

М. Л. ОРЕХОВСЬКИЙ, В. А. КОЛОМІЄЦЬ

Микола Леонідович Ореховський, адвокат, Адвокатське об'єднання «Ореховський та Коломієць»

Віталій Анатолійович Коломієць, адвокат, Адвокатське об'єднання «Ореховський та Коломієць»

КЛОПОТАННЯ ПРО ПОВЕРНЕННЯ ОБВИНУВАЛЬНОГО АКТУ ПРОКУРОРУ ЯК ІНСТРУМЕНТ ЗАХИСТУ

Базове право на захист у кримінальному процесі включає в себе обов'язок сторони обвинувачення провести слідство та скласти обвинувальний акт так, щоб сторона захисту чітко розуміла суть обвинувачення з належною кваліфікацією діяння обвинуваченого до норм особливої частини Кримінального кодексу.

На практиці інколи зустрічаються ухвали щодо повернення обвинувального акту прокурору у зв'язку з відсутністю належної кваліфікації діянь обвинуваченого. Але попри системні порушення сторони обвинувачення цієї норми далеко не всі суди повертають обвинувальні акти, і особливо рідко повною мірою обґрунтовують таку ухвалу.

Проте ухвала Ніжинського районного суду від 26 грудня 2016 р. у справі № 740/4432/16-к (суддя В. П. Олійник) може стати зразком правової позиції для захисників.

Так, у цій справі суд задовольнив клопотання захисту про повернення обвинувального акту прокурору у зв'язку з порушенням п. 5 ч. 2 ст. 291 КПК.

Позиція захисту нібито очевидна, але рідко застосовувана на практиці. Так, у зброярській спільноті є досить резонансна справа Дениса Дубровського, якого звинувачують в незаконному зберіганні (ст. 263 КК) та незаконному виготовленні зброї (ст. 263-1 КК).

Диспозиція ст. 263 КК звучить як «носіння, зберігання, придбання, передача чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв без передбаченого **законом** дозволу».

Відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 291 КПК України обвинувальний акт повинен містити «виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, **правову кваліфікацію** кримінального правопорушення з **посиланням на положення закону** і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність **та формулювання обвинувачення**».

Як вбачається з Ухвали, суд доходить висновку, що чіткий і зрозумілий виклад обвинувачення з посиланням не лише на статті КК, а й на закон, який міг би порушити обвинувачений, є невід'ємним правом сторони на захист. Свою позицію суд підкріпив численними посиланнями на практику ЄСПЛ.

Відповідно до ст. 291 КПК України обвинувальний акт повинен містити виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, **правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення**.

Отже, ця норма вимагає від сторони обвинувачення зазначити:

– виклад фактичних обставин, які прокурор вважає встановленими (елемент об'єктивної сторони складу злочину або т. з. опис події);

– **правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону** (встановлення відповідності ознак діяння обвинуваченого ознакам саме усвідомленого правопорушення, ступінь небезпечності якого відповідає визначенню поняття «злочин» в розумінні ст. 11 КК);

– правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на статтю (частину статті) закону України про кримінальну відповідальність;

– формулювання обвинувачення (т. з. висновок: встановлення відповідності діяння обвинуваченого ознакам злочину, за яке передбачена кримінальна відповідальність за кваліфікованою статтею кримінального кодексу).

Власне, поняття «кваліфікація» (кваліфікувати) походить від латинського «визначати якість». У первісному, побутовому значенні – відносити продукцію за якісними характеристиками до певного сорту (сорту-

вати за якістю). Тобто кваліфікація – це процес встановлення відповідності ознак (елементів) наявного об'єкта до ознак встановлених «шаблонів» (еталонів, норм), який здійснюється переважно шляхом порівняння наявного із «шаблонним» (еталонним).

У свою чергу, правова кваліфікація кримінального правопорушення – це встановлення відповідності ознак (елементів) такого діяння, що порушує право, елементам злочину.

Згідно зі ст. 2 Кримінального кодексу підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом.

При цьому відповідно до ст. 11 Кримінального кодексу встановлено, що не будь-яке порушення права (законодавчої норми) визнається злочином, а лише те, яке становить суспільну небезпеку та завдало істотної шкоди і описане в особливій частині КК.

Отже, перше й найголовніше в питанні віднесення діяння до правопорушення є встановлення «права» (норми закону), яке порушене таким діянням. Адже не кожне правопорушення є кримінальним, тобто таким, що становить суспільну небезпеку і завдало істотної шкоди фізичній, юридичній особі чи державі.

Таким чином, слідчий чи прокурор, описавши діяння (встановивши фактичні обставини справи) повинен встановити норму закону (права), яка порушена таким діянням.

У розумінні ст. 263 КК суспільно небезпечним є діяння, яке полягає в зберіганні зброї без передбаченого законом дозволу. Отже, таке діяння порушує закон, який визначає дозвільний характер обігу зброї, тобто встановлює заборону на зберігання зброї без дозволу.

У справі Дениса Дубровського прокурор всупереч вимогам ст. 291 КПК не зазначив повної правової кваліфікації кримінального правопорушення з посиланням на реквізити закону (про дозвільний характер обігу зброї), який міг би порушити обвинувачений.

Так, суть обвинувачення зводиться до того, що обвинувачений виготовляв та зберігав вогнепальну зброю **без передбаченого законом дозволу**. Словосполучення «без передбаченого законом дозволу» слідчі та прокурори на восьми сторінках обвинувального акту вживають щонайменше **40 разів, але жодного разу не зазначають реквізитів такого закону**.

За логікою прокурора обвинувачений порушив саме Кримінальний кодекс, і саме Кримінальним кодексом встановлено дозвільний характер обігу зброї.

Така логіка прокуратури є абсолютно хибною, адже кримінальний кодекс не може регулювати суспільні відносини в сфері обігу вогнепальної зброї, так само він не може регулювати суспільні відносини щодо гарантування права на життя (у злочинах проти життя і здоров'я), чи недоторканність власності, чи суспільні відносини, пов'язані з обігом наркотичних засобів тощо.

Більш очевидна хибність суджень прокурора стає зрозумілою на прикладі: проїзд на червоне світло світлофора заборонено правилами дорожнього руху, які складені відповідно до Закону України (далі – ЗУ) «Про дорожній рух», а не Кодексу України про адміністративні правопорушення чи ст. 286 КК України.

Натомість обіг наркотичних засобів встановлюється ЗУ «Про наркотичні засоби, психотропні речовини та прекурсори» та ЗУ «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними».

Так, гарантії права на недоторканність життя встановлено ст. 27 Конституції, ст.ст. 270, 281 Цивільного кодексу. Недоторканність власності гарантоване ст. 41 Конституції та в цілому третьою книгою Цивільного кодексу.

Навіть ідентична за формулюванням до ст. 263 КК, але щодо обігу радіаційних речовин, ст. 265 КК передбачає кримінальну відповідальність за зберігання чи перевезення таких речовин без передбаченого Законом «Про дозвільну діяльність у сфері використання ядерної енергії» чи Законом «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи» дозволу.

Кримінальний кодекс є лише законом про кримінальну відповідальність (ст. 3 КК), ним встановлюється, які правопорушення є злочином і яке покарання за це передбачено (ст. 1 КК).

Тобто, Кримінальний кодекс є законом, яким охороняються суспільні відносини (лад чи правопорядок), які регулюються іншими нормативними актами.

Отже, відповідно до ст. 291 КПК прокурор зобов'язаний зробити посилання на закон, який було порушено злочином.

Така вимога чітко слідує з принципу верховенства права та засад правового порядку. Так, відповідно до ст. 19 Конституції ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Згідно зі ст. 68 Конституції **кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України**, не посягати на права й свободи, честь і гідність інших людей.

На нашу думку, чим частіше захисники будуть вимагати належної і повної кваліфікації діянь обвинуваченого, тим більше органи слідства та прокуратури будуть за своєю суттю дійсно правоохоронними.

Відповідно і навчання студентів кримінальному праву повинно бути прив'язане до вивчення не лише статті особливої частини Кримінального кодексу, а й тих законів, які така стаття захищає.

Можливо, з часом правопорядок і досягне такого рівня, коли буде забезпечено **єдність норм, верховенство права, контроль та невідворотність покарання**.