

УДК 344.65

DOI <https://doi.org/10.32840/pdu.2020.1-1.23>

О. О. Торбас

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗАСАДИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ЯК ДЕТЕРМІНАНТИ РОЗСУДУ

Стаття присвячена аналізу ролі засад кримінального процесу під час визначення допустимих меж розсуду. У статті автор стверджує, що межі розсуду насамперед встановлюють нормативно-правові акти, а тому засади кримінального процесу мають розглядатися як детермінанти, які впливають на кінцеве рішення, що має бути прийняте слідчим, прокурором, слідчим суддею або судом під час прийняття кінцевого рішення з кожного конкретного кримінального провадження.

Автор зазначає, що в КПК України передбачена можливість напряду застосовувати засади кримінального процесу, проте лише в тих випадках, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють правовідносини. Стверджується, що таке формулювання статті суттєво обмежує можливість застосування засад кримінального процесу в тому разі, коли є пряма колізія між нормами КПК України та принципами кримінального процесу. Саме для уникнення такої негативної ситуації автор пропонує внести зміни до КПК України та зазначити, що засади кримінального процесу також можуть застосовуватися в тому разі, якщо є суперечності між ними та нормами КПК України. Далі автор аналізує сильні та слабкі сторони такої зміни. На думку автора, є ризик, що уповноважений суб'єкт правозастосування почне зловживати можливістю прямо застосовувати засади кримінального процесу та ігноруватиме прямі вказівки законодавця, відповідно, порушуючи або штучно обмежуючи права та свободи учасників кримінального провадження, приймаючи завідомо незаконні рішення. Також на слідчого, прокурора, слідчого суддю та інших можуть перекладатися невластиві їм функції виявлення правових колізій і встановлення способів їх подолання. Водночас така зміна в більшому масштабі гарантує оперативне використання засад кримінального процесу уповноваженими на те суб'єктами, що дасть змогу більшою мірою забезпечити права та законні інтереси учасників кримінального провадження. Крім того, нині суди вже мають право застосовувати норми Конституції України як норми прямої дії, що також можна розглядати як спосіб використання правових засад у кримінальному процесі.

Ключові слова: розсуд у кримінальному процесі, детермінанти розсуду, засади кримінального процесу.

Постановка проблеми. Кримінальні процесуальні правовідносини є багатогранними, а тому потребують значних зусиль від правозастосувачів щодо їхньої реалізації. КПК України, будучи основним джерелом кримінального процесуального права, не може забезпечити нормативне регулювання будь-якої ситуації, що виникає в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень. Тому законодавець передбачив можливість уповноваженим суб'єктам застосовувати розсуд у процесі своєї діяльності,

гарантуючи так гнучкість правозастосування. Поряд із цим наявність розсуду, особливо в галузі кримінального процесу, тягне за собою значну кількість проблем, зокрема, під час визначення меж такого розсуду.

Не зупиняючись окремо на правовій характеристиці поняття «межі розсуду», необхідно підкреслити, що самі по собі межі розсуду є незмінними, адже вони передусім визначаються кримінальним процесуальним законодавством. Водночас науковий інтерес являє собою аналіз тих обставин, які впливають на конкретні рішення слідчого, прокурора, слідчого

судді або суду під час застосування розсуду. З урахуванням того, що такі обставини «визначають» рішення, яке буде прийняте в кожній конкурентній ситуації, є сенс використовувати терміни «детермінанти», адже вони і визначають, власне, розсуд. І насамперед як детермінанти розсуду в кримінальному процесі необхідно назвати засади кримінального процесу, які визначаються як закріплені в нормах права визначальні, фундаментальні положення щодо закономірностей і найбільш суттєвих властивостей кримінального провадження, що зумовлюють їхнє значення як засобу для захисту прав і свобод людини й громадянина, а також для врегулювання діяльності органів і посадових осіб, які ведуть кримінальний процес [1, с. 62]. Відповідно, фундаментальний характер засад кримінального процесу (або, як їх ще називають, «футляр для думок», що наповнюється тим чи іншим змістом [2, с. 87]) вказує на їхнє першочергове значення під час оцінки меж розсуду та детермінант, які на ці межі впливають. Крім того, «неможливо уникнути факту складності, багатогранності та неоднозначності матерії права» [3, с. 82], а тому засади виступають як орієнтири правозастосовної діяльності і в разі невизначеності правової норми, і в разі її відносної визначеності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематикою дослідження меж розсуду та аналізом засад кримінального процесу переймалися такі вчені, як Ю.П. Аленін, В.К. Волошина, О.І. Галаган, К.П. Єрмакова, М.А. Ніконов та інші. Водночас необхідно зазначити, що нині у вітчизняній доктрині кримінального процесу відсутнє єдине комплексне дослідження впливу засад кримінального процесу на розсуд під час розслідування, розгляду та вирішення кримінальних проваджень, чим і пояснюється актуальність дослідження.

Мета статті – встановити роль засад (принципів) кримінального процесу під час застосування розсуду уповноваженими на те суб'єктами в процесі реалізації кримінальних процесуальних відносин.

Виклад основного матеріалу. Розпочати аналіз об'єктивних детермінантів

розсуду необхідно саме з дослідження впливу принципів кримінального процесу на процес прийняття рішення під час застосування розсуду. Пояснюється така послідовність самою природою засад кримінального провадження. Найбільш сталою у правовій науці є позиція щодо необхідності виділення загальноправових, міжгалузевих і галузевих засад права [4, с. 108; 5, с. 116]. Є й інші позиції [6], проте саме трирівнева система є найбільш прийнятною та вживаною серед науковців. Така класифікація притаманна не лише праву загалом, а і конкретно галузі кримінального процесуального права [7; 8], хоча власне перелік таких засад на доктринальному рівні досі не визначений. Очевидно, це пов'язано з новою редакцією КПК України, в якому законодавець закріпив перелік засад у ст. 7 КПК України. Водночас неправильним буде твердження, що до засад кримінального процесу належать лише ті принципи, які зазначені в ст. 7 КПК України. У цьому випадку слід погодитись із Ю.П. Аленіним та В.К. Волошиною, які стверджують, що галузеві принципи кримінального процесу здебільшого неоднорідні та містять інші засади, які непередбачені ст. 7 КПК України: недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування; нагляд прокурора, відомчий та судовий контроль за законністю дій і рішень органів, що здійснюють досудове провадження; підтримання державного обвинувачення в суді прокурором [7, с. 87].

Як уже було зазначено, принципи мають досить велике значення під час дослідження проблематики реалізації розсуду, адже «межі розсуду визначаються сталими для цієї правової системи принципами права» [9, с. 32]. «Процес індивідуального судового регулювання не може базуватися тільки на суб'єктивному розсуді суду, фактичних обставинах справи, інших соціальних регуляторах, не праві або на праві, що виробляється судом. Суд повинен керуватися фундаментальними принципами та нормами права, які містяться в інших формах міжнародного та національного права, застосовуючи їх з урахуванням індивідуально-фактичних обставин конкретної справи» [10, с. 15].

З цього приводу К.П. Єрмакова слушно зазначає, що принципи права, будучи самостійною фундаментальною формою права, що знайшла своє вираження в інших формах права, забезпечують існування меж судового розсуду та його ефективного функціонування [3, с. 87]. При цьому науковець встановлює одну з ключових особливостей застосування принципів права як детермінанту розсуду – принципи права застосовуються лише в тому разі, якщо норми права прямо не регулюють відповідні правовідносини.

Справді, під час розроблення нормативно-правових актів або введення нових норм законодавець уже враховує правові засади, які лише конкретизуються шляхом встановлення відповідної правової процедури. Тобто правові норми вже містять у собі засади права, і під час реалізації розсуду в межах окремого правового положення суб'єкт правозастосування автоматично використовує загальноправові принципи або принципи, які відповідають певній галузі права. Саме таку позицію підтримує законодавець, встановивши можливість прямого застосування засад кримінального процесу у разі відсутності регулювання або неоднозначного регулювання питань кримінального провадження (ч. 6 ст. 9 КПК України). Можливо, саме з цим пов'язана складність прямого застосування принципів кримінального процесу уповноваженими на те суб'єктами, адже насамперед має відбутися констатація правової прогалини або колізії.

Відповідно, за наявності чіткої правової норми уповноважений суб'єкт не може обирати іншу лінію поведінки, ніж нею передбачена. В такому разі пряме застосування засад кримінального процесу для реалізації повноважень, які відповідною нормою не встановлені, може бути розцінене або як зловживання правом, або як його пряме порушення. Проблеми виникають у тому разі, коли з тих чи інших причин норма права прямо не відповідає засадам кримінального процесу.

Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 315 КПК України, під час підготовчого судового засідання суд за клопотанням учасників судового провадження має право обрати, змінити чи скасувати заходи забезпечення

кримінального провадження, зокрема запобіжний захід, обраний щодо обвинуваченого. За відсутності зазначених клопотань сторін кримінального провадження застосування заходів забезпечення кримінального провадження, обраних під час досудового розслідування, вважається продовженим. Очевидно, що таке «автоматичне» продовження запобіжних заходів суперечить не тільки засадам кримінального процесу (забезпечення права на свободу та особисту недоторканність; змагальність сторін тощо), а і самій сутності запобіжних заходів, які не можуть бути обрані (або продовжені) до особи, якщо прокурор не доведе необхідність такого обрання (продовження). Водночас положення ч. 6 ст. 9 КПК України дає змогу суб'єктам правозастосування звертатися до принципів кримінального провадження лише у разі прогалин або неоднозначного регулювання, проте не у разі прямих колізій між нормою та принципом права.

Конкретно на цю ситуацію намагався вплинути ВССУ, який у своєму інформаційному листі, оцінюючи положення ч. 3 ст. 315 КПК України, зазначав, що «суд продовжує застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою відповідно до порядку, визначеного гл. 18 КПК, тобто в будь-якому разі суд зобов'язаний з'ясувати наявність і характер ризиків, які обґрунтовують доцільність і правомірність подальшого обмеження прав людини у кримінальному провадженні. При цьому право вирішення судом самостійно питання щодо продовження запобіжного заходу, який має обмежений строк дії (домашній арешт, тримання під вартою), та порядок розгляду цього питання у ст. 315 КПК не визначено... Суди першої інстанції за відсутності клопотань під час підготовчого судового засідання продовжують строк тримання під вартою та зазначають про це лише у резолютивній частині, чим порушують вимоги гл. 18 КПК та практику ЄСПЛ, яка забороняє «автоматичне» продовження строку тримання під вартою» [11]. Отже, ВССУ, використовуючи інші положення КПК України, довів необхідність ігнорування прямої дії третього речення ч. 3 ст. 315 КПК України, що певною мірою суперечить

прямим вимогам КПК України, проте відповідає засадам кримінального провадження. Конкретно цей приклад надалі знайшов своє офіційне вирішення у 2017 році, коли КСУ визнав третє речення ч. 3 ст. 315 КПК України неконституційним [12]. І хоча у разі визнання неконституційності КСУ фактично встановлює невідповідність між нормативно-правовим актом і Конституцією, Конституція України, будучи Основним Законом, містить у собі основні правові положення, які певною мірою можуть розцінюватись як правові засади. Отже, можна дійти висновку, що неможливість застосування третього речення ч. 3 ст. 315 КПК України пов'язана саме з невідповідністю правового положення правовим засадам, зокрема принципам кримінального процесу.

Проте на цьому прикладі варто оцінити формулювання ч. 6 ст. 9 КПК України. Уповноважені суб'єкти кримінального провадження можуть на власний розсуд напругу застосовувати засади кримінального процесу, проте лише в тому разі, коли положення КПК не регулюють або неоднозначно регулюють правовідносини, що виникають у процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень. Однак законодавець не встановлює порядок дії в тих випадках, коли положення КПК суперечать засадам кримінального процесу.

Очевидно, що в таких випадках або законодавець зобов'язаний вчасно вносити зміни до нормативно-правових актів, або такі норми повинні подаватися на розгляд до КСУ, який і уповноважений встановлювати такого роду невідповідність (що і було зроблено по відношенню до ч. 5 ст. 176, ч. 3 ст. 315, ч. 2 ст. 392 КПК України). Водночас такі механізми регулювання колізій складно назвати оперативними. Крім того, завдяки можливим політичним чи соціальним змінам окремі колізійні норми українського законодавства навіть не доходять до стадії розгляду по суті уповноваженими органами, не кажучи про прийняття рішення. Такі висновки наштовхують на міркування щодо уточнення положень КПК України з вказівкою про можливість прямого застосування засад кримінального про-

вадження не тільки у разі нерегулювання чи неоднозначного регулювання, а й коли норми КПК України суперечать засадам кримінального провадження.

Саме тому є певна логіка у зміні відповідних положень КПК з метою прямої вказівки на можливість застосування засад кримінального процесу у разі виявлення колізій між нормами КПК та кримінальними процесуальними принципами.

Очевидно, що така пропозиція має низку слабких сторін. По-перше, в такому разі є ризик, що уповноважений суб'єкт право застосування почне зловживати можливістю прямо застосовувати засади кримінального процесу та ігноруватиме прямі вказівки законодавця, відповідно, порушуючи або штучно обмежуючи права та свободи учасників кримінального провадження, приймаючи завідомо незаконні рішення. По-друге, на слідчого, прокурора, слідчого суддю та інших можуть перекидатися невластиві їм функції виявлення правових колізій і встановлення способів їх подолання. Однак є також і контраргументи.

Щодо можливості зловживання таким правом. Справді, запропоновані зміни в законодавстві надають значно більше повноважень, зокрема, для зловживання правом. Проте можливості для зловживання правом завжди існували і завжди будуть існувати. Саме для цього в кримінальному процесі передбачено низку правових інститутів, за допомогою яких здійснюється нагляд і контроль за будь-якою процесуальною діяльністю (у формі прокурорського нагляду, відомчого контролю, під час перегляду судових рішень в апеляційному, касаційному порядку тощо). Відповідно, будь-які прояви зловживання в тій чи іншій формі можуть бути виявлені та оскаржені. Також важливо розуміти обсяг негативних наслідків, які матимуть місце у разі зміни КПК України або у разі залишення відповідної норми без зміни. Справді, можуть бути (і, напевно, будуть) випадки зловживання таким правом, проте в масштабах усієї правової системи наслідки такого зловживання будуть значно менші, ніж ігнорування або навіть примусове виконання положень КПК України, які явно не відповідають засадам і завданням кримінального провадження.

Також необхідно підкреслити, що, наприклад, у суду є право застосувати норми Конституції України як норми прямої дії, у разі: 1) коли зі змісту норм Конституції України не випливає необхідність додаткової регламентації її положень законом; 2) коли закон, який був чинним до введення в дію Конституції України чи прийнятий після цього, суперечить їй; 3) коли правовідносини, що розглядаються судом, законом України не врегульовано, а нормативно-правовий акт, прийнятий Верховною Радою чи Радою міністрів Автономної Республіки Крим, суперечить Конституції України; 4) коли укази Президента України, які внаслідок їхнього нормативно-правового характеру підлягають застосуванню судами під час вирішення конкретних судових справ, суперечать Конституції України¹. З урахуванням того факту, що положення Конституції України є досить загальними та інколи навіть можуть вважатися окремим формулюванням певного правового принципу, можна зробити висновок, що суд має право застосовувати засади кримінального процесу (за умови їх відображення в Конституції України) у будь-якому випадку виявлення колізії. Відповідно, запропонована зміна не лише змінює порядок реалізації правових положень уповноваженими суб'єктами, а навіть певною мірою спрямована на узгодження положень КПК України та Постанови Пленуму ВСУ.

Відповідно, встановлюючи слідчого, прокурора та інших як уповноважених суб'єктів кримінального процесу, які застосовують розсуд під час реалізації власних повноважень, цілком логічним видається пропозиція поширити на таких учасників можливість застосовувати на власний розсуд засади кримінального провадження у разі встановлення колізій кримінального процесуального законодавства. Крім того, більшість юридично значущих рішень, які приймаються вказаними суб'єктами, можуть бути оскаржені в судовому порядку, а тому можна констатувати наявність суворого контролю за таким застосуванням розсуду.

Висновки і пропозиції. У зв'язку з цим пропонується внести зміни до ч. 6 ст. 9 КПК України та викласти її в такій редакції: «Ч. 6. У випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють, неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, або у разі виявлення колізій між нормами цього Кодексу та загальними засадами кримінального провадження застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 цього Кодексу».

Список використаної літератури:

1. Кримінальний процес : підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін. Харків : Право, 2013. 824 с.
2. Никонов М.А. Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Москва, 2013. 272 с.
3. Ермакова К.П. Пределы судебного усмотрения : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2010. 212 с.
4. Алексеев А.А. Проблемы теории права: Основные вопросы общей теории социалистического права : курс лекций в 2-х тт. Т. 1. Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. 360 с.
5. Полянський А.О. Засади (принципи) кримінального провадження: сутність, значення, система і важливість унормування. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди «ПРАВО»*. 2017. Вип. 26. С. 111–117.
6. Михеєнко М.М. Кримінальний процес України : підручник. Київ : Либідь, 1999. 536 с.
7. Аленін Ю.П., Волошина В.К. Поняття та система принципів кримінального провадження. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2014. Т. 14. С. 78–89.
8. Галаган О.І. Поняття та система засад (принципів) кримінального провадження. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 4. С. 167–172.
9. Скурко Е.В. Принципы права в современном нормативном правопонимании. Москва: Издательство «Юрлитинформ», 2008. 200 с.
10. Ершов В.В., Ершов В.В. Спор между Г. Хартом и Р. Дворкиным: анализ концептуальных положений и связанных с ними актуальных дискуссионных

¹ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96>.

- проблем современной теории права. *Российское правосудие*. 2009. № 1. С. 4–22.
11. Про судову практику застосування судами першої та апеляційної інстанцій процесуального законодавства щодо обрання, продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою : Постанова ВССУ № 14 від 19 січня 2014 р. URL: http://lib.znau.edu.ua/jirbis2/images/phocagallery/2017/Pryklady_DSTU_8302_2015.pdf (дата звернення: 01.03.2020).
12. Рішення КСУ у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини третьої статті 315 Кримінального процесуального кодексу України № 1-р/2017 від 23 листопада 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-17#n63> (дата звернення: 01.03.2020).
13. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя : Постанова Пленуму ВСУ № 9 від 1 листопада 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96> (дата звернення: 01.03.2020).

Torbas O. Principles of criminal procedure as determinants of discretion

This article is devoted to the analysis of the role of criminal procedural principles in determining permissible limits of discretion. In the article author argues that the limits of discretion must be set by legal acts, and therefore principles of criminal proceedings should be considered as determinants that influence final decision of investigator, prosecutor, investigating judge or court when using discretion in each specific criminal proceeding.

Author notes that the CPC of Ukraine provides the possibility to directly apply principles of criminal proceedings, but only in cases where provisions of the CPC of Ukraine do not regulate or ambiguously regulate legal relations. It is argued that such wording of the article substantially limits possibility of applying principles of criminal proceedings in the event when there is a direct conflict between norms of the CPC of Ukraine and principles of criminal proceedings. In order to avoid such negative situation author proposes to amend the CPC of Ukraine and set a rule that principles of criminal proceedings can also be applied in cases where there are contradictions between them and norms of the CPC of Ukraine. Author then analyses strengths and weaknesses of such change. According to author, there is a risk that an authorized law enforcement entity will abuse the ability to directly apply principles of criminal proceedings and ignore direct instructions of the legislator, thereby violating or artificially restricting the rights and freedoms of participants in criminal proceedings, making deliberately unlawful decisions. Also it's not a prime function of investigator, prosecutor, investigating judge or court to detect legal conflicts and identify ways to overcome them. At the same time, such change on a larger scale guarantees the expeditious use of principles of criminal proceedings by authorized entities, which will allow to a greater extent to protect rights and legitimate interests of participants in criminal proceedings. In addition, courts are already entitled to apply the Constitution of Ukraine as a rule of direct action, which can also be seen as a way of using legal principles in criminal proceedings.

Key words: *discretion in criminal proceedings, determinants of discretion, principles of criminal proceedings.*