шанс трансформуватися в повноцінні кримінальні судові докази. Прокурор як речник публічного обвинувачення має формувати підозру і обвинувачення.

Підсумовуючи вищевикладене, хотів би ясно і чітко позначити свою наукову позицію: нову конструкцію досудового провадження в жодному разі не можна готувати на платформі чинного КПК, а в її основу має бути покладена теоретично опрацьована засада чіткого розподілу функцій розслідування, обвинувачення, захисту, прокурорського нагляду, судового контролю і вирішення справи по суті, що повинно на ділі, не на словах, забезпечити послідовну реалізацію конституційного принципу розподілу влад (ст. 6 Конституції України).

На цій основі, а також узявши до уваги досвід нормативного регулювання поліційної детективної практики (особливо болючого питання деформалізації досудового розслідування), можна заходитися готувати доктринальну концепцію сучасного досудового розслідування.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Цуцкірідзе М.С. Кримінальна процесуальна діяльність слідчого: теорія та практика : монографія, вступне слово проф. М.А. Погорецького. Київ : Алерта, 2020. 562 с.
2. Григорьев В.Н. Начало уголовного производства: система сдержек и противовесов. *Союз криминалистов и криминологов*. 2013. № 2. С. 17–21.
3. Гмирко В.П. Діяльнісний погляд на реструктуризацію кримінального процесу: the of dogmatic shawshawshank redemption? *Правова позиція*. 2018. № 1(20). С. 21–36.