

**О.С. КАШКА. АПЕЛЯЦІЙНИЙ ПЕРЕГЛЯД ПОСТАНОВ МІСЦЕВОГО СУДУ,
ВИНЕСЕНИХ ЗА РОЗГЛЯДОМ СКАРГ НА ПОСТАНОВУ ПРО
ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ**

Досліджуються основні проблеми апеляційної перевірки правомірності порушення кримінальної справи.

Ключові слова: апеляція, апеляційний перегляд, порушення кримінальної справи.

Исследованы основные проблемы апелляционной проверки правомерности возбуждения уголовного дела.

Ключевые слова: апелляция, апелляционный пересмотр, возбуждение уголовного дела.

The article is dedicated to the main problems of the appellate review of instituting prosecution.

Key words: appeal, appellate review, to institute prosecution.

Судовий контроль за правомірністю порушення кримінальної справи є гарантією прав і свобод людини і громадянина, що забезпечує реалізацію права особи на судовий захист та не допускає зловживань з боку посадових осіб на стадії порушення кримінальної справи. Саме тому чинний Кримінально-процесуальний кодекс України (надалі – КПК) Законом України №462-V від 14.12.2006р. було доповнено ст.ст. 236-7 та 236-8, якими передбачено можливість оскарження до суду постанови органу дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи та можливість апеляційного перегляду рішень, винесених судом першої інстанції за результатами розгляду скарг на вказані постанови.

Хоча питання судового оскарження постанови про порушення кримінальної справи не є новим і розглядалося в юридичній літературі, все ж апеляційному перегляду приділяється незначна увага, а більшість проблем взагалі залишаються без відповіді. Тому слід звернути увагу на наступні питання як теоретичного, так і практичного характеру.

З аналізу ст.ст. 347, 236-8 та 251 КПК слідує, що апеляція може бути подана на наступні постанови місцевого суду: 1) про скасування постанови органу дізнання, слідчого, прокурора про порушення справи; 2) про залишення скарги на постанову органу дізнання, слідчого, прокурора про порушення справи без задоволення. Чинним кримінально-процесуальним законодавством не передбачено апеляційного перегляду постанов місцевих судів про порушення кримінальних справ про злочини, вказані у ч. 1 ст. 27 КПК, що викликає закономірне питання, чому в одному випадку, коли йдеться про справи публічного обвинувачення, аналогічне рішення підлягає оскарженню, а в іншому, у справах приватного, – ні. Тому в новому КПК доцільно виправити цей недолік, передбачивши можливість апеляційного перегляду постанови суду про порушення кримінальної справи, винесеної у порядку ст. 251 КПК. На сьогодні ж апеляційному оскарженню підлягає лише постанова судді про відмову в порушенні кримінальної справи.

Суттєвим недоліком також є те, що чинним КПК не визначено суб'єктів апеляційного оскарження постанов, винесених у порядку ст. 236-8 КПК. Такі особи не визначені ні в ст. 236-8 КПК, ні в ст. 348 КПК. Згідно з п. 12 ст. 348 КПК апе-

ляцію мають право подати інші особи у випадках, передбачених КПК. Костюченко О.Ю. зазначає, що, як покаже судова практика, таке формулювання закону викликає проблеми у його практичному застосуванні¹. Тому доцільним є прийняття положення, запропонованого в п. 11 ст. 527 проекту КПК №1233 від 13 грудня 2007р., де вказано, що право подати апеляцію мають інші особи, якщо вирок, постанова, ухвала стосується їх інтересів. А доки питання про суб'єктів апеляційного оскарження зазначених постанов не буде вирішено на законодавчому рівні, апеляційним судам залишається єдиний вихід діяти за аналогією зі ст. 236-7 КПК, яка визначає суб'єктів оскарження постанов про порушення кримінальної справи.

Апеляція на постанови, винесені в порядку ст. 236-8 КПК, подається через суд, який виніс постанову, і розглядається за правилами ст. 382 КПК. Строк на апеляційне оскарження становить сім діб з дня їх винесення. В той же час, як свідчить судова практика, більша частина апеляцій по справах, розглянутих у порядку ст. 236-8 КПК, подається до апеляційного суду безпосередньо, а менша частина надходить до апеляційного суду із кримінальними справами з суду першої інстанції². Апеляційна перевірка вказаних судових рішень здійснюється з додержанням вимог глави 30 КПК. Розглядатися вони мають не пізніше як через сім діб після їх надходження до апеляційного суду. При перегляді цих рішень судове слідство не провадиться. Для розгляду вказаних апеляцій відповідні матеріали невідкладно витребовуються апеляційним судом, що створює ряд проблем на практиці. По-перше, це правило не визначає, що слід розуміти під відповідними матеріалами. Якщо в першій інстанції чітко вказано, що подаються лише матеріали, на підставі яких було прийнято рішення про порушення справи (ч. 6 ст. 236-8 КПК), то в апеляційній – законодавцем не конкретизовано поняття «відповідних матеріалів», а практика показує, що, навіть, незважаючи на чіткість законодавчого визначення, і в місцеві суди подаються томи кримінальних справ, які відповідно приймаються судами, то що говорити про апеляційні суди, для яких фактично питання витребовування відповідних матеріалів процесуально не врегульовано. Тому сьогодні судам апеляційної інстанції необхідно діяти за аналогією закону і, керуючись ч. 6 ст. 236-8 КПК, витребовувати лише матеріали, на підставі яких було прийнято рішення про порушення справи, а не безпосередньо саму справу, як це часто робиться на практиці. Крім того, в юридичній літературі піднімається ще одна проблема, що правило про невідкладне витребовування матеріалів не містить змісту та форми цієї дії, і як свідчить судова практика, матеріали витребовуються без складання будь-якого процесуального документа, що в свою чергу створює особі, у провадженні якої знаходиться кримінальна справа, можливість ухилитися від виконання вимоги суду. Крім того, закон не містить строку виконання вимоги суду, у той час як апеляція повинна бути розглянута у 7-добовий термін³. Більшість таких справ розглядається з порушенням цього строку саме на тих підставах, що судові справи та матеріали кримінальних справ надійшли несвоєчасно⁴.

Неврегульованими є також питання про те, який суд має здійснювати виклик осіб до суду апеляційної інстанції, так як ст.ст. 354 і 361 КПК не дають відповіді на це питання, та в якому обсязі повинна здійснюватися перевірка постанов, винесених у порядку ст. 236-8 КПК. Очевидно, що виклик осіб має здійснювати суд апеляційної інстанції. Що ж до загального правила, встановленого ч. 1 ст. 365 КПК про те, що постанова суду першої інстанції перевіряється апеляційним

судом в межах апеляції, то воно не повинно стосуватися перегляду вказаних постанов судді, оскільки явно не відповідає завданню і меті судового контролю за діями і рішеннями відповідних органів і посадових осіб на стадії порушення кримінальної справи.

Главою 30 КПК також не встановлено і предмету перевірки апеляційним судом при розгляді апеляцій на постанови судді, винесені в порядку ст. 236-8 КПК. Очевидно, що апеляційному розгляду мають підлягати як вказані постанови судді, так і постанова про порушення справи та матеріали справи, на підставі яких прийнято таке рішення. При цьому судам апеляційної інстанції слід виходити з аналогії закону, і керуватися в цій частині положенням ч. 15 ст. 236-8 КПК. Тому, здійснюючи перегляд таких постанов, апеляційний суд має перевіряти наявність приводів і підстав для порушення кримінальної справи, законність джерел отримання даних, які стали підставою для винесення постанови про порушення справи, і не вправі розглядати та заздальгідь вирішувати ті питання, які вирішуються судом при розгляді справи по суті. Також зі змісту ч. 16 ст. 236-8 КПК слідує, що перевірі підлягає ще й додержання вимог ст. 97, 98 КПК при порушенні справи.

Стосовно перевірки приводів до порушення кримінальної справи, то тут у суду апеляційної інстанції не виникає проблем, так як їх вичерпний перелік закріплено ст. 94 КПК. Що ж до підстав – то це питання залишається невирішеним.

Загальновизнаною є позиція згідно з якою, підстави до порушення кримінальної справи – це достатні дані, які вказують на наявність ознак злочину. З цього приводу в юридичній літературі відмічено, що законом не уточнено, які дані можуть бути враховані, як такі, що вказують на наявність ознак злочину. Невідомо, яка має бути ступінь легітимізації цих даних та їх вірогідність, спосіб їх збирання та процесуального закріплення. Жодним нормативним актом, жодним роз'ясненням Конституційного чи Верховного судів України не дано визначення не тільки ознаки злочину, а й за яких обставин дані, які вказують на наявність ознак злочину, можна вважати достатніми для порушення кримінальної справи, тобто для стадії, коли ще не проводилися слідчі дії⁵. Саме тому, справедливо зазначає Михайленко О.Р., що доцільно було б на законодавчому рівні визначити, що є «достатні дані», а також «ознаки злочину», які входять в підстави до порушення кримінальної справи⁶.

Аналізуючи дане питання, Маляренко В.Т. висловлює думку, що не можна акцентувати увагу на тому, що на момент порушення кримінальної справи повинні бути всі необхідні дані про злочин та винність у ньому певних осіб. На початковій процесуальній стадії закон вимагає лише знання про певні, якщо можна так сказати, натяки на злочин чи його підготовку, тобто на окремі елементи об'єктивної сторони складу злочину⁷. Лобойко Л.М. взагалі вказує на те, що в стадії порушення справи розпочинається кримінально-правова кваліфікація злочину⁸. Тобто фактично діяльність органу дзнання, слідчого, прокурора на стадії порушення кримінальної справи зводиться до дачі кримінально-правової оцінки вчиненого діяння, яка фіксується у процесуальному документі, – постанові про порушення кримінальної справи. Тому апеляційний суд чи суд першої інстанції при перевірці постанови про порушення кримінальної справи не повинен здійснювати кваліфікацію вчиненого діяння та встановлювати всі елементи складу злочину, а має дати кримінально-правову оцінку фактичним даним, що

свідчать про наявність чи відсутність ознак злочину.

Наступним невизначеним питанням є, чи може апеляційний суд контролювати законність порушення прокурором справ в порядку ч. 3 ст. 27 КПК? Бегма А. вважає, що якщо справа була порушена прокурором, який не довів згодом обґрунтованість подібної дії, то суд має закрити кримінальну справу у зв'язку з істотним порушенням кримінально-процесуального законодавства при порушенні справи⁹. Але слід вказати на те, що ст. 236-8 КПК суду першої інстанції такого права не надано, тоді як апеляційний суд у випадках відсутності підстав, передбачених ч. 3 ст. 27 КПК, та відсутності скарги потерпілого уповноважений закрити кримінальну справу, керуючись ст. 376 КПК. Тому в юридичній літературі висловлюється слушна думка, що повноваження суду при розгляді скарги в порядку ст. 236-8 КПК повинні бути аналогічними повноваженням прокурора, наведеним у ст. 100 КПК, якщо кримінальну справу порушено без законних підстав. А саме, якщо при порушенні справи не були додержані вимоги ст.ст. 94, 97, 98 КПК, то суд задовольняє скаргу і виносить постанову про закриття справи, а у випадках, коли в цій справі ще не проводилося слідчих дій, скасовує постанову про порушення справи¹⁰.

Суттєвою прогалиною у досліджуваному питанні є також і те, що КПК не конкретизує, які рішення може прийняти апеляційний суд за розглядом апеляцій на постанови, винесені в порядку ст. 236-8 КПК, та підстави для їх прийняття. Аналіз ч. 2 ст. 366 та ч. 3 ст. 382 КПК викликає суперечливі позиції.

Маринів В.І. та Смірнова В.В. вказують на те, що деякі судді, скасовуючи постанову місцевого судді, якою було відмовлено в задоволенні скарги на постанову про порушення кримінальної справи, скасовують і відповідну постанову про порушення кримінальної справи. Інші судді колегій приймали рішення про скасування таких постанов і повернення справи на новий судовий розгляд. Саме такі рішення, на думку науковців, відповідають вимогам ст. 366 КПК, а винесення апеляційних рішень про скасування постанов про порушення кримінальної справи суперечить вимогам зазначеного кримінально-процесуального закону, згідно якого апеляційний суд постановляє свою ухвалу, скасовуючи повністю чи частково ухвалу чи постанову суду першої інстанції¹¹.

З такою позицією можна було б погодитись, якби не положення п. 2 ч. 3 ст. 382 КПК про те, що матеріали справи зберігаються в матеріалах судового провадження по скарзі, якщо постанову про порушення справи скасовано. З чого слідує, що апеляційний суд все ж може скасовувати і саму постанову про порушення кримінальної справи. Та й повернення справи на новий судовий розгляд, коли суд апеляційної інстанції має всі процесуальні можливості встановити порушення вимог закону, які тягнуть за собою скасування постанови про порушення кримінальної справи, і за їх встановлення просто направляти справу до місцевого суду призведе до невиннованої тяганини у вирішенні цього питання.

Також слід вказати на проблемність правила про зберігання матеріалів справи в матеріалах судового провадження. Зокрема, в юридичній літературі зазначається, що воно позбавляє правоохоронні органи можливості після скасування судом постанови про порушення справи усунути допущені при її винесенні порушення і прийняти нове рішення у повній відповідності з законом¹². Також не зрозуміло як діяти у випадках, коли матеріали справи стосуються і інших осіб. Тому правильно вказує С. Штогун на проблему, що законодавець виключає часткове задоволення скарги, направлення матеріалів справи для додаткової

перевірки¹³.

Невизначеним є і питання про те, чи має право суд апеляційної інстанції зупинити слідчі дії на час розгляду скарги. Хоча з приводу ч. 8 ст. 236-8 КПК неодноразово висловлюється думка, що вона має бути виключена із КПК¹⁴, але до сьогоднішнього дня цього не зроблено, тому аналогічним правом має бути наділений і апеляційний суд.

Немало питань викликало ще й прийняття Рішення Конституційного Суду України від 30 червня 2009р. №16-рп/2009 у справі №1-17/2009 за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. 7, ч. 9, п. 2 ч. 16 ст. 236-8 КПК, яким вказано положення КПК визнані неконституційними.

Нарешті після численних наукових публікацій цим рішенням місцеві суди позбавлені права виносити постанову про відмову в порушенні кримінальної справи. Але п. 2 ч. 3 ст. 382 КПК, яким передбачено правило, що після апеляційної перевірки постанови місцевого суду, винесеної в порядку, передбаченому ст. 236-8 КПК, матеріали справи зберігаються в матеріалах судового провадження по скарзі, якщо постанову про порушення справи скасовано і в порушенні справи відмовлено, залишився чинним, що може призводити до хибного враження, що суди апеляційної інстанції вправі відмовляти в порушенні кримінальної справи, а місцеві суди позбавлені таких повноважень. Тому слова «і в порушенні справи відмовлено» якнайшвидше мають бути виключені зі змісту п. 2 ч. 3 ст. 382 КПК.

Крім того, вказаним рішенням фактично встановлено обов'язкову участь прокурора у судовому засіданні при розгляді скарг у порядку ст. 236-8 КПК, тоді як невіршеним залишилося питання його участі в апеляційному розгляді, оскільки згідно ч. 3 ст. 362 КПК неявка учасників процесу на засідання суду апеляційної інстанції не є перешкодою для розгляду справи.

Суперечливим також є визнання неконституційним положення ч. 7 ст. 236-8 КПК, якою було передбачено, що у разі неподання без поважних причин до суду матеріалів, на підставі яких було прийнято рішення про порушення справи, у встановлений суддею строк суддя вправі визнати відсутність цих матеріалів підставою для скасування постанови про порушення справи. Дійсно, вказане положення закону не давало можливості суду дійти висновку про наявність певних порушень, на підставі яких слід скасувати постанову, але все ж встановлювало дієвий механізм захисту порушених прав. По-перше, неподання матеріалів, на підставі яких було прийнято рішення про порушення справи, не було обов'язковою підставою для скасування постанови про порушення справи, а, по-друге, це майже виключало випадки їх неподання без поважних причин, так як зрозуміло було, що за цим найвірогідніше послідує скасування постанови про порушення справи. Таке рішення створило підґрунтя для можливих зловживань на цій підставі і вірогідності настання випадків, коли досудове слідство по справі буде завершено і справа передана до суду, а скарга на постанову про порушення кримінальної справи буде невіршена до цього моменту з причин неподання матеріалів справи і тому залишена без розгляду.

Всі ці питання залишаються невіршеними, що в свою чергу створює ряд перепон у реалізації конституційного права на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, посадових і службових осіб, веде до формування різнобічної судової практики та появи можливих зловживань, як з боку учасників процесу, так і суду. Тому у новому КПК має бути чітко сформульована

процедура перегляду скарги на постанову про порушення кримінальної справи та рішення, які може винести суд за її результатами.

1. *Костюченко О.Ю.* Апеляційне оскарження судових рішень у кримінальному процесі України: Монографія. – К.: Видавничо-поліграфічний центр Київський університет, 2006р. – С. 68. 2. *Маринів В.І., Смірнова В.В.* Проблеми апеляційного розгляду скарг на постанови про порушення кримінальної справи // Університетські наукові записки. – 2008. – №1(25). – С. 227. 3. Там само. – С. 228. 4. *Софієв С.* Наслідки запровадження нового порядку оскарження до суду постанови про порушення кримінальної справи // Вісник національної академії прокуратури України. – 2008. – № 3. – С. 92. 5. *Маляренко В.Т.* Щодо постанови про порушення кримінальної справи // Голос України. – 2008. – № 169(4419). – 6 вересня. – С. 4. 6. *Михайленко О.Р.* Порушення кримінальної справи – початок встановлення істини // Голос України. – 2008. – №212(4462). – 6 листопада. – С. 6. 7. *Маляренко В.Т.* Цит. праця. – С. 5. 8. *Лобойко Л.М.* Кримінально-процесуальне право: Курс лекцій / 2-ге вид., змін. і допов. – К.: Істина, 2008р. – С. 173. 9. *Бегма А.* Порушення прокурором кримінальних справ приватного обвинувачення // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – №6. – С. 150. 10. *Доросинська Г.* Оскарження до суду постанови про порушення кримінальної справи // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – №10. – С. 160; *Дуванський О.* Судовий контроль за порушенням кримінальної справи щодо особи // Право України. – 2008. – №3. – С. 75. 11. *Маринів В.І., Смірнова В.В.* Цит. праця. – С. 232. 12. *Кудрявцев В.* Оскарження постанов про порушення кримінальних справ // Вісник прокуратури. – 2007. – №11(77). – С. 6. 13. *Штогун С.* Новий порядок оскарження до суду постанови про порушення кримінальної справи // Вісник прокуратури. – 2007. – №7(73). – С. 72. 14. *Кудрявцев В.* Цит. праця. – С. 8.