

РОЗДІЛ IV

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА. ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК: 343.18

DOI: <https://doi.org/10.32366/2523-4269-2022-79-2-136-143>



Городецка Марина Сергіївна,
кандидат юридичних наук, доцент
(Донецький державний університет
внутрішніх справ, м. Кривий Піз)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3228-6299>

ЩОДО РОЗПОДІЛУ ПІДСЛІДНОСТІ НА ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ

У статті досліджено окремі питання врегулювання підслідності на досудовому розслідуванні. Здійснено аналіз окремих проблемних питань щодо визначення підслідності між органами досудового розслідування. Приділено увагу проблемі конкуренції підслідності різних суб'єктів кримінального провадження. Проаналізовано наукові погляди щодо вирішення питань конкуренції підслідності у кримінальному провадженні. З'ясовано правові наслідки порушення правил підслідності. Запропоновано застосування загальноправового принципу естопель для вирішення проблемних питань щодо визначення підслідності на досудовому розслідуванні.

Ключові слова: підслідність; предмет відання; допустимість доказів; органи досудового розслідування; кримінальне провадження; оскарження; естопель.

Постановка проблеми. Розподіл підслідності органів досудового розслідування є доволі детальним, проте не позбавлений недоліків. Запровадження нових органів досудового розслідування, застосування правил альтернативної підслідності, невизначеність розмежування предметів відання прокурора за територіальністю та за спеціалізацією – усе це створює підстави для виникнення конкуренції суб'єктів кримінального провадження. Під час правозастосовної діяльності з'являються певні проблемні питання щодо визначення підслідності, визначення предмета відання. Необхідність пошуку шляхів вирішення проблемних питань зумовлює актуальність теми дослідження.

Аналіз останніх досліджень. Деякі аспекти розмежування предмета відання у кримінальному провадженні досліджували такі вчені, як І. В. Гловюк, Ю. М. Грошевий, В. С. Зеленецький, О. В. Капліна, Л. М. Лобойко, М. А. Погорецький, О. Ю. Татаров та інші. Однак у працях згаданих науковців не було охоплено всіх питань конкуренції предмета відання у кримінальному судочинстві.

Метою статті є дослідження та встановлення можливих шляхів вирішення проблемних питань розподілу підслідності на досудовому розслідуванні.

Виклад основного матеріалу. Як правильно зазначають М. А. Погорецький та В. О. Гринюк, питання щодо визначення підслідності виникає, як правило, під час проведення досудового розслідування на різних його етапах, але воно може виникнути й на судових стадіях процесу під час вирішення питання про допустимість доказів, які отримані під час проведення досудового розслідування з порушенням правил підслідності [1, с. 63].

Зі створенням такого органу розслідування, як Національне антикорупційне бюро України (далі – НАБУ) з'явилася конкуренція їх підслідності спочатку з підслідністю органів розслідування прокуратури, а потім і з підслідністю слідчих Державного бюро розслідувань (далі – ДБР). Кваліфікація кримінального правопорушення, встановлена на момент початку провадження, може в подальшому змінитися. У зв'язку з цим матеріали, підслідні НАБУ, можуть опинитися у провадженні органу розслідування будь-якого відомства. Питання полягає у проблемності передавання таких матеріалів за підслідністю.

Керівництвом НАБУ наголошувалося, що Офіс Генерального прокурора затягує передачу їм резонансних кримінальних справ, підслідних НАБУ. Вимога передавання вказаних кримінальних справ аргументувалася посиланням на п. 2 ч. 1 ст. 17 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України», відповідно до якого НАБУ має право за рішенням Директора Національного бюро, погодженим з антикорупційним прокурором, витребувати від інших правоохоронних органів оперативно-розшукові справи та кримінальні провадження, що стосуються кримінальних правопорушень, віднесених законом до підслідності Національного бюро, та інших кримінальних правопорушень, які не відносяться до його підслідності, але можуть бути використані з метою попередження, виявлення, припинення та розкриття кримінальних правопорушень, віднесених законом до його підслідності. Проте Офіс Генерального прокурора оприлюднив заяву, у якій стверджує, що зазначена позиція керівництва НАБУ не відповідає чинному кримінальному процесуальному законодавству України, оскільки новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) не передбачає «інституту витребування кримінальних проваджень» (був скасований) і, відповідно, жодного способу реалізації таких вимог КПК України не регламентовано [2].

Так, Н. Холодницький указав на проблему, коли Генеральна¹ чи військова прокуратура реєструють кримінальні провадження, наприклад, щодо вимагання хабаря суддею, та, незважаючи на підслідність детективам НАБУ, продовжують провадження самостійно, збирають докази в обсязі приблизно 80 % і тільки після цього «згадують» про законну підслідність таких проваджень та передають за підслідністю. Причиною такого становища Н. Холодницький вважає конкуренцію підслідностей слідчих органів НАБУ та прокуратури, а також прагнення органів прокуратури здобути «піар» на розслідуванні справ із гучними іменами та великими сумами. Такі порушення підслідності, на думку Н. Холодницького, призведуть до визнання доказів недопустимими в судах та до виправдувальних вироків у таких справах. За свідченням керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури (далі – САП), наразі йому відомо біля 8 паралельних кримінальних проваджень

¹ На час зазначеної публікації офіційна назва Офісу Генерального прокурора – Генеральна прокуратура України.

з приводу ідентичних фактів правопорушень різними органами досудового розслідування [3].

Зокрема, є приклади таких рішень щодо недопустимих доказів, здобутих невідповідним суб'єктом. Так, наприклад, 22 червня 2017 року Комунарський районний суд м. Запоріжжя повернув обвинувальний акт прокурора у кримінальному провадженні у зв'язку з тим, що кримінальне провадження, яке підслідне органам досудового розслідування НАБУ, розслідувалося слідчим органів Національної поліції під керівництвом прокурора загальної прокуратури замість прокурора САП. У своєму рішенні суддя вказав, що порушення зазначених вимог КПК України позбавляють доказового значення ті відомості, які були отримані, роблять доказ недопустимим. Такий доказ не може бути покладений в основу підозри, обвинувачення, використаний для доказування інших значущих у кримінальному провадженні обставин. Це порушення стало однією з підстав для повернення обвинувального акта прокурору [4]. Апеляційний суд Запорізької області апеляційну скаргу прокурора в цьому кримінальному провадженні залишив без задоволення [5].

У результаті визнання доказів недопустимими відповідальність несуть не лише органи, які ведуть кримінальний процес. Від цього страждають також інтереси учасників кримінального процесу, які відстоюють власний інтерес і які не повинні страждати через помилки державних органів.

Зважаючи на те, що порушення підслідності є суттєвим порушенням установленого кримінальним процесуальним законодавством порядку, то отримані докази не можуть бути визнані допустимими. Втрата доказів є значним несприятливим наслідком для учасників кримінального провадження.

Для забезпечення ефективності застосування правил підслідності кримінальних проваджень М. А. Погорецький та С. Г. Волкотруб вважають актуальним розширення сфери судового контролю. Як вони справедливо зазначили, відповідні норми чинного КПК України не передбачають право сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється кримінальне провадження, оскаржити рішення прокурора про визначення підслідності конкретного кримінального провадження під час здійснення досудового розслідування, що негативно позначається на забезпеченні належного захисту прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження в досудовому розслідуванні. Натомість у правозастосовній практиці поширеними є випадки подання підозрюваними, захисниками під час підготовчого провадження або судового розгляду клопотань з приводу необґрунтованого визначення прокурором підслідності відповідного кримінального провадження, визнання доказів недопустимими через порушення стороною обвинувачення правил підслідності [6, с. 76].

Подібну пропозицію висловлює О. Ю. Татаров. Розглядаючи недоліки імперативного визначення підслідності прокурором, автор пропонує передбачити в законодавстві можливість оскарження постанови про визначення підслідності слідчому судді, що унеможливило б порушення правил підслідності, а у разі скасування слідчим суддею постанови прокурора докази, які отримані під час здійснення розслідування неуповноваженим органом, мають визнаватися, на його думку, недопустимими [7].

Можна погодитися із запропонованою вченими процедурою судового контролю за діяльністю щодо визначення підслідності під час досудового розслідування. Дійсно, оскарження до слідчого судді створить умови для втручання незалежного суб'єкта – слідчого судді, який розгляне підстави для застосування правил підслідності.

У продовження своєї тези М. А. Погорецький та С. Г. Волкотруб зазначають, що «захист прав і свобод людини не може бути ефективним без наявності в зацікавлених сторін можливості на засадах змагальності оскаржити до суду окремі процесуальні дії (бездіяльність) та рішення посадових осіб, які проводять досудове розслідування, щодо визначення підслідності» [6, с. 76].

Варто наголосити на словах «зацікавлених сторін» і розглянути оскарження стороною захисту рішень, якими визначено підслідність. Доступ до суду є однією з умов забезпечення справедливого судового розгляду, тому сторона захисту, звісно, є зацікавленою. Проте вона не завжди є зацікавленою у встановленні істини у кримінальному процесі. Сторона захисту може бути зацікавленою в отриманні на досудовому розслідуванні відомостей, які під час судового розгляду будуть визнані недопустимими. Для цього вона може умисно не заявляти про порушену підслідність на досудовому розслідуванні, намагаючись «приберегти» як аргумент факт цього порушення для судового розгляду, де, скориставшись ним, досягти визнання доказів недопустимими і в такий спосіб нівелювати обвинувальну діяльність.

Отже, можна припустити, що запровадження судового контролю не вирішить проблемні питання визначення підслідності на досудовому розслідуванні та не дозволить уникнути за таких обставин визнання доказів недопустимими, оскільки участь потерпілого не завжди відрізняється активністю, а сторона захисту, як правило, прямо не є зацікавленою в судовому оскарженні порушення підслідності. Постає питання: як змусити учасників кримінального провадження вчасно звертатися до слідчого судді, якщо їм відомо про факти неправильного визначення підслідності стороною обвинувачення?

На нашу думку, запровадження судового контролю може бути досить дієвим у такому разі. Водночас доцільно встановити правило: якщо учасники не скористалися можливістю оскаржити підслідність під час досудового розслідування, то під час судового розгляду вони не мають права ставити питання щодо недопустимості доказів через неправильно визначену підслідність. Таким чином, учасники кримінального провадження будуть позбавлені спокуси заявляти в судовому засіданні про неправильно визначену підслідність на стадії досудового розслідування.

До того ж слід зауважити, що достовірно визначити підслідність не завжди можливо, особливо на початку провадження. Певні відомості про ознаки кримінального правопорушення або суб'єкта його вчинення можуть бути встановлені згодом у процесі розслідування, тому до цього моменту визначення підслідності вважається цілком обґрунтованим і не повинно спричиняти негативних наслідків у вигляді визнання доказів недопустимими.

Під час оцінки доказів на предмет допустимості у разі їх отримання слідчим за умов порушення правил підслідності слідчий суддя має розглянути попередню процедуру отримання доказів щодо суттєвості допущених порушень та можливості їх вплинути на справедливість кримінального процесу в цілому. Визнання

попередньо здобутих доказів недопустимими може бути більш шкідливим для захисту прав учасників кримінального процесу, ніж ведення провадження неналежним суб'єктом.

Тому слідчий суддя під час оскарження рішення про застосування правил підслідності має з'ясувати, коли були встановлені стороною обвинувачення всі відомості щодо кримінального правопорушення та суб'єкта його вчинення, на підставі яких суб'єкти сторони обвинувачення могли й повинні були прийняти рішення щодо передавання матеріалів кримінального провадження відповідному суб'єкту. З моменту встановлення таких відомостей, які свідчать про необхідність передавання матеріалів іншому органу досудового розслідування за підслідністю, до судового розгляду у сторін та інших учасників з'являється право на оскарження підслідності. Згодом під час судового розгляду учасники кримінального провадження, якщо вони таким правом не скористалися, втрачають можливість оскаржувати допустимість отриманих доказів неналежним суб'єктом. Таке правило цілком узгоджується із загальноправовим принципом естопель.

Принцип естопель розглянуто А. І. Мануїловою в дисертаційному дослідженні на здобуття ступеня доктора філософії. Цей принцип існує нарівні з принципами добросовісності, змагальності, належного виконання прийнятих на себе зобов'язань, і в певному сенсі є їх продовженням. Зміст загальноправового принципу естопель полягає в недопустимості зловживання правом. Так, сторона, яка вчиняє дії або робить заяви в спорі, що суперечать позиції, яку вона займала раніше, не повинна отримати перевагу від своєї непослідовної поведінки. Це правовий принцип, сутність якого полягає в тому, що сторона не повинна отримати привілеї в результаті своєї непослідовної поведінки, коли ця сторона вчиняє дії, які спрямовані проти тих, які вона здійснювала раніше [8, с. 50].

Під час дослідження А. І. Мануїлова розглядає естопель як принцип міжнародного права. Вона зазначає, що цей принцип запозичений з правової системи країн англо-американської правової сім'ї. Проте практично будь-яка галузь права не виключає можливості застосування принципу естопель. Значимість цього принципу визначається тим, що звернення до естопель забезпечується виконанням принципу добросовісності та правилами послідовності в поведінці суб'єктів права [8, с. 135].

Авторка зауважує, що якщо проаналізувати національну судову практику України, то прояв принципу естопель можна знайти в рішеннях Верховного Суду, а саме Касаційного цивільного та Касаційного господарського суду, починаючи з 2018 року вони прийняли кілька постанов, які в мотивувальній частині містять посилання на принцип римського права – *venire contra factum proprium* (заборона суперечливої поведінки), який, як визначає Верховний Суд, «базується ще на римській максимі – «*nonconcedit venire contra factum proprium*» (ніхто не може діяти всупереч своїй попередній поведінці)», що, у свою чергу, є прототипом принципу естопель [8, с. 117].

На нашу думку, застосування принципу естопель у вітчизняному кримінальному процесі є досить перспективним та потребує подальшого вивчення. Що стосується нашого дослідження, то цілком ефективним, на наш погляд, є застосування принципу естопель в контексті запровадження правила щодо втрати можливості оскарження підслідності під час судового розгляду учасниками кримінального провадження, якщо вони не вдавалися до такого оскарження під час досудового розслідування. Оскільки в такому затягуванні вбачається елемент

зловживання та прояв непослідовної поведінки, у результаті якої учасник має намір отримати переваги у вигляді визнання здобутих доказів недопустимими. Якщо учасник кримінального провадження не оскаржував підслідність під час досудового розслідування, то своєю поведінкою він виявив мовчазну згоду стосовно того, що провадження здійснюється належним суб'єктом відповідної кваліфікації. Тобто учасника кримінального провадження цілком влаштовує стан речей щодо розподілу предмета відання та визначення «законного» суб'єкта провадження. А тому учасник кримінального провадження у зв'язку зі своєю поведінкою втрачає можливість подальшого оскарження того факту (підслідності), стосовно якого він продемонстрував згоду своєю поведінкою.

Тож необхідно внести до кримінального процесуального законодавства зміни щодо запровадження права учасників кримінального провадження на оскарження підслідності під час досудового розслідування. У разі, якщо учасники кримінального провадження таким правом не скористалися на досудовому розслідуванні, вони втрачають право оскаржувати підслідність під час судового розгляду (курсив мій. – М. Г.).

На підставі викладеного можна сформулювати **висновки**.

1. Конкуренція норм та невизначеність нормативно-правового регулювання призводить до можливого помилкового визначення підслідності органів досудового розслідування на досудовому розслідуванні. Одним із правових наслідків неправильного визначення підслідності органів досудового розслідування є визнання отриманих доказів недопустимими.

2. Необхідно внести зміни до кримінального процесуального законодавства щодо запровадження права учасників кримінального провадження на оскарження підслідності під час досудового розслідування. Це правило слід застосовувати у кримінальному провадженні з урахуванням принципу естопель. Останній проявляється в тому, що у разі, якщо учасники кримінального провадження таким правом на оскарження не скористалися на досудовому розслідуванні, вони втрачають право оскаржувати підслідність під час судового розгляду.

Подальші наукові розвідки будуть здійснюватися за такими напрямками: 1) дослідження кримінальної процесуальної відповідальності суб'єктів кримінального провадження за порушення правил підслідності; 2) дослідження судового та відомчого контролю за дотримання правил підслідності.

Список використаних джерел

1. Погорецький М. А., Гринюк В. О. Визначення прокурором підслідності кримінального провадження. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 3. С. 60–68.

2. ГПУ і НАБУ по-різному тлумачать Кримінально-процесуальний кодекс. *Українська правда*. 11 березня 2016 року. URL: <http://www.pravda.com.ua/news/2016/03/11/7101696/> (дата звернення: 11.04.2022).

3. Более 70 коррупционных дел на грани развала из-за конкуренции между правоохранителями и пиара. *Цензор.НЕТ*. 19.05.2017. URL: https://censor.net.ua/news/440550/bolee_70_korruptsionnyh_del_na_grani_razvala_izza_konkurentsii_mejdu_pravoohranitelyami_i_piara_ho_lodnitskiyi (дата звернення: 11.04.2022).

4. Ухвала Комунарського районного суду м. Запоріжжя від 22 червня 2017 року у справі № 323/665/17, провадження № 1-кп/333/370/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67311497> (дата звернення: 11.04.2022).

5. Ухвала Апеляційного суду Запорізької області від 31 липня 2017 року у справі № 323/665/17, провадження № 11-кп/778/1310/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68097315#> (дата звернення: 11.04.2022).

6. Погорецький М. А., Волкотруб С. Г. Удосконалення кримінального процесуального законодавства України щодо підслідності органів досудового розслідування. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 1. С. 71–80.

7. Татаров О. Ваші докази недопустимі або чому розслідування може стати незаконним. *Ліга.net*. 16.11.2018. URL: <https://blog.liga.net/user/otatarov/article/31640> (дата звернення: 11.04.2022).

8. Мануїлова А. І. Естопель як загальний принцип міжнародного права: дис. ... д-ра філософії: 293 – «Міжнародне право» / Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2021. 235 с.

References

1. Pohoretskyi, M. A., Hryniuk, V. O. (2016). Vyznachennia prokurorom pidslidnosti kryminalnoho provadzhennia [Determination by the prosecutor of the jurisdiction of criminal proceedings]. *Visnyk kryminalnoho sudochynstva*. № 3. S. 60–68 [in Ukrainian].

2. HPU i NABU po-riznomu tлумachat Kryminalno-protsesualnyi kodeks [The GPU and NABU have different interpretations of the Code of Criminal Procedure]. *Ukrainska pravda*. 11 bereznia 2016 roku. URL: <http://www.pravda.com.ua/news/2016/03/11/7101696/> (data zvernennia: 11.04.2022) [in Ukrainian].

3. Bolee 70 korrupcionnyh del na grani razvala iz-za konkurencii mezhdru pravoohranitelyami i piara [More than 70 corruption cases on the verge of collapse due to competition between law enforcement and PR]. *Cenzor.NET* 19.05.2017. URL: https://censor.net.ua/news/440550/bolee_70_korrupsionnyh_del_na_grani_razvala_iz-za_konkurencii_mejdu_pravoohranitelyami_i_piara_holodnitskiyi (data zvernennia: 11.04.2022) [in Russian].

4. Ukhvala Komunarskoho raionnoho sudu m. Zaporizhzhia vid 22 chervnia 2017 roku u spravi № 323/665/17, provadzhennia № 1-kp /333/370/17 [Decision of the Kommunarsky District Court of Zaporizhzhia of June 22, 2017 in the case № 323/665/17]. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67311497> (data zvernennia: 11.04.2022) [in Ukrainian].

5. Ukhvala Apeliatsiinoho sudu Zaporizkoi oblasti vid 31 lypnia 2017 roku u spravi № 323/665/17, provadzhennia № 11-kp/778/1310/17 [The decision of the Court of Appeal of Zaporozhye region from July 31, 2017 in the case № 323/665/17]. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68097315#> (data zvernennia: 11.04.2022) [in Ukrainian].

6. Pohoretskyi, M. A., Volkotrub, S. H. (2017). Udoshkonalennia kryminalnoho protsesualnoho zakonodavstva Ukrainy shchodo pidslidnosti orhaniv dosudovoho rozsliduvannia [Improving the criminal procedure legislation of Ukraine on the jurisdiction of pre-trial investigation bodies]. *Visnyk kryminalnoho sudochynstva*. № 1. S. 71–80 [in Ukrainian].

7. Tatarov, O. (2018). Vashi dokazy nedopustymi abo chomu rozsliduvannia mozhe staty nezakonnym [Your evidence is inadmissible or why the investigation may become illegal]. *Liha.net*. 16.11.2018. URL: <https://blog.liga.net/user/otatarov/article/31640> (data zvernennia: 11.04.2022) [in Ukrainian].

8. Manuilova, A. I. (2021). Estopel yak zahalnyi pryntsyyp mizhnarodnoho prava: dys. ... d-ra filosofii: 293 – «Mizhnarodne pravo» / Natsionalnyi universytet «Odeska yurydychna akademiia» [Estopel as a general principle of international law]. Odesa. 235 s. [in Ukrainian].

Horodetska Maryna,

PhD in Law, Associate Professor

(Donetsk State University of Internal Affairs, Kryvyi Rih)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3228-6299>

ON THE DISTRIBUTION OF JURISDICTION IN THE PRE-TRIAL INVESTIGATION

The article examines some issues of settlement of jurisdiction in the pre-trial investigation. In particular, it was noted that with the creation of such an investigative body as the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine, there was competition from their investigation, first with the investigation of the prosecutor's office, and then with the State Bureau of Investigation. The classification of the criminal offense, which took place at the time of the proceedings, may change in the future. As a result, material under investigation by one investigative body may end up in the

investigation of another agency. The issue is the problematic transmission of such materials under investigation. It has been established that the violation of jurisdiction is a significant violation of the procedure established by the criminal procedure legislation, therefore the obtained evidence cannot be recognized as admissible. Loss of evidence is a significant adverse consequence for participants in criminal proceedings. An analysis of some problematic issues in determining the jurisdiction between the pre-trial investigation authorities. The position on providing in the legislation for the possibility of appealing the decision to determine the jurisdiction of the investigating judge was supported. Such changes would make it impossible to violate the rules of jurisdiction. Scientific views on solving the issues of competition of jurisdiction in criminal proceedings have been studied. It has been determined that access to court is one of the conditions for ensuring a fair trial. The defense may be interested in obtaining information from the pre-trial investigation that will be declared inadmissible during the trial. To do this, she may intentionally not declare a violation of the pre-trial investigation. Therefore, the introduction of judicial control will not solve the problematic issue of determining jurisdiction in the pre-trial investigation and will not avoid in such circumstances to declare the evidence inadmissible. It is proposed to apply the common law principle of estoppel to solve problematic issues in determining the jurisdiction of the pre-trial investigation.

Key words: *investigation; subject matter; admissibility of evidence; pre-trial investigation bodies; criminal proceedings; appeals; estoppel.*

Надіслано до редколегії 27.04.2022
Рекомендовано до публікації 10.05.2022