

ОДЕСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ВНУТРІШНІХ СПРАВ

С. Л. Дерев'янкін

**ПУБЛІЧНІСТЬ ТА ДИСПОЗИТИВНІСТЬ
У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ**

монографія

Одеса - 2008

УДК 343.131
ББК 67.411
Д 361

Наукове видання

Дерев'янкін Сергій Леонідович

Рецензенти: Ю. П. Аленін, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального процесу Одеської Національної юридичної академії
О. Ф. Долженков, доктор юридичних наук, професор, ректор Одеського державного університету внутрішніх справ

Рекомендовано до друку Вченою Радою ОДУВС

Протокол № 5 від 29 грудня 2008 року

Дерев'янкін, Сергій Леонідович

Д 361 Публічність та диспозитивність у кримінальному судочинстві.: монографія. / С. Л. Дерев'янкін ; ОДУВС – Одеса, ОЮІ НУВС, 2008. – 174 с.

Монографія є комплексним науковим дослідженням проблемних питань пов'язаних з визначенням понять публічності та диспозитивності, як принципів кримінального процесу, які використовуються в кримінальному судочинстві.

Метою написання даної роботи є дослідження змісту і правової природи публічності та диспозитивності як правових явищ кримінального судочинства, встановити їх місце, взаємозв'язок та співвідношення в кримінально-процесуальній діяльності.

Викладені в монографії положення дозволяють використовувати їх у практичній діяльності судів, слідчих підрозділів органів прокуратури, МВС, СБУ, податкової міліції України, судів України як наукові рекомендації (акт впровадження від 21 квітня 2005 р.).

УДК 343.131
ББК 67.411

ПУБЛІЧНІСТЬ ТА ДИСПОЗИТИВНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Монографія

Підписано до друку 14.12.2008. Формат 60х84/16. Папір офсетний.
Гарнітура «Times New Roman» Друк цифровий. Ум. друк .арк. 8,60.
Наклад 100 прим. Зам. № 126
Видавець і виготовлювач ОЮІ НУВС
м. Одеса, вул. Успенська, 1
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ОД №25 від 15.07.2003 р.
тел. (048) 702-48-84

© Дерев'янкін С. Л.

14. Чи є проявом диспозитивності положення наступних статей КПК України:

- | | |
|---------------------------------|-----------------------------------|
| ☐ 7, 7-1 | ☐ 299 |
| ☐ 264 | ☐ 235, 348 |
| ☐ 276 | ☐ Інші |

15. Співвідношення положень змагальності і диспозитивності кримінального судочинства:

- ☐ Збігаються;
- ☐ Різні за змістом, тому що _____

16. Чи вважаєте Ви необхідним розширити коло злочинів, переслідуваних в порядку приватного обвинувачення:

- ☐ Ні;
- ☐ Так, за рахунок наступних злочинів _____

17. Чи вважаєте Ви необхідним розширити коло злочинів, переслідуваних в порядку приватного-публічного обвинувачення:

- ☐ Ні;
- ☐ Так, за рахунок наступних злочинів _____

18. Чи доцільно передбачити повноваження органів досудового слідства і дізнання порушувати кримінальні справи за окремі категорії злочинів зі згоди потерпілого, в тому числі керівника юридичної особи, щодо якої вчинено злочин

- ☐ Ні;
- ☐ Так, за рахунок наступних злочинів _____

Дякуємо за надані відповіді.

ЗМІСТ

Вступ.....	4
Розділ 1. ПРАВОВА ПРИРОДА ПУБЛІЧНОСТІ ТА ДИСПОЗИТИВНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА.....	6
1.1. Розвиток поглядів на публічність та диспозитивність у науці кримінально-процесуального права.....	6
1.2. Поняття і сутність публічності та диспозитивності у кримінальному процесі.....	23
1.3. Інтерес як детермінанта публічності та диспозитивності: природа, поняття і види.....	50
Розділ 2. ПРОБЛЕМИ УЗГОДЖЕННЯ І РЕАЛІЗАЦІЇ ІНТЕРЕСІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ.....	80
2.1. Правова природа конфлікту публічних та приватних інтересів у кримінальному судочинстві, шляхи їх узгодження.....	80
2.2. Відображення публічності та диспозитивності у змісті та формі кримінально-процесуальної діяльності.....	100
2.3. Альтернативні процесуальні форми судочинства як засіб узгодження конфліктних інтересів.....	131
ВИСНОВКИ.....	145
СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ.....	151
ДОДАТОК.....	171

ВСТУП

Побудова правової держави і громадянського суспільства у цивілізованій частині світу змінила пріоритети й у сфері кримінального судочинства, що повернулося обличчям до його учасників, які захищають у кримінальній справі власний інтерес або представляють чужий, у зв'язку з чим постало питання про сучасне бачення кримінального судочинства, його публічну і приватну (диспозитивну) складову.

Відповідно до Концепції судово-правової реформи в Україні, затвердженої постановою Верховної Ради України № 2296 від 28 квітня 1992 р., як основний принцип судово-правової реформи, зокрема, було визначено створення судочинства, яке максимально гарантувало б право на судовий захист, рівність громадян перед законом і створило б умови для дійсної змагальності і реалізації презумпції невинуватості; радикальне реформування матеріального і процесуального законодавства, деідеологізування і наповнення його гуманістичним змістом; та диференціювання форм судочинства, зокрема залежно від ступеня тяжкості злочину.

Реалізація вказаних основних положень судово-правової реформи у частині, що стосувалася реформування процесуального законодавства, пов'язана з розширенням та оптимізацією прав учасників процесу (у розумінні п. 8 ст. 32 КПК України): забезпеченням вільного розпорядження ними своїми матеріальними та процесуальними правами, посилення захисту приватних інтересів, які потрапляють у сферу кримінального судочинства, що зумовлює ствердження в кримінальному процесі категорії диспозитивності і посилення її правового значення як принципу процесу.

Диспозитивність тривалий час розглядалася переважно як засада цивільного і арбітражного (господарського) судочинства, та, зважаючи на публічний характер кримінально-процесуальної діяльності, заперечувався її принциповий характер. Результатом такого ставлення до диспозитивності стала невирішеність у науці питань про її зміст та значення для кримінального судочинства. З іншого боку, у науці кримінально-процесуального права до цього часу відсутня єдність позицій і щодо публічності кримінального процесу, її відображення у змісті, формі кримінально-процесуальної діяльності, а сам термін в інших галузевих науках нерідко ототожнюється з транспарентністю судочинства.

заходи і дії для розкриття злочину, викриття і покарання осіб, винних у його вчиненні;

- ☐ Обов'язок владних органів приймати заходи з охорони і реалізації прав інших суб'єктів судочинства;
- ☐ Державну засаду побудови судочинства взагалі;
- ☐ Засаду діяльності органів кримінального переслідування;
- ☐ _____

11. В яких статтях КПК України містяться положення публічності кримінального судочинства

- ☐ _____
- 12. Під диспозитивністю кримінального судочинства Ви розумієте
 - ☐ Свободу суб'єктивно заінтересованої особи визначати форми і способи захисту порушеного права або охоронюваного законом інтересу, предмет судового розгляду, а також долю предмета спору і долю процесу в різних його стадіях;
 - ☐ Свободу розпорядження правовими вимогами, що полягає в правових діях суб'єктивно заінтересованої особи, які тягнуть порушення справи або її закриття;
 - ☐ Свободу розпорядження процесуальними засобами захисту, що полягає в діях учасника процесу з зупинення провадження у справі, оскарження дій владних органів, відмови від захисника/представника; наданні доказів у справі та доказуванні обставин;
 - ☐ _____

Диспозитивними правами володіють

- ☐ Учасники кримінального процесу (гл. 3 КПК України);
 - ☐ Особа, яка проводить дізнання;
 - ☐ Слідчий;
 - ☐ Прокурор;
 - ☐ Суддя;
 - ☐ Інші суб'єкти кримінального процесу
13. Чи містить положення диспозитивності ст. 16-1 КПК України
- ☐ Так, в ч. ____ статті;
 - ☐ Ні, не містить, а регулює лише _____;
 - ☐ Положення диспозитивності містяться в наступних статтях КПК України _____

- ☐ Державні інтереси;
- ☐ Інтереси, обумовлені завданнями державних органів.

7. Які інтереси Ви відносите до публічних і вкажіть їх значення у порядку зростання (цифрою):

- ☐ Інтерес бути захищеним правовою системою держави від кримінального переслідування, порушеного іншими членами суспільства;
- ☐ Інтерес бути захищеним правовою системою від переслідування правоохоронними органами (під переслідуванням розуміють і зловмисні дії (корупція, залякування і шахрайство), і незловмисні дії, вчинені у надзвичайно фанатичному переслідуванні першого інтересу, які порушують права всіх людей, як винних, так і невинних;
- ☐ Інтерес в існуванні простого, недорогого правосуддя, яке ефективно і швидко встановлює винну особу, та має належне звернення з нею в межах, встановлених відповідно до закону;
- ☐ _____

8. Хто є суб'єктом приватних інтересів у кримінальному судочинстві

- ☐ Учасник кримінального процесу, який має у справі власний інтерес;
- ☐ Посадова особа, яка веде справу;
- ☐ Державний орган, який веде справу;
- ☐ Інші суб'єкти судочинства (поняті, свідки, експерти тощо)
- ☐ _____

9. Які інтереси Ви включаєте до числа приватних і вкажіть їх значення у порядку зростання (цифрою):

- ☐ Інтерес обвинуваченого в ухиленні від кримінального обвинувачення;
- ☐ Інтерес підсудного в зменшенні в максимальній можливій мірі кримінально-правових наслідків, які є результатами його засудження;
- ☐ Інтерес владних суб'єктів, які ведуть справу, в отриманні приватної переваги для себе або для державних органів, у зв'язку з чим вони діють з метою досягнення з противною стороною процесу компромісу, або інших (в тому числі злочинних) методів;
- ☐ Інтерес захисника в підвищенні його власного іміджу за рахунок підзахисного (інтерес в отриманні перемоги будь-якою ціною», щоб зміцнити репутацію як успішного захисника);
- ☐ _____

10. Під публічністю кримінального судочинства Ви розумієте:

- ☐ Обов'язок владних органів приймати всі передбачені законом

Зазначені питання диспозитивності і публічності в судочинстві знайшли своє відображення в роботах С. І. Вікторського, М.В. Духовського, В.К. Случевського, П.І. Люблінського, С.В. Познишева, Н. Н. Розіна, І.Я. Фойницького, В.П. Божьєва, В.Н. Бояринцева, С.Є. Віцина, І.М. Гальперіна, В.Г. Дасєва, В.З. Лукашевича, О.М. Ларіна, П.А. Лупінської, І.Л. Петрухіна, В.М. Савицького, М.С. Строговича, О.І.Рогової, О.С.Олександрова, О.О.Сєдаша, О.О.Шамардіна, Ю.П. Алєніна, В.Т. Маляренка, В.Т. Нора, Ю.О. Гурджі, М.О. Ноздріної та інших авторів. Поза увагою вчених залишилися найбільш важливі (з точки зору створення та реалізації концепції майбутнього кримінального процесу України) питання не лише щодо змісту вказаних процесуальних понять, але й про критерії співвідношення публічності і диспозитивності судочинства, як однопорядкових його категорій, про узгодження публічних і приватних інтересів як засобу подолання конфліктів у кримінально-процесуальній діяльності. Наведені обставини і визначають актуальність теми даної монографії.

При написанні монографії було проаналізовано кримінально-процесуальне право, норми міжнародного права, норми права ЄС, проекти КПК України, Судового кодексу України, Модельного КПК для держав СНД, норми іноземного кримінально-процесуального законодавства, аналітичні матеріали з питань, що входили в предмет дослідження.

У процесі дослідження проаналізовано матеріали 156 кримінальних справ приватного, приватно-публічного, публічного і публічно-приватного обвинувачення, розглянутих судами Одеської області в 2000 – 2005 рр. з участю потерпілих, та матеріалів, в яких прийнято судові рішення про відмову в порушенні кримінальної справи або залишено скарги потерпілого без розгляду, а також матеріалів 35 судових і 40 прокурорських перевірок за скаргами на окремі постанови та дії органів дізнання, досудового слідства і прокуратури, вивчення опублікованої судової практики Верховного Суду України, судові рішення та ухвали Європейського Суду з прав людини, анкетування.

Слова вдячності автор висловлює рецензентам монографії, за цінні конструктивні поради на різних етапах наукового пошуку, зокрема під час узагальнення його результатів та підготовки рукопису до монографії.

РОЗДІЛ 1. ПРАВОВА ПРИРОДА ПУБЛІЧНОСТІ ТА ДИСПОЗИТИВНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

1.1. Розвиток поглядів на публічність та диспозитивність у науці кримінально-процесуального права

Серед сучасних проблем, які виникають перед кримінальним правосуддям, насамперед є питання про забезпечення його ефективності і справедливості. Так, відзначається обмежений доступ правосуддя для жертв і правопорушників, особливо з менш забезпечених прошарків населення. Потерпілі вважають, що вони піддаються ревіктимізації в результаті судового розгляду, в якому вони не приймають активної участі. За вчинені злочини правопорушникам приходить «відплачувати», однак при цьому можливість реабілітації або не враховується, або враховується в недостатній мірі. На суддів чиниться тиск для того, щоб вони виносили не лише обвинувальні, але й каральні вироки. В міру збільшення тривалості й ускладнення судочинства зростають витрати судової системи. Каральне правосуддя, традиційно орієнтоване на відплату правопорушникам і на державу, давно застаріло: воно вкрай рідко застосовує санкції, не пов'язані з тюремним ув'язненням, а також інші альтернативні міри покарання, у тому числі у сфері реституційного правосуддя, альтернативні способи і форми вирішення кримінальних справ.

Вбачається, що причиною такого стану є занадто завищена публічність кримінального судочинства, зарегламентованість імперативними приписами діяльності суб'єктів кримінального процесу, розслідування, судового розгляду та вирішення кримінальних справ. Разом з тим, реформи кримінально-процесуального законодавства, проведені в країнах Західної Європи в кінці 80-х початку 90-х років (Франція, Італія, ФРН) показали, що необґрунтоване та поспішне розширення повноважень суб'єктів кримінального процесу, що не мають державно-владних повноважень, ігнорування об'єктивних публічних інтересів у сфері кримінальної юстиції приводить до звернення реформ і відновлення status quo. Вказана обставина дозволяє висунути припущення про те, що не врахування генезису розвитку правосуддя і відповідності вимогам суспільства може повернутися проти самої ідеї реформування судочинства.

Сучасне судочинство (не лише в Україні, але й у всьому світі) пе-

ДОДАТОК

Анкета для опитування слухачів інституту підготовки професійних суддів

У зв'язку з дослідженням кафедри кримінального процесу Одеської національної юридичної академії проблем співвідношення публічності і диспозитивності в кримінальному судочинстві просимо відповісти на наступні питання (Вибраний Вами варіант (або декілька) — підкресліть або зробіть відмітку у квадраті):

1. Юридичний стаж:

- а) до 5 років;
- б) до 10 років;
- в) більше 10 років.

2. Практика роботи на посаді:

- а) в органах прокуратури;
- б) адвокатом;
- в) в органах юстиції;
- г) в органах ВС;
- д) на ін. роботі.

3. Що на Вашу думку є рушійним началом провадження у конкретній справі:

- ☐ інформація про вчинений злочин;
- ☐ обов'язок держави притягти особу до кримінальної відповідальності;
- ☐ інтерес постраждалого від злочину у відшкодуванні шкоди, завданої злочином;
- ☐ інтерес постраждалого від злочину у притягненні винуватого до відповідальності.

4. Яке значення має інтерес суб'єкта кримінального процесу:

- ☐ Лише соціальне значення;
- ☐ Правове значення, тому що _____;
- ☐ Правове значення мають лише законні інтереси.

5. Чи вважаєте Ви законними наступні інтереси:

- ☐ Які передбачені і захищаються законом;
- ☐ Не заборонені чинним законодавством України.

6. Під публічними інтересами Ви розумієте:

- ☐ Інтереси, які підтримуються більшістю, якщо не всією законослухняною частиною суспільства;

Матеріали опублікованої судової практики:

278. Ухвала спільного засідання суддів Судової палати у кримінальних справах і Військової судової колегії Верховного Суду України від 20 лютого 2004 р. (витяг) // Вісник Верховного Суду України. – 2004. — №5(45). – С. 22

279. Ухвала судової колегії у кримінальних справах Верховного Суду України від 14.12.2000 р. // Рішення Верховного Суду України. — 2001.

280. Ухвала судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України від 26.07.2001р. // Вісник Верховного Суду України. 2001.

281. Ухвала спільного засідання Судової палати у кримінальних справах та Військової судової колегії прийняв від 27.12.2002 р. // Юридичний вісник України. — 2003. — № 1-2. — 4-17 січня.

282. Постанова судді апеляційного суду м. Києва від 15 жовтня 2002 р., про порушення кримінальних справ щодо Президента України Кучми Л. Д. за статтями 112, 161, 163, 170, 171, 191, 333, 346, 364, 365, 368, 382 ч. 2 КК України // Юридичний вісник України. — 2003. — № 1-2. — 4-17 січня.

реживає „хворобу росту” – росту злочинності з ускладненням її якісної характеристики, росту системи кримінального судочинства за рахунок кількості кримінальних справ, що розглядаються вже не лише національними, але й міжнародними органами кримінального правосуддя.

Рівень та стан злочинності сьогодення, невпинне її зростання як у кількісному, так і в якісному відношенні, з одного боку, та побудова громадянського суспільства з антропоцентриською традицією, з іншого, вимагають зміни підходу до системи заходів з протидії злочинності і вирішення кримінальних справ. Мова йде в тому числі про раціоналізацію кримінального судочинства, диверсифікацію способів вирішення кримінально-правових конфліктів в межах кримінальних процедур, можливо про перегляд моделі кримінального правосуддя взагалі. Цей процес посилюється формуванням конвергентної загальноєвропейської форми кримінального процесу в межах держав-членів Європейського Союзу та Ради Європи¹.

У зв'язку з цим вимагають вивчення основні підходи загальноєвропейського (пансвітового) процесу реформування кримінального судочинства і основним елементом такого реформування є відмова від публічності, як основної ознаки кримінального судочинства і розумного співвідношення публічних та диспозитивних засад в кримінальному судочинстві.

Проте вирішення цього актуального та концептуального для кримінального судочинства питання потребує визначення змісту понять публічності і диспозитивності в аспекті кримінально-процесуальних досліджень, що має концептуальне значення для розробки нового Кримінально-процесуального кодексу України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання проблеми з визначенням понять публічності і диспозитивності свідчить про те, що відсутнє не лише єдине розуміння змісту цих термінів, але й їх правової природи.

Так, до цього часу існує досить вузький підхід до визначення поняття публічності як обов'язку державних органів та посадових осіб, на яких покладено обов'язок ведення кримінального судочинства (органів дізнання, слідчого, прокурора, суду, судді) порушити кримінальну справу при встановленні ознак злочину чи закрити справу у

¹ В літературі мова йде про формування т.зв. кримінального права ЄС в широкому розумінні, охоплюючи не лише власне кримінально-правові інститути, але й процесуальні положення. Див.: Кареклас С., Пашковський М.І. Кримінальне право ЄС: Навчальний посібник. - Одеса, 2004. - С. 25-26.

випадку наявності обставин, що перешкоджають провадженню, або при недоведеності вини обвинуваченого (М. А. Чельцов, І. Ф. Демидов, І. В. Тирічев)¹. Разом з тим, вченими та практиками кримінального процесу зроблено спробу розширити обсяг поняття публічності кримінального судочинства, визначаючи його як принцип офіційності діяльності державних органів і посадових осіб, які ведуть кримінальне судочинство, визначення напрямку їх діяльності приписами кримінально-процесуального права (серед останніх досліджень слід назвати розробку В. Т. Маляренка)².

На проблемність цього питання вказує і відсутність нормативного визначення публічності і диспозитивності в КПК України, що неможливо зробити без вирішення питання про публічність та диспозитивність як принципів кримінального судочинства та елементів методу правового регулювання кримінально-процесуального права, у зв'язку з чим необхідно розглянути поняття кримінального процесу.

У теорії кримінального процесу в більшості випадків кримінальний процес розглядають як діяльність органів розслідування, прокуратури й суду, що полягає в розслідуванні й вирішенні кримінальних справ, у розкритті злочинів, виявленні й справедливому покаранні осіб, що вчинили злочини, у попередженні злочинів³.

Є й така точка зору, що «... кримінальний процес — це саме провадження, рух кримінальної справи відповідно до точно встановленої кримінально-процесуальним правом процедури, перехід з однієї стадії в іншу»⁴.

¹ Див.: Уголовный процесс. Под ред. Чельцова М.А. - М., 1969. - С. 183; Демидов И.Ф. Принципы советского уголовного процесса. В кн.: Курс советского уголовного процесса: Общая часть // Под ред. А.Д. Бойкова и И.И. Карпеца. - М., 1989. - С. 151; Уголовный процесс: Учебник для вузов /Под общей редакцией проф. П.А. Лупинской. - М., 1995. - С. 92.

² Маляренко В.Т. Про публічність і диспозитивність у кримінальному судочинстві України та їх значення // Вісник Верховного Суду України. - 2004. - № 7. - С. 8-9. Див. також: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. - М., 1968. - Т. 1. - С. 136; Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. М., 1971. - С. 69; Юсубов А.М. Принцип публичности в советском уголовном процессе: Автореф. дисс. канд. юрид. наук. М., 1988. - С. 3; Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. - СПб., 2001. - С. 118.

³ См. Уголовный процесс // Под ред. М. А. Чельцова. М., 1969. - С. 10; Советский уголовный процесс // Под ред. М. И. Бажанова, Ю. М. Грошевого. Киев, 1978. - С. 12;

⁴ Элькин П. - С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л., 1976. - С. 28.

265. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Люберті проти Італії (Luberti v Italy) (1984) // 6 EHRR 440.

266. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Люберті проти Італії (Luberti v Italy) (1984) // 6 EHRR 440.

267. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Маркс проти Бельгії (Marckx v Belgium) (1979-80) // 2 EHRR 330.

268. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Обершлік проти Австрії (Oberschlick v Austria) (1991) // 19 EHRR 389.

269. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Об'єднана Комуністична партія та інші проти Туреччини (United Communist Party and Others v Turkey) (1998) // 26 EHRR 121.

270. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Сільвер проти Сполученого Королівства (Silver v UK) (1983) // 5 EHRR 347.

271. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Шасану та інші проти Франції (Chassagnou and Others v France) (1999) // 29 EHRR 615.

272. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі „Клас та інші проти Німеччини, „ // Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 2002. — № 4. – С. 93-125.

273. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі „Німітц проти Німеччини» Цит. по кн.: Шевчук С. Порівняльне прецедент не право з прав людини. – К, 2002. — С. 252-254

Матеріали місцевої слідчої і судової практики

274. Матеріали КУЗП Київського РВ ОМУ УМВС України в Одеській області № 31/19 КУЗП / 2001 р.

275. Провадження за заявою гр. Демидової К. Я. приватного обвинувачення про порушення кримінальної справи по ст. ст. 125 ч. 2, 356 КК України щодо гр. Долгопята С. О. // Архів Приморського районного суду м. Одеси за 2004 р. С-19.

276. Кримінальна справа № 1-1487/2004 за обвинуваченням Гусєва І. Е. у вчиненні злочину, передбаченого ст. 296 ч. 1 К України // Архів Малиновського районного суду м. Одеси 2004 р.

277. Провадження Суворовського районного суду м. Одеси № 9-234/2005 р. за скаргою Уварової І. М. в порядку приватного обвинувачення про притягнення Малехіної С. М. до кримінальної відповідальності по ст. 125 ч. 2 КК України

250. Яблочков Т.М. К учению об основных принципах гражданского процесса // Сб. статей памяти проф. Г.Ф. Шершеневича. – М., 1915.

251. Яблочков Т.М. К учению об основных принципах гражданского процесса /Яблочков Т.М.М.: //Сборник статей по гражданскому и торговому праву, 1915.-С.275-319.

252. Явич Л.С. Общая теория права. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. – 285 с.

253. Якуб М.Л. Демократические основы советского уголовно-процессуального права. - МГУ, 1960. – 210 с.

254. Якупов Р.Х. Уголовный процесс: Учеб. для вузов / Р.Х. Якупов; Под ред. к.ю.н. В.Н. Галузо. - М.: Зерцало, 1998. - X, 438 с.

255. Янович Ю.П. Уголовный процесс Украины / Ун-т внутр. дел; [Сост. В.Б.Харченко].- Х.: Б.и., 1997.- 252 с.

256. Яновська О.Г. Кримінально-процесуальне право України: Навч. - методичний посібник. - К.: КНЕУ, 2003. - 207 с.

Література іноземною мовою:

257. Ingraham, Barton L. The structure of criminal procedure. – Greenwood Press. – 1987. – P. 10

258. Italian Yearbook of international Law. Vol. 1. 1975. P. 261 et seg.

259. Michael Georg Müller. Strafprozeßrecht. Ratgeber für Rechtsreferendare zur Vorbereitung auf die zweite juristische Staatsprüfung unter besonderer Berücksichtigung der saarländischen Praxis. Staatsanwalt, Saarbrücken 1994-2000. Überarbeitung vom 31. Mai 2000; Eisenberg/Conen, Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum NJW 1998,

260. Michael Georg Müller. Strafprozeßrecht. Ratgeber für Rechtsreferendare zur Vorbereitung auf die zweite juristische Staatsprüfung unter besonderer Berücksichtigung der saarländischen Praxis. Staatsanwalt, Saarbrücken 1994-2000. Überarbeitung vom 31. Mai 2000.

Рішення Європейського Суду з прав людини:

261. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Sunday Times проти Сполученого Королівства (Sunday Times v UK) (No. 1), (1979-80) // 2 EHRR 245.

262. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі SW & CR проти Сполученого Королівства (SW & CR v UK) (1996) // 21 EHRR 363.

263. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Гітонас проти Греції (Gitonas v Greece) (1997) // 26 EHRR 691.

264. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Голдер проти Сполученого Королівства (Golder v UK) (1975) // 1 EHRR 524.

З цього ж питання можна привести наступну думку: «Слово «процес» означає хід, плин певних явищ. Коли ж у сучасній процесуальній літературі говориться про кримінальний процес, то під цим розуміється певна, суворо послідовна кримінально-процесуальна діяльність його учасників і система відповідних цій діяльності процесуальних відносин»¹.

Таким чином, визначення кримінального процесу вказують перш за все на державно-владний, публічний² характер кримінально-процесуальної діяльності.

Ставлення до змісту публічності судочинства відрізняється у вчених-процесуалістів, у зв'язку з чим можна вказати на вузьке його тлумачення (яке виходить з положення ст. 4 КПК України, відповідно до якої „суд, прокурор, слідчий і орган дізнання зобов'язані в межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину, вжити всіх передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання») та широке розуміння.

Ще І.Я. Фойницький відзначав (в аспекті обвинувачення), що публічність кримінального процесу обумовлена публічним або суспільним характером обвинувачення, яке належить державі і визначається публічними, а не приватними інтересами. У зв'язку з чим, зокрема публічне обвинувачення не залежить від приватного розсуду³. Вказана позиція відомого дореволюційного процесуаліста ґрунтувалася на взаємозв'язку кримінального обвинувачення з природою злочину і була розвинута вже радянськими дослідниками цього питання.

Так, М. А. Чельцов вважає, що „якщо об'єкт процесу – кримінальна відповідальність громадянина за злочин, визнання наявності якого тягне обов'язкове застосування каральної погрози кримінального закону, то безспірно, що діяльність судових та прокурорських органів зі встановлення кримінальної відповідальності складає їх публічно-правовий обов'язок. Принцип публічності означає, що весь процес від початку до кінця проводиться в публічному інтересі, а не в інте-

¹ Шпилев В. Н. Содержание и формы уголовного судопроизводства. Минск, 1974. - С. 28.

² Тут і далі автор щодо кримінального процесу розмежовує поняття публічності і гласності процесу, які в окремих дослідженнях іноземних авторів, та вчених з інших галузей права в силу правової традиції не розрізняються і застосовуються як синоніми.

³ Фойницький И. Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т. СПб., 1996. Т. 2. - С. 6.

ресах приватних осіб»¹.

Йому вторить І. Ф. Демидов, на думку якого: „публічність кримінального процесу – це його державна засада, суть якої в тому, що захист суспільства і громадян від злочинних посягань є важливим і відповідальним обов'язком правоохоронних органів, а не справою самих громадян. Відповідно до принципу публічності органи розслідування, прокуратури і суд зобов'язані в кожному випадку встановлення ознак злочину порушити кримінальну справу, прийняти заходи, передбачені законом до встановлення істини і покарання винних»².

Однак у вказаних формулюваннях не врахована наявність інтересів держави у справах приватного обвинувачення, а також те, що суд діє офіційно, як орган державної влади, на якого покладено обов'язок здійснення правосуддя.

Цей недолік долав у своєму визначенні інший вчений П.І. Репешко, вказуючи, що „реалізація гарантованих Конституцією України прав, свобод і обов'язків людини і громадянина, регламентованих відповідними нормами КПК України, процесуальних прав та обов'язків органів та осіб, які притягуються до участі в кримінальному судочинстві, здійсненні прокуратурою та судом покладених на них чинним законодавством процесуальних функцій»³.

Наступні дві групи вчених подають розгорнуте тлумачення публічності в кримінальному судочинстві.

Так, автори одного з російських підручників з кримінального процесу (Л. М. Башкатов, Г. М. Ветрова, А. Д. Донченко, В.І. Зажицький, В.І. Шестаков) вважають, що: „публічність процесу – це вираження суспільного призначення кримінального судочинства. Інтереси суспільства вимагають застосування покарання до осіб, які вчинили суспі-

СПб.: Издательство Альфа», 1996. Т. 2. – 606 с.

232. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – Т. 1. Изд. 3-е. СПб., 1902. – 250 с.

233. Хеффе Отфрид. Политика, право, справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М.: «Гнозис», 1994. – 350 с.

234. Червонюк В.И., Гоймак-Каминский И.В. Согласование интересов как вид современных законодательных технологий // Государство и право. – 2004. - № 8. - С. 30-38

235. Черкес М. Ю. Міжнародне право: Підручник. - К.: Знання, 2000.–284 с.

236. Черкес М.Е. Международное право: Учеб. пособие. - О.: Астропринт, 1998. – 179 с.

237. Шадрин В.С. Обеспечение прав личности и предварительное расследование в уголовном процессе. // Государство и право. 1994. - № 4. - С.97 - 99.

238. Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск: Изд-во Урал. ун-та. – 1990. – 220 с.

239. Шак Х. Международное гражданское процессуальное право: Учеб./Шак Х.-М.: Бек, 2001.-519с.

240. Шахназаров Г.Х. Социалистическая демократия: Некоторые вопросы теории/Шахназаров Г.Х.-М.: Политиздат, 1972.-192с.

241. Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини. – К.: Видавництво „Реферат”, 2002. – 344 с.

242. Шепитько В.Ю. Криміналістика: Курс лекцій.–Харьков, 2003–352 с.

243. Шестакова С.Д. Публичность, диспозитивность и дискреционность в уголовном процессе России и США: сравнительный анализ // Следователь. – 2002. - № 11. – С. 35-36.

244. Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. - 220 с.

245. Шпилев В.Н. Содержание и формы уголовного судопроизводства /Шпилев В.Н.-Минск: Изд-во БГУ, 1974.-144с.

246. Шумський П.В. Прокуратура України. – К.: „Вентурі”, 1998. – 250 с.

247. Щукина Г.И. Проблема познавательного интереса в педагогике /Щукина Г.И.-М.: Педагогика, 1971.-352с.

248. Элькин П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве /Элькин П.С.; Ленингр.ун-т.-Л.: Изд-во Ленингр.ун-та, 1976.-143с.

249. Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та інш. – К.: „Укр. енцикл.”, 1998. – Т. 2: Д-Й.– 1999. – 744 с.

¹ Чельцов М.А. Уголовный процесс. - М., 1948. - С. 183

² Демидов И.Ф. Принципы советского уголовного процесса. В кн.: Курс советского уголовного процесса: Общая часть // Под ред. А.Д. Бойкова и И.И. Карпеца. - М., 1989. - С. 151. Досить близькою є позиція іншого вченого - І.В. Тирічева, який вважає, що „принцип публічності полягає в тому, що уповноваженні на ведення кримінального процесу державні органи та посадові особи зобов'язані в межах своєї компетенції прийняти всі передбачені законом заходи до встановлення злочину, винних осіб і справедливому покаранню або запобігти безпідставному кримінальному переслідуванню або незаконному засудженню осіб, а якщо це мало місце, прийняти заходи до реабілітації невинного”. Див.: Уголовный процесс: Учебник для вузов /Под общей редакцией проф. П.А. Лупинской. - М., 1995. - С. 92.

³ Репешко П.И. Принципы уголовного процесса в стадии судебного разбирательства уголовного дела в суде первой инстанции Украины. - Николаев, 2001. - С. 76.

Ветрова, А.Д. Донченко и др. - М.: НОРМА: ИНФРА-М, 2000. - 341 с.

219. Уголовный процесс: Учеб. для студентов юрид. вузов и фак.: (С источниками нормат. материалов, образцами процессуал. документов, схем. и библиогр.) / [Басков В.И., д.ю.н., проф., Гуценко К.Ф., д.ю.н., проф., Ковалев М.А., к.ю.н., доц. и др.]; МГУ им. М.В. Ломоносова. - М.: Зерцало, 1998. - 575 с.

220. Уголовный процесс: Учебник / [Б. Т. Безлепкин, С. В. Бородин, М. В. Боровский и др.]; Под ред. И. Л. Петрухина; Ин-т государства и права Рос. акад. наук. - М.: Проспект : ПБОЮЛ Грачев С.М., 2001. - 517 с.

221. Уголовный процесс: Элементар. курс / [Л. Н. Башкатов, Г. Н. Ветрова, А. Д. Донченко и др.]; Под ред. Л. Н. Башкатова. - М.: Юрист, 2001. - 317 с.

222. Уголовный процесс БССР /Ред. С.П. Бекешко - 2-е, испр. и доп. изд. изд.-Минск: Вышэйш.шк., 1979.-544с.

223. Уголовный процесс западных государств / К.Ф. Гуценко, Л. В. Головкин, Б. А. Филимонов; Под ред. Гуценко К. Ф.; МГУ им. М. В. Ломоносова. Юрид. фак. - М.: Зерцало-М, 2001. - 470 с.

224. Уголовный процесс России: Лекции-очерки/Ларин А.М., Мельникова Э.Б., Савицкий В.М.; Ред. В.М.Савицкий; РАН.Ин-т государства и права.Акад.правовой ун-т.-М.: Бек, 1997.-315с.

225. Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под общ.ред. А.С.Кобликова. - М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2000. - 373 с.

226. Уголовный процесс: Учебник для студентов юрид. вузов и фак. (с источниками норматив. материалов, образцами процессуал. док., схемами и библиогр.) / [Басков В.И., Гуценко К.Ф., Ковалев М.А. и др.]; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. - М.: Зерцало, 1997. - 509 с.

227. Узун Ю.В. Концепт „громадянське суспільство” в історії та теорії політичної думки. Автореф. дис....канд. політ. наук. – Одеса, 2002. – 16 с.

228. Ульянова Л. Т. Принципы уголовного процесса // Уголовный процесс: Учебник для студентов юрид. вузов и фак. (с источниками норматив. материалов, образцами процессуал. док., схемами и библиогр.) / [Басков В.И., Гуценко К.Ф., Ковалев М.А. и др.]; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. - М.: Зерцало, 1997. - 509 с.

229. Федина Л.С. Питання цивільного процесу у міжнародному приватному праві. — Львів, 1998. — 21 с.

230. Философский энциклопедический словарь./ Ред.-сост.Е.Ф.Губский и др. — М.: ИНФРА-М, 1997. — 576 с.

231. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т.

льно небезпечні діяння. Держава покладає на себе виконання функцій з розслідування і вирішення справ про злочини та покарання винних.

З принципу публічності витікають наступні основні положення:

1) обов'язок здійснювати функцію кримінального переслідування в рамках провадження у кримінальній справі покладається на державні органи та посадових осіб;

2) суд іменем держави визнає особу винною у вчиненні злочину і призначає покарання за скоєне;

3) рух провадження у кримінальній справі визначається процесуальними актами, що приймаються державними органами та посадовими особами;

4) усі рішення, що приймаються в рамках провадження у кримінальній справі державними органами та посадовими особами, обов'язкові для виконання всіма особами, які приймають участь в провадженні у кримінальній справі;

5) державні органи і посадові особи самостійні і незалежні при виконанні своїх обов'язків при провадженні у кримінальній справі¹.

Український вчений, Т. М. Мірошниченко, також є прибічником широкого тлумачення принципу публічності. На її думку „принцип публічності (офіційності) покладає на органи прокуратури, слідства, дізнання та суду такі обов'язки:

1) будучи проінформованими про вчинений злочин, посадові особи цих органів зобов'язані порушити кримінальну справу, розслідувати її і передати для вирішення суду незалежно від того, чи є відповідне прохання про це потерпілого;

2) вияснити всі суттєві для справи обставини, спираючись перш за все на особисту ініціативу;

3) на прокурора покладається обов'язок передати закінчену справу в суд, де він підтримує обвинувачення;

4) суд забезпечує всебічне та вичерпне дослідження обставин справи; він не обмежений доказами, які надані обвинуваченим, захисником, підсудним, а самостійно перевіряє необхідні докази, виявляючи важливі для справи обставини і тим самим забезпечує доведеність вини (п. 3 ч. 1 ст. 129 Конституції України);

5) суд зобов'язаний постановити рішення, не будучи пов'язаним

¹ Уголовный процесс /Башкатов Л.Н., Ветрова Г.Н., Донченко А.Д., Жажицкий В.И., Шестаков В.И. - М., 2000. - С. 38-39.

позиціями інших осіб, що ведуть справу»¹.

Таким чином, публічність – обов'язок органів розслідування, прокуратури та суду від імені держави приймати всі передбачені законом заходи і проводити всі передбачені законом дії для розкриття злочину, викриття і покарання осіб, які винні у їх вчиненні, охорони прав та законних інтересів учасників процесу, реабілітації невинуватих осіб².

Дослідження питання про поняття, значення та місце диспозитивності в процесуальній діяльності взагалі, і в кримінальному судочинстві зокрема, неможливе без звернення до теоретичного надбання з цього питання в теорії цивільного процесу.

Цей висновок ґрунтується на наступних аргументах: 1) диспозитивність розглядається більшістю криміналістів та цивілістів як основоположний принцип цивільного права і процесу та елемент методу його правового регулювання; 2) диспозитивність є по суті початком процесуальної діяльності (цивільної та господарської) з визначення цивільних прав та обов'язків.

Останнім за часом, і найбільш ґрунтовним за змістом дослідженням питань диспозитивності в цивільному процесі є робота російського вченого О. Г. Плешанова „Диспозитивна засада в сфері цивільної юрисдикції: проблеми теорії і практики»³, в кримінальному процесі, як вже зазначалося дисертаційні дослідження О.І. Рогової „Межі прояву диспозитивності в кримінальному судочинстві» (Томськ, 1994 р.), О. С. Александрова „Диспозитивність в кримінальному процесі (Нижній Новгород, 1995 р.), О. О. Сєдаш „Приватна засади в Російському кримінальному судочинстві» (Саратов, 2000 р.), О. О. Шамардіна „Приватні засади обвинувачення і становлення принципу диспозитивності в кримінальному процесі Російської Федерації (Оренбург, 2001 р.), С. С. Пономаренка „Диспозитивні засади в російському кримінальному судочинстві» (Оренбург, 2002 р.), І. С. Дікарьова „Диспозитивність в кримінальному судочинстві» (Волго-

¹ Кримінальний процес України: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю.М. Грошевий, Т.М. Мірошніченко, Ю.В. Хоматов та ін. За ред. Ю.М. Грошевого та В.М. Хотенця. - Харків, 2000. - С. 59.

² Див.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. - М., 1968. - Т. - С. 136; Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. - С. 69; Юсубов А.М. Принцип публичности в советском уголовном процессе: Автореф. дисс. канд. юрид. наук. М., 1988. - С. 3; Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. - СПб., 2001. - С. 118.

³ Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. - М., 2002. - С. 25-26.

200. Тертишник В. М. Концептуальна модель системи принципів кримінального процесу // Економіка, фінанси, право.-2001.-№3.-С. 27-29.

201. Тертишник В. М. Уголовный процесс. - Харьков: Арсис, 1997.-528 с.

202. Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України. - К.: Юрінком Інтер, 1999. - 1049 с.

203. Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учеб. для юрид. фак. и вузов. - М.: Бек, 1995. - X, 485 с.

204. Тихомиров Ю. А. Теория компетенции / Ю.А. Тихомиров. - М.: Юринформцентр: Тихомиров М.Ю., 2001. - 351 с.

205. Тихомиров Ю.А. Публично-правовое регулирование: динамики сфер и методов // Журнал российского права. - 2001. - № 5. - С. 3-12.

206. Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия /Под ред. М.Ю. Тихомирова, М., 1998. - 910 с.

207. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4т. Т. 3. П.: Воспроизводство изд. 1955г. / Даль В.И.-М.: Рус.яз., 1998. - 556 с.

208. Трунов И. Суд не должен добывать доказательства // Российская юстиция. 2001. № 9.

209. Туркота С. Виникнення та розвиток правового компромісу: історичні передумови // Право України. - 2002. - № 5. - С. 46-51.

210. Туркота С. Правовий компроміс у кримінальному судочинстві // Право України. - 2001. - № 12. - С. 69-71.

211. Тыричев И.В. Принципы уголовного процесса. В кн. Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под общей редакцией проф. П.А. Лупинской. - М.: Юристъ, 1995. - 544 с.

212. Уголовное дело / Пер. с яп. к. ю. н. В.В. Батуренко; Под общ. ред. и со вступ. ст. д. ю. н. Ф.М. Решетникова. - М.: Прогресс, 1987- 423 с.

213. Уголовно-процессуальное право // Под ред. П. А. Лупинской. М.НОРМА-М, 1998. - 750 с.

214. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. - М.: Юристъ, 2004. - 800 с.

215. Уголовно-процессуальный Кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Под общей ред. В.Т. Маляренко и Ю.П. Аленина, - Харьков: ООО «Одиссей», 2003. - 960 с.

216. Уголовный процесс / Под ред. М.А.Чельцова. - М.: Юрид. лит., 1969. - 964 с.

217. Уголовный процесс : Учеб. для вузов / [Алексеева Л.Б., Давыдов В.А., Дьяченко М.С. и др.]; Под общ. ред. П.А. Лупинской. - М.: Юристъ, 1995. - 544 с.

218. Уголовный процесс: Учеб. для вузов / Л.Н. Башкатов, Г.Н.

184. Советский уголовный процесс : / Под ред. А.С.Кобликова. - М.: Юрид. лит., 1972. - 534 с.

185. Советский уголовный процесс: [Учеб. для вузов по спец. "Правоведение" / Н.С. Алексеев, А.И. Бастрыкин, В.Г. Даев и др.]; ЛГУ. - Л. : Изд-во ЛГУ, 1989. - 469 с.

186. Советский уголовный процесс: [Учебник для вузов по спец. "Правоведение" / Тыричев И.В., Лупинская П.А., Фаткуллин Ф.Н. и др.]. - М. : Юрид. лит., 1980. - 568 с.

187. Соколов Н.Я. Опыт конкретно-социологического исследования профессионального правосознания // Сов. гос-во и право. - 1985. - № 3.

188. Соколовская Н.С. Некоторые вопросы деятельности суда по отправлению правосудия / Правовые проблемы укрепления российской государственности. - Томск, 2002.

189. Соціологія: Терміни, поняття, персоналії. Навчальний словник-довідник. Укладачі: В.М. Піга, Ю.В. Піга, Н.М. Хома і ін. За заг. ред. В.М. Піги. - К.: „Каравела”, Львів: „Новий світ - 2000”, 2002. - 480 с.

190. “Справа Локербі” майже завершена // Урядовий кур’єр. - 2001. - 2 лютого. - С. 3.

191. Стрельцов Є.Л. Економічні злочини: внутрідержавні та міжнародні аспекти: Навчальний посібник. - Одеса, 2000.

192. Стремовский В.А. Участники предварительного следствия в советском уголовном процессе. - Ростов-на-Дону: Изд-во Ростовского ун-та, 1966. - 46 с.

193. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса: Т.І. Основные положения науки советского уголовного процесса/Строгович М.С.; АН СССР.Ин-т государства и права.-М.: Наука, 1968.-470с.

194. Строгович М.С. Уголовно-процессуальное право в системе норм советского права. // Сов. гос. и право. 1957. - № - 4.

195. Строгович М.С. Уголовный процесс /Строгович М.С.; АН СССР.Ин-т права.-М.: Юрид.изд-во НКЮ СССР, 1940.-311с..

196. Сурилов О.В. Теорія держави і права: Навч. посібник. - Одеса, 1998. - 98 с.

197. Сучасний соціологічний словник / За ред. Воловича В.І. - К.: Основа, 1999. - 400 с.

198. Сырых В.М. Логические основания общей теории права. - Т. 2. Логика правового исследования. - М.: ЗАО Юстицинформ, 2004.- 560 с.

199. Таганцев Н.С. Русское уголовное право : Часть общая: Лекции : [В 2 т. / Вступ. ст. Н.И. Загородникова, с. III-XXXV]; Рос. АН. Ин-т государства и права. - М. : Наука, 1994. - Т. 1. XXXV, 380 с.

град, 2004 р.) та Л. М. Масленнікової „Публічна и диспозитивна засади в кримінальному судочинстві Росії» (Москва, 2000 р.), а також кандидатська дисертація М. О. Ноздріної „Диспозитивність як елемент принципу змагальності у кримінальному процесі України» (Харків, 2004 р.) і монографія Л. М. Лобойка „Принцип диспозитивності у кримінальному процесі України» (Донецьк, 2004 р.).

Але ще в дореволюційній літературі існувала дискусія про приватноправову природу диспозитивності (Є. В. Васьковський) та про її можливий міжгалузевий характер (В. О. Рязановський).

Досить тривалий час диспозитивна засада в теорії і цивільного, і кримінального процесів не розглядалася як самостійна та точилася (і по сьогодні ведеться) наукова дискусія з приводу питання про те, що представляє собою змагальна і диспозитивна засада. У зв’язку з цим представляє інтерес дослідження цього питання О. Г. Плешановим.

О. Г. Плешанов вважає, що термін „змагальна засада» в наукове спілкування вів німецький процесуаліст Гюннер. Цей вчений дав не лише визначення змагальної засади, під якою розумілася засада особистої автономії сторони процесу як започатківця процесу, так і реалізації його результатів, але й також висунув та сформулював в 1804 р. принцип змагальності (Verbsndlungsmaxime), за яким сторони в цивільному процесі виступають як самостійні суб’єкти процесу, які вільно змагаються перед судом, а суд в свою чергу, не проводить ніякого слідства, не розглядає сторони як об’єкт дослідження, як засіб пізнання істини, як це було прийнято в пруському інквізиційному процесі¹.

В кримінально-процесуальній науці дорадянського періоду визнавалось, що особи, які приймають участь у судочинстві, можуть власною волею визначати характер процесуальних дій і впливати на рух процесу, проте такі їх можливості значно обмежені. Пов’язувалося це явище з дією протилежної публічності засади, яку іменували диспозитивною (П.І. Люблінський), приватною засадою (І. Я. Фойніцький) або засадою дій приватних осіб². Сфера дії цієї засади, як правило, обмежувалася провадженням у справах про приватні злочини, які порушувалися лише за скаргою потерпілого і могли бути закриті за примиренням сторін. Ще в той період визначалося, що ці злочини

¹ Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. - М., 2002. - С. 13.

² Дикарев И.С. Диспозитивность в уголовном процессе России. Автореф. дис....канд. юрид. наук. - Волгоград, 2004. - С. 6. Див.: Фойницький І. Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т. СПб., 1996. Т. 2. - С. 6.

менш торкаються інтересів держави і суспільства, а також обумовлювалося початком „пошади потерпевшему» з метою зменшити негативні наслідки для потерпілого в результаті гласного кримінального судочинства, можливо пов'язаного з розголошенням інформації про його приватне життя¹. Проте як і сьогодні, так і сто років назад вчені були однастайні щодо того, що кримінальне судочинство не може ґрунтуватися на приватній засаді, так як це буде суперечити його призначенню.

В радянський період розвитку кримінально-процесуальної науки позиції вчених щодо місця та значення диспозитивності розділилися. Так, В. О. Рязановський, М. А. Чельцов не вбачали в кримінальному процесі проявів диспозитивності. Навпроти, Н. Н. Полянський, М. С. Строгович, В. М. Савицький, А. Л. Ципкін, А. А. Мельников, І. І. Петеружа, виходячи з положень так званого судового права (яке передбачало єдність певних процесуальних принципів) були прибічниками точки зору про присутність диспозитивності у кримінальному процесі.

І в сучасній процесуальній літературі відсутня єдність думок щодо визначення поняття диспозитивності (хоча її наявність в кримінальному судочинстві вже не заперчується). Так, відповідно до визначення диспозитивності в широкому сенсі, під нею розуміється свобода будь-якого суб'єкта процесу розпоряджатися наданими законом правами при здійсненні кримінального правосуддя), а у вузькому сенсі це положення стосується лише учасників судочинства, які мають у процесі певний інтерес – публічний або приватний². Інші автори пропонують розглядати диспозитивність як „право сторін розпоряджатися своїми правами на кримінальний позов (матеріальна диспозитивність) і процесуальними правами, включаючи право на доказування, в своїх процесуальних інтересах (формальна диспозитивність)»³. Слід зазначити, що традиційно в цивільному процесі, а з 60-х

ських наук, професор Л. В. Бойцова. – М.: Издательство «Зерцало», 1998. – 432 с.

167. Правовая система социализма. В 2 кн. Кн.1. Понятие, структура, социальные связи /Ред. А.М. Васильев-М.: Юрид.лит., 1986. – 367 с.

168. Практика судів України в кримінальних справах // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. - 1993.-№3.-С.231-232.

169. Проблемы судебного права /Полянский Н.Н. и др.; Ред. В.М.Савицкий; АН СССР.Ин-т государства и права.-М.:Наука,1983.-223с.

170. Радченко В. Судебную власть – в центр правовой реформы // Российская юстиция. – 1999. - № 10. – С. 2-4

171. Рахунов Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву /Рахунов Р.Д.; Всесоюз.ин-т юрид.наук.-М.: Гос.изд-во юрид.лит., 1961. – 277 с.

172. Репешко П. И. Принципы уголовного процесса в стадии судебного разбирательства уголовного дела в суде первой инстанции Украины. – Николаев: Атолл, 2001. – 258 с.

173. Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство. - Изд.: "Право". (3-е пересмотренное). СПб. 1916. – 320 с.

174. Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии : В 2 т. / АПН СССР. - М. : Педагогика, Т. 1. - 1989. - 485 с.

175. Рыжаков А.П. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2002. – 1024 с.

176. Рязановский В.А. Единство процесса. – М.: Городец, 1996. – 320 с.

177. Санталов А.И. Теоретические вопросы уголовной ответственности /Санталов А.И.; Ленингр.ун-т.-Л.: Изд-во Ленингр.ун-та, 1982.-97с.

178. Синюков В. Н. Российская правовая система : Введ. в общ. теорию. - Саратов : ГП "Полиграфист", 1994. – 494 с.

179. Сиренко В. Ф. Проблема интереса в государственном управлении. - Киев : Наукова думка, 1980. - 179 с.

180. Скаун О. Ф., Подберезский Н. К. Теория права и государства : Учебник. - Х., 1997. - 500с.

181. Смолькова И.В. Частная жизнь граждан: основания и пределы уголовно-процессуального вмешательства. - М.: Луч, 1997. - 84 с.

182. Советский уголовный процесс // Под ред. М. И. Бажанова, Ю. М. Грошевого. Киев: Головное издательство издательского объединения «Вища школа», 1983. – 439 с.

183. Советский уголовный процесс /Чельцов М.А.-2-е, перераб. изд. изд.-М.: Гос.изд-во юрид.лит., 1951.-511с.

¹ Так, І.Я. Фойницький серед причин участі приватних осіб в порушенні кримінальної справи вказував: 1) слабку організацію посадового обвинувачення; яке не може діяти на території всієї держави 2) намагання притягнути до діяльної участі у судочинстві осіб, з метою забезпечення енергійності переслідування; 3) виключність характеру приватного обвинувачення, 4) попередження обтяження участі потерпілого несумісним розголошенням події. Див.: Фойницький І. Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т. СПб., 1996. Т. 2. - С. 20.

² Пономаренко С.С. Диспозитивные начала в российском уголовном судопроизводстве: Автореф. дис....канд. юрид. наук. Оренбург, 2002. - С. 10.

³ Александров А.С. Диспозитивность в уголовном процессе: Автореф. дис....канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1995. - С. 8.

цесі України: суть, пріоритети, взаємодія, сфера дії // www.lawschool.lviv.ua

153. Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. – М.: ОАО «Издательский Дом «Городец», 2005. – 320 с.

154. Общая психология: Учеб./Ред. Петровский А.В.-3-е, перераб. и доп. изд. изд.-М.: Просвещение, 1986.- 464 с.

155. Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. Под ред. проф. М.Н. Марченко. Том 1. Теория государства. – М.: Издательство «Зерцало», 1998. – 416 с.

156. Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. Под ред. проф. М.Н. Марченко. Том 2. Теория права. – М.: Издательство «Зерцало», 1998. – 810 с.

157. Общая теория права и государства : Учеб. для студентов вузов по спец. "Юриспруденция" / [В.С. Афанасьев, А.П. Герасимов, В.И. Гойман, доктора юрид. наук, профессора и др.]; Под ред. д.ю.н., проф. В.В. Лазарева. -3-е изд. перераб. и доп. - М. : Юрист, 1999. - 517 с.

158. Огурцов Н.А. Правоотношения и ответственность в советском уголовном праве: Учеб. пособие/Огурцов Н.А.; Рязан. высш. шк. МВД СССР. - Рязань: Науч.-исслед.и ред.-издат. отд., 1976.- 205с.

159. Ожегов С. И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / под ред. чл.-корр. АН СССР Н.Ю. Шведовой. – 20-е изд., стереотип. М.: «Русский язык», 1988. – 750 с.

160. Петрухин И.Л. Публичность и диспозитивность в уголовном процессе // Рос. юстиция. – 1999. - № 3. – С. 24-26

161. Пилюк А.В. Пределы участия суда в собирании доказательств / Правовые проблемы укрепления российской государственности: Ч. 10. Проблемы уголовного процесса в свете нового УПК РФ: Сб. статей/Ред. Якимовича Ю.К.; Том.гос.ун-т.-Томск: Изд-во Том.ун-та, 2002.-160с.

162. Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. – М.: Издательство НОРМА, 2002. – 352 с.

163. Погорецький М.А. Кримінально-процесуальні правовідносини: структура і система: Монографія. – Харків: Арсіс, 2002. -160 с.

164. Подследственность уголовных дел / З.З. Зинатуллин, М.С. Саляхов, Л.Д. Чулюкин. - Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1986. – 100 с.

165. Політологічний енциклопедичний словник. – К.: Генеза, 1997.– 735 с.

166. Правовая система Нидерландов. Ответственные редакторы доктор юридических наук, профессор В.В. Бойцова, доктор юридиче-

ских наук в кримінальному процесі виділяється так звана. матеріальна та формальна диспозитивність та розмежовується поняття диспозитивності та змагальності процесу¹. Так, матеріальна диспозитивність полягає в праві розпорядження сторін в процесі правовими домаганнями. Формальна диспозитивність — право розпорядження сторін в процесі на зовнішній хід процесу та використання процесуальних засобів. Змагальність же пов'язана з правом розпорядження сторін в процесі лише фактичним матеріалом, тобто доказами.

Під альтернативним диспозитивності терміном „приватна засада» окремі дослідники (О. О. Седаш) розуміють правову форму здійснення свободи особистості і засіб захисту прав і інтересів особи у кримінальному процесі; як один із напрямків реалізації кримінально-процесуальної діяльності, реально діючого разом з визнаною публічною засадою кримінального судочинства².

На думку Л. М. Масленникової диспозитивна засада проявляється через індивідуальний інтерес (приватний або суспільний) фізичної і юридичної особи; через розпорядження цією особою належними їй суб'єктивними правами (приватними або публічними) на підставі власного волевиявлення; диспозитивною засадою виражається автономність особистості від держави при вирішенні питання про захист індивідуального інтересу шляхом розпорядження суб'єктивними правами³.

Існують і інші точки зору⁴. У цивільному процесі сформувалися наступні підходи до визначення диспозитивності, які:

1. як єдиної змагальної засади, що визначає діяльність і сторін, і суду у всіх її основних напрямках⁵;

2. як принципу приватної свободи в галузі судового захисту цивільних прав (принцип диспозитивності): з першого ж моменту після

¹ Хоча назва кандидатської роботи М.О. Ноздріної „Диспозитивність як елемент принципу змагальності у кримінальному процесі України”, свідчить про зворотнє.

² Седаш Е.А. Частное начало в Российском уголовном судопроизводстве: Автореф. дис....канд. юрид. наук. Саратов, 2000. - С. 5.

³ Масленникова Л.Н. Публичное и диспозитивное начала в уголовном судопроизводстве России: Автореф. дис... докт. юрид. наук. М., 2000. - С. 41.

⁴ Петрухин И.Л. Публичность и диспозитивность в уголовном процессе // Рос. юстиция. - 1999. - № 3. - С. 24-25; Ковтун Н.Н. Соотношение частных и публичных начал в уголовном судопроизводстве РФ: время выбора // Государство и право. - 1995. - № 11. - С. 66-71; Шамардин А.А. Частные начала обвинения и становление принципа диспозитивности в уголовном процессе России: Автореф. дис....канд. юрид. наук. Оренбург, 2001. - С. 16-17.

⁵ Исаченко В.Л. Основы гражданского процесса. - Минск, 1994. - С. 320.

пред'явлення позову позивач може відмовитися від нього в силу загальної засади, що ніхто не може бути примушений вести процес – *invitus nemo agree cogatur*;

3. як права розпорядження сторін, по-перше, об'єктом процесу, тобто тими вимогами, які заявлені відносно цього права (*res in iudicium deducta*), та по-друге, процесуальними засобами захисту та нападу¹.

Також існує й негативна позиція щодо визнання за змагальністю та диспозитивністю характеру принципу, тому що

- держава заінтересована в тому, що лише дійсно уповноважений і лише проти не уповноваженого був захищений судом;
- мета процесу – встановлення, захист і здійснення цивільних прав – сильніше принципу змагальності;
- диспозитивність не пов'язана із змагальністю, а роль змагання зводиться до засобу для належної інформації суду з метою постановлення ним правильного рішення;
- слідчий принцип не лише не суперечить сутності цивільного процесу, але й навпаки, він єдино адекватний сутності цивільного процесу;
- принцип самодіяльності сторін заснований не на праві сторін, а на тягарі покладених на них обов'язків сприяти суду у встановленні матеріальної правди;
- принцип змагальності, що забороняє у вигляді правила суду самому збирати докази і фактичний матеріал, є норма поведінки для суду².

На думку окремих вчених „принцип диспозитивності неможливо розглядати як безумовну і непорушну засаду процесу, яка витікає з сутності цивільних прав, не допускає відступів без волі заінтересованих осіб»³.

З питанням диспозитивності процесу, пов'язана проблема посилення публічних засад не лише в традиційно публічних галузях, але й в приватних сферах правового регулювання.

Існують такі точки зору щодо обґрунтування публіцизації процесу в тому числі і цивільного:

1. Держава заінтересована в організації процесу і не може допустити, щоб процес служив лише формальній істині, щоб правосуддя як

пособие / ЛГУ. - Л. : ЛГУ, 1990. – 91 с.

138. Михайленко О.Р. Прокурор, захисник і суд у змагальному кримінальному судочинстві України // Адвокат. – 2004. - № 3. – С. 10-11.

139. Михайловский И.В. Основные принципы организации уголовного суда. Уголовно-политическое исследование. – Томск: паровая типолит. П.И. Макушина, 1905. – 336 с.

140. Михеенко М. М., Нор В. Т., Шибико В. П. Уголовный процесс Украины: Учебник. - К., 1992. – 250 с.

141. Михеенко М. М. Конституційні принципи кримінального процесу // Вісник Академії правових наук України. -1997.-№2.

142. Михеенко М.М., Шибіко В.П., Дубинський А.Я., Кримінальний процес України. 2 –ге вид., перероб. і доп. - К.: Либідь, 1999. - 437 с.

143. Мірошніченко Т. М. Принципи кримінального процесу // Правова держава Україна: проблеми, перспективи розвитку. Короткі тези доповідей та наукових повідомлень республіканської науково-практичної конференції. -Х.: НЮАУ, 1995.

144. Муравин А. Б. Уголовный процесс. Учебное пособие. – Х.: ООО «Одисей», 2000. – 250 с.

145. Мюллерсон Р.А. Права человека: идеи, нормы, реальность. М. 1991. – 230 с.

146. Насонов С.А., Нечипоренко Т.Ю. Принципы уголовного судопроизводства // в кн.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юристъ, 2004. – С. 174-215.

147. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – Спецви-пуск. – К., 1994.

148. Невлева И.М. Философия: Учебное пособие. – Харьков: Консум, 2001. – 432 с.

149. Нерсисянц В.С. Право и закон: из истории правовых учений/Нерсисянц В.С.; АН СССР.Ин-т государства и права.-М.: Наука, 1983.-366с.

150. Нескороджена Л.Л. Мировая угода та угода про визнання вини: можливість їх застосування в кримінальному процесі України // Вісник Верховного Суду України. – 2001. - № 1. – С. 58-60.

151. Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України: [Навч. посібник для студентів юрид. спеціальностей вищих закладів освіти / за ред. Ю.М. Грошевого. – Харків: Право, 2002. – 160 с.

152. Нор В.Т. Публічність і диспозитивність у кримінальному про-

¹ Див.: Васильковский Е.В. Учебник гражданского процесса. - М., 1914. - С. 146-147.

² Див.: Яблочков Т.М. К учению об основных принципах гражданского процесса // Сб. статей памяти проф. Г.Ф. Шершеневича. - М., 1915.

³ Рязановский В.А. Единство процесса. - М., 1996. - С. 55

права. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – 288 с.

122. Литвак О.М. Державний вплив на злочинність: Кримінологічно-правове дослідження. – К., 2000. – 210 с.

123. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальне право: Курс лекцій: Навч. посібник. – К.: Істина, 2005. – 456 с.

124. Лобойко Л.М. Принцип диспозитивності у кримінальному процесі України: Монографія. – Д.: Юрид. акад. М-ва внутр. справ; Ліра лтд, 2004. – 216 с.

125. Лукашкина Т.В. Суд и прокурор как субъекты доказывания в стадии судебного разбирательства // Актуальные проблемы держави і права: Зб. наук. праць. – Вип. 10. – Одеса, 2001. – С. 47-59.

126. Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3-х томах. 1-й том. – М.: Юрид. лит., 1973 – 600 с.

127. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / Пер. з англ. – Х.: Консум, 2000. – 592 с.

128. Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – 359 с.

129. Маляренко В. Т. Поняття, загальна характеристика та класифікація основних засад кримінального судочинства // Вісник Верховного Суду України. – 1999. – № 1. – С. 40-45.

130. Маляренко В.Т. Конституційні засади кримінального судочинства. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 320 с.

131. Маляренко В.Т. Про завдання кримінального судочинства / В зб.: Кримінальний процес України: Стан і перспективи розвитку: Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл.: Вибрані наукові праці. – К., 2004. – С. 37-38.

132. Маляренко В.Т. Про публічність і диспозитивність у кримінальному судочинстві України та їх значення // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 7. – С. 2-11.

133. Маляренко В.Т., Войтюк І.А. Відновлювальне правосуддя: можливості провадження в Україні // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 8. – С. 34-63.

134. Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. В 30 т. - Т. 1. - М.: Госполитиздат, 1954. – 648 с.

135. Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. В 30 т. - Т. 3. - М.: Госполитиздат, 1955. – 652 с.

136. Международное право: Учеб. для вузов / Ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. - М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1999. – 569 с.

137. Мещеряков Ю.В. Формы уголовного судопроизводства : Учеб.

оплот правопорядку, розходилося із завданнями правопорядку і було підкорено інтересам окремих осіб.

2. Володільцю суб'єктивного цивільного права належить автономія в розпорядженні своїм правом до процесу, але якщо він звернувся до суду, то повинен рахуватися з організацією процесу, створеною державою не лише в його особистих інтересах, але й передовсім в інтересах цілого, в інтересах всієї держави, які вимагають, щоб процес слугував меті охорони правопорядку, розкриття матеріальної істини. Таким чином, від інтересів суб'єкта права залежить, звернеться він до суду чи ні, далі справа держави – організувати процес найбільш доцільний для охорони правопорядку.

3. Матеріальна диспозитивність характерна і для кримінального процесу. Класичні процесуальні формули «ніхто не може бути примушений до позову», «немає суду без позивача», «суд не виходить за межі вимог сторін» не носять абсолютного характеру і по суті можуть бути застосовані в будь-якому процесі, а відмінності в їх застосуванні обумовлені не відмінними властивостями різних видів процесу, а умовами доцільності. Відмова від позову, визнання позову і мирова угода хоч і є актами розпорядження суб'єктивним матеріальним правом в цивільному процесі, але свідчать не про перенесення начал процесуальної свободи розпорядження матеріальним правом в процес, а про намагання законодавця створити умови для природно-доцільного, упорядкованого, практичного здійснення праворозпорядчої волі матеріально (особисто) заінтересованих осіб в процесі. Формальна диспозитивність (свобода розпорядження процесуальними засобами захисту) в її численних проявах також не має самодостатнього значення, вона обмежується необхідністю захисту публічних інтересів, дією принципів законності і судового керівництва процесом¹.

На думку О. Г. Плешанова принципом диспозитивності є визначальна ідея, яка виражає свободу суб'єктивно заінтересованої особи визначати форми і способи захисту порушеного права або охоронюваного законом інтересу, предмет судового розгляду, а також долю предмета спору і долю процесу в різних процесуальних правозастосовчих циклах процесу².

Таким чином, публічність є однією з засад кримінального судочинства, що зумовлено характером кримінально-процесуального дія-

¹ Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. - М., 2002. - С. 23-24.

² Плешанов А.Г. Там же. - С. 94.

льності та особливим статусом державних органів і посадових осіб, які є відповідальними за порушення, розслідування, судовий розгляд та вирішення кримінальних справ і реалізується насамперед в сфері розпорядження матеріальними вимогами держави щодо притягнення винної у вчиненні злочину особи до кримінальної відповідальності і пов'язаного з цим особливого – публічного обвинувачення цієї особи. Так, за даними судової статистики в 2003 р. у порівнянні з аналогічним періодом 2002 р. на розгляді в судах першої інстанції за звітний період перебувало понад 264 тис. кримінальних справ, що на 4,0% більше, із них майже 257,9 тис., або 97,6% [97,8%], — справ публічного обвинувачення і 6,3 тис. справ, або 2,4% [2,2%], які порушуються не інакше як за скаргою потерпілого¹. Тобто, переважна частка кримінальних справ, що розглядаються судами, відноситься до справ т. зв. публічного (в т. ч. публічно-приватного) обвинувачення, що відповідно потребує більшої уваги на питання про особливості здійснення суб'єктами кримінального процесу своїх процесуальних прав.

Традиційний зміст принципу публічності розумівся як обов'язок посадових осіб порушувати кримінальну справу в кожному окремому випадку виявлення ознак злочину (ст. 4 КПК України, ст. 3 КПК РРФСР, ч. 2 ст. 21 КПК РФ).

Зміни, проведені в процесуальному законодавстві (в Україні – внаслідок малої судової реформи 2001 р., в Росії – з прийняттям нового КПК), у першу чергу торкнулися принципу публічності, тобто обов'язку державних органів і посадових осіб у межах своєї компетенції забезпечувати охорону прав і свобод громадян, інтересів суспільства і держави.

КПК України, як і раніше КПК РСФСР, цей обов'язок покладає на суд, прокуратуру, слідчих і орган дізнання. Так, відповідно до ст. 4 КПК України «суд, прокурор, слідчий і орган дізнання зобов'язані в межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину, вжити всі передбачені законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у здійсненні злочину, і до їх покарання».

¹ Аналіз роботи судів загальної юрисдикції у 2003 р. (за даними судової статистики) // Вісник Верховного Суду України. - 2004. - № 5. - С. 23-29. - С. 27. Разом з тим, вважаємо, що у даному аналізі допущено неточність, так як її укладальники мали на увазі не всі справи, що порушуються за скаргою потерпілого, а лише справи т.зв. приватного обвинувачення, по яким рішення про порушення справи приймається судом (ч. 1 ст. 27 КПК України). Про це свідчать наступні дані статистики, представлені на С. 29 аналізу.

1995. - № 11. - С. 66-71.

106. Комаров С.А. Общая теория государства и права : Курс лекций. - 2-е изд., испр. и доп. - М.: Манускрипт, 1996. - 314 с.

107. Коментар “Положення про охорону державних кордонів СРСР” від 5 серпня 1960 р.

108. Коментар до Конституції України: науково-популярне видання. – К.: Основа, 1996. – 356 с.

109. Конституционные основы правосудия в СССР / [Ларин А.М., Мельников А.А., Петрухин И.Л. и др.]; Под ред. В.М. Савицкого. - М.: Наука, 1981. - 360 с.

110. Криминология /под ред. Дж.Ф. Шели / Пер. с англ. – СПб.: Питер, 2003. – 864 с.

111. Кримінальний процес України: Підручник для студентів юрид. Спец. вищ. закладів освіти / Ю.М. Грошевий, Т.М. Мірошниченко, Ю.В. Хоматов та ін. За ред. Ю.М. Грошевого та В.М. Хотенця. – Харків: «Право», 2000. -230 с.

112. Кримінальний процес України: Стан і перспективи розвитку: Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл.: Вибрані наукові праці. – К.: Концерн „Видавничий Дім „Ін Юре”, 2004. – 600 с.

113. Крысин Л. П. Толковый словарь иноязычных слов : Ок. 25000 слов и словосочетаний / Л.П. Крысин. - М. : Рус. яз., 1998. - 847 с.

114. Кузнецов А.В. Уголовное право и личность /Кузнецов А.В.-М.: Юрид.лит., 1971. - 168 с.

115. Курило М.П., Півненко М.П. Участь прокурора в слідчих діях. - Харків: Рубікон, 1998. – 200 с.

116. Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. - М.: Спарк, 2001. - 767 с.

117. Курс советского уголовного процесса: Общая часть /Ред. Бойков А.Д.; Всесоюз.НИИ пробл.укрепления законности и правопорядка.-М.: Юрид.лит., 1989. - 640с.

118. Курс уголовного права: Общ. часть: Т. 1: Учение о преступлении / Борзенков Г.Н., Комиссаров В.С., Крылова Н.Е., и др.; Ред. Н.Ф.Кузнецова, И. Тяжкова; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак. - М.: Зерцало, 1999. – 577 с.

119. Лавриненко В.Н. Проблема социальных интересов в ленинизме. М., 1978. – 123 с.

120. Ларин А.М. Работа следователя с доказательствами /Ларин А.М.-М.: Юрид.лит., 1966. - 156 с.

121. Лейст О.Е. Сущность права. Проблемы теории и философии

/Здравомыслов А.Г.-М.: Политиздат, 1986.- 224 с.

89. Зеленецкий В.С. Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе. – Харьков: «Вища школа», Изд-во при Харьковском ун-те, 1979. – 144 с.

90. Зер Г. Восстановительное правосудие. – М.: МОО Центр «Судебно-правовая реформа», 1998. – 354 с.

91. Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание / Пер. с англ. Общ. ред. канд. психолог. наук Л. М. Карнозовой. М.: Центр «Судебно-правовая реформа», 2002. – 322 с.

92. Игошев К.Е. Правонарушения и ответственность несовершеннолетнего: Социально-психологический очерк. Свердловск: Средне-Уральское книжное издательство, 1973. – 120 с.

93. Исаченко В.Л. Основы гражданского процесса: практич. комментарий основных положений Устава гражданского судопроизводства / Исаченко В.Л.-СПб: Тип. Меркушева, 1904. – 591 с.

94. Иссад М. Международное частное право.-М.:Прогресс, 1989. 400 с.

95. История первобытного общества. Эпоха классовообразования /Ред. Ю.В.Бромлей; АН СССР. Ин-т этнографии.-М.:Наука, 1988. - 568с.

96. Каманкин В.П. Экономические интересы развитого социалистического общества. М.: Мысль, 1978. – 296 с.

97. Карганов Р. Самая дорогая прачечная Европы: Швейцарские прокуроры тоже берут деньги // Версия. – 2001. - № 8.

98. Кареклас С., Пашковський М.І. Кримінальне право ЄС: Навчальний посібник. – Одеса: Юрид. література, 2004. – 162 с.

99. Карпушин М.П., Курляндский В.И. Уголовная ответственность и состав преступления. М.: Юрид. лит., 1974. – 100 с.

100. Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. – М.: Юрид. лит., 1958. – 220 с.

101. Кикнадзе Д. А. Потребность. Поведение. Воспитание. М, 1968. - 115 с.

102. Кипнис Н.М. Допустимость доказательств по новому УПК. В кн.: Возможности защиты в рамках нового УПК России: материалы Науч.-практ. конф. адвокатов, провед. Адвокат. палатой г. Москвы при содействии Коллегии адвокатов «Львова и партнеры» 17 апреля 2003 г. / Под ред. Г.М. Резника, Е.Ю. Львовой. – М.: ЛексЭст, 2004.

103. Ковалев А.Г. Курс лекций по социальной психологии. М., 1972.- 140 с.

104. Коваленко Е.Г. Кримінальний процес України: Навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 576 с.

105. Ковтун Н.Н. Соотношение частных и публичных начал в уголовном судопроизводстве РФ: время выбора // Государство и право. –

В КПК РФ суд з цього переліку був виключений, а сам принцип публічності на думку деяких вчених трансформувався в «зобов'язок здійснення кримінального переслідування», що впливає з положення ч. 2 ст. 21 КПК РФ, відповідно до якої «у кожному випадку виявлення ознак злочину прокурор, слідчий, орган дізнання і дізнавач приймають передбачені дійсним Кодексом заходи для встановлення події злочину, викриття особи або осіб, винних у здійсненні злочину».

Однак на думку широкого кола вчених зазначений зміст принципу публічності є занадто вузьким і не охоплює всіх аспектів його багатобічного змісту. Так, якщо говорити про публічність у буквальному значенні, то її можна розуміти як офіційність ведення кримінального процесу. Цей принцип дозволяє виділити державне начало у кримінально-процесуальній діяльності й визначити спеціальні органи держави, уповноважені на проведення розслідування, судовий розгляд і вирішення кримінальних справ. Таким чином, публічність (офіційність) як принцип кримінального процесу створює основи для діяльності посадових осіб у будь-якій стадії кримінального процесу. Проблеми дії цього принципу в кримінальному процесі України та інших пострадянських держав відбилися в дискусії про доцільність його існування (причому саме в першому із зазначених вище трактувань його змісту), а також про необхідність розширення приватних засад у кримінальному процесі, тобто розширення диспозитивності кримінального судочинства.

Ми вважаємо, що поняття публічності потребує подальшого розвитку і на сьогодні його можливо розглядати у двох аспектах як принципового положення кримінально-процесуального права:

- як державної засади побудови судочинства взагалі; і
- як засади діяльності органів кримінального переслідування (органів дізнання, особи, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора).

До сутнісних якостей права відноситься його забезпеченість процесуально врегульованою системою правосуддя й правоохорони¹.

Пропозицій, пов'язаних з урегулюванням дії принципу публічності, існує декілька. Одна з них полягає в тому, щоб принцип публічності проявлявся тільки в тому випадку, коли об'єктом злочинного зазіхання є державні або суспільні інтереси або інтереси громадянина, охоронювані в особливому порядку — його життя й здоров'я. Тут держава не тільки вправі, але й зобов'язана виконувати функцію з

¹ Лейст О.Е. Сущность права. Проблемы теории и философии права. - М., 2002. - С. 81.

охорони й захисту як самої себе, так і членів суспільства. „Тому більш ніж справедливо, що воля й дії держави тут носять публічний характер і не можуть, і не повинні залежати від розсуду будь-кого¹». З іншого боку, там, де безпосереднім об'єктом злочину є приватне право громадянина, що не зачіпає інтересів суспільства й держави, рушійним началом повинен стати особистий інтерес громадянина, який вправі самостійно вирішити, як і у якому порядку відстоювати свої порушені права. Таким чином, очевидно, що проблема дії публічності розглядається тільки в ракурсі порушення кримінальних справ, можливості початку кримінального процесу залежно від розсуду держави або громадянина. Питання про ведення кримінальної справи посадовими особами сумніву не піддається і як проблема у вітчизняній літературі не розглядається.

Однак ряд авторів звертають увагу на тенденцію зворотного порядку, що виявилася останнім часом в новітньому російському процесуальному законодавстві. Так, стаття 318 КПК РФ встановлює, що справи приватного обвинувачення порушуються шляхом подання заяви потерпілого або його законного представника, з чого випливає, що юридичним фактом, що тягне початок провадження по кримінальній справі, є не рішення посадової особи, а дія громадянина. Законодавець надає заяві потерпілого виняткове значення — це прохання про прийняття мировим суддею кримінальної справи до свого провадження. Таким чином, можна говорити про прояв у принципі публічності чергового виключення тепер у другій частині його змісту, а саме: по справах приватного обвинувачення одна зі стадій кримінального процесу — порушення кримінальної справи — здійснюється не офіційними посадовими особами, а громадянами².

З іншого боку, також посилюються вимоги стосовно надання дозволу проводити процесуальні дії, не пов'язані з застосуванням примусу, стосовно захисту, допущення в кримінальне судочинство, фактичних даних, отриманих в результаті діяльності приватних детективів, тощо.

На нашу думку, принцип публічності відіграє важливу роль у припиненні злочинів і покаранні осіб, винних у їх здійсненні.

Разом з тим, існуючі проблеми занадто публіцизованого кримінального правосуддя, характерного для тоталітарних та посттоталітар-

73. Головкин Л.В. Реформа уголовного процесса во Франции // Государство и право. — 2001. - № 8. — С. 89-98.

74. Громов Н. А., Николайченко В. В. Принципы уголовного процесса, их понятие и система // Государство и право. - 1997.-№ 7. — С. 33-41.

75. Громов Н.А. Уголовный процесс России: Учебн. пособие/Громов Н.А.-М.: Юрист, 1998.-551с.

76. Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. Перед. с лат. А.Л. Сакетти / Под общ. Ред. С.Б. Крылова. Репринт с изд. 1956 г. — М.: Ладомир, 1994. — 868 с.

77. Грошевий Ю.М., Марочкін І.Є. Органи судової влади в Україні /НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. - К.: Ін Юре, 1997. — 20 с.

78. Гуменюк Б.І. Основи дипломатичної та консульської служби: Навч.посібник.- К.: Либідь, 2004.- 248 с.

79. Гуценко К.Ф. Правосудие и его демократические основы (принципы) // Правоохранительные органы: Учебник для студентов юрид. вузов и фак./Гуценко К.Ф., Ковалев М.А.; Ред. Гуценко К.Ф.; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. Юрид.фак. - 4-е перераб. и доп. изд. изд.-М.: Зерцало, 1998.-395с.

80. Демидов И. Ф. Принципы советского уголовного процесса. - В кн.: Курс советского уголовного процесса: Общая часть /Ред. Бойков А.Д.; Всесоюз.НИИ пробл.укрепления законности и правопорядка.-М.: Юрид.лит., 1989.- 640с.

81. Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. — М.: Юрид. лит., 1971. — 120 с.

82. Додонов Б. И. О сущности интересов и подходе к их исследованию // Сов. педагогика. - 1971. - № 9.

83. Дорошков В.В. Частное обвинение: правовая теория и судебная практика. — М.: Издательство НОРМА, 2000. — 144 с.

84. Дусавицкий А. Загадка птицы Феникс / Дусавицкий А.-М.: Знание, 1978.-127с.

85. Духовской М. В. Русский уголовный процесс / Духовской М.В. - посмерт. изд. изд.-М.: Б.и., 1905.-472с.

86. Заозеров М.И. О диалектике развития советского социалистического общества. М., 1962. - 98 с.

87. Здравомыслов А. Г. Проблема интереса в социологической теории. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1964. — 74 с.

88. Здравомыслов А.Г. Потребности. Интересы. Ценности

¹ Ковтун Н. Н. Соотношение частных и публичных начал в уголовном судопроизводстве РФ: Время выбора // Государство и право. - 1995. - № 11. - С. 69.

² Див.: Волколуп О.В. Система уголовного судопроизводства и проблемы ее совершенствования. - СПб., 2003. - С. 41.

58. Бойков А.Д. Третья власть в России: Очерки о правосудии, законности и судебной реформы 1900-1996 гг. / А.Д. Бойков; НИИ проблем укрепления законности и правопорядка. - М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка, 1997. - 263 с.

59. Большая советская энциклопедия. В 30-ти томах. Гл. ред. А.М. Прохоров, 3-е изд. М.: «Сов. энциклопедия», 1972. Т. 10. Ива – Италики. – 591 с.

60. Большая советская энциклопедия. Гл. ред. Б.А. Введенский. 2-е изд. М.: «Большая советская энциклопедия», 1951. - Т. 8. Вибрафон – Волово. – 645 с.

61. Большой энциклопедический словарь. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Большая Российская энциклопедия, 1998. – 1456 с.

62. Бурмагин С. Принцип состязательности в теории и судебной практике // Российская юстиция. - 2001. - № 5. – С. 33-35.

63. Васильев Л.С. Проблемы генезиса китайского государства (Формирование основ социальной структуры и политической администрации). / АН СССР, Ин-т востоковедения. - М.: Наука, 1983. – 307 с.

64. Васильковский Е.В. Учебник гражданского процесса. – М.: бр. Башмаковы, 1917. – 429 с.

65. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і головн. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ „Перун”, 2001. – 1440 с.

66. Верещак В.. Судовий компроміс у кримінальному судочинстві // Вісник Верховного Суду України. – 2000. - № 1. – С. 41-44.

67. Волколуп О.В. Система уголовного судопроизводства и проблемы ее совершенствования. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. – 267 с.

68. Галоганов Е.А. Роль суда как субъекта доказывания в уголовном судопроизводстве // Российский судья. - 2003. - № 1. – С. 36-39.

69. Головкин Л. В. Освобождение от уголовной ответственности и освобождение от уголовного преследования: соотношение понятий // Государство и право. - 2000. - № 6. – С. 41-52.

70. Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. – 544 с.

71. Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. – М.: Фирма "Спарк", 1995. – 129 с.

72. Головкин Л.В. Принципы неотвратимости ответственности и публичности в современном российском уголовном праве и процессе // Государство и право. – 1999. - № 3. – С. 61-69.

них суспільств, мають вирішуватися і шляхом поступового розширення приватних (диспозитивних) засад судочинства.

Але таке розширення має відбуватися еволюційно, що обумовлено рядом чинників.

Диспозитивні засади кримінального судочинства, як правило, вбачалися в можливості проведення постраждалим від злочину допроцесуальної підготовки матеріалів майбутньої кримінальної справи, і наступним розпорядженням ним як потерпілим своїми матеріально-правовими вимогами щодо обвинувачення особи у вчиненні злочину (приватному обвинуваченні). Приватне обвинувачення припускає не тільки можливість добровільного звернення за захистом у порядку кримінального судочинства та залежність закінчення кримінального процесу від волі й бажання потерпілих. При сучасному рівні розвитку засобів захисту потерпілих (вірніше майже при повній відсутності цих засобів у правозастосовчій практиці) не можна виключати можливості незаконного впливу на потерпілих з боку злочинців (та навіть недобросовісних представників процесуальних органів), з метою примусити відмовитися їх від кримінального переслідування. Тому розширення категорії кримінальних справ приватного обвинувачення в цей час буде супроводжуватися небажаними наслідками (ростом латентної злочинності, рецидивів, ростом тяжких злочинів і т. д.) як для окремих громадян, так і для суспільства в цілому.

На цьому етапі слід погодитися з думкою, що проблеми протидії злочинності, у тому числі зі злочинами проти особистості невеликої тяжкості, які пропонується зарахувати до категорії приватного обвинувачення, можуть бути вирішені іншим способом. А саме — досягненням такого рівня функціонування системи кримінального судочинства, при якому можна буде говорити про реальну гарантію неминучості притягнення до кримінальної відповідальності і покарання, хоча б і не пов'язаного з позбавленням волі.

Крім того, зміщення акцентів у вітчизняному кримінальному правосудді у бік змагальності вимагає певної ревізії поглядів на публічну владу у кримінальному судочинстві (в тій редакції як вони викладені в ст. 4 КПК України), зокрема актуальними знову є обмеження публічності та розширення диспозитивності, правозастосовної дискреції, які можуть розглядатися як виключення з принципу публічності.

Аналіз сучасного кримінально-процесуального законодавства та тенденцій його розвитку дозволяє зробити висновок про розширення розсуду (дискреції) правозастосовних (процесуальних) органів: суду,

прокурора, слідчого, органа дізнання та особи, яка проводить дізнання у кримінально-процесуальній діяльності.

Юридична енциклопедія визначає дискреційну владу (від франц. *discretionnaire* – залежний від власного розсуду) як спосіб реалізації публічної (тобто з боку держави) влади, за яким відповідний суб'єкт влади (орган чи посадова особа) застосовує надані йому в межах закону повноваження на власний розсуд, без необхідності узгодження у будь-якій формі своїх дій з іншими суб'єктами¹.

Інститут дискреції не є новим для вітчизняного кримінального процесу, він існував завжди поки були встановлені процесуальним правом певні оціночні поняття.

На судовий зокрема та правозастосовний розсуд взагалі в сфері кримінального судочинства впливали не лише правові, але й певні політичні фактори, що потребують окремого кримінологічного дослідження.

На цей час кримінально-процесуальне законодавство України (особливо з врахуванням положень міжнародних договорів) передбачає значний обсяг оціночних понять, що дозволяє зробити висновок про актуальність та необхідність визначення поняття правозастосовного розсуду (дискреції) у кримінальному судочинстві, його підстави та межі шляхом формально-логічного аналізу чинних процесуальних норм, критичного аналізу слідчої, прокурорської та судової практики з цього питання.

Вагомим аргументом щодо необхідності наукових розробок з питань правозастосовної (особливо судової) дискреції є розширення застосування у вітчизняному правосудді міжнародно-правових актів з питань захисту прав людини більша частина норм яких містить оціночні поняття. Наприклад, ст. 6 Європейської конвенції з захисту прав людини та основних свобод передбачає такі поняття як справедливий судовий розгляд, розумний строк, незалежність та безсторонність суду тощо, конкретне наповнення змісту яких залежить не лише від прецедентної практики Європейського суду з прав людини, але й правосвідомості та праворозуміння конкретного судді. Аналогічні положення містяться в більшості інших універсальних міжнародних актах, які мають застосування у кримінальному судочинстві: Загальній Декларації прав людини, Міжнародному пакту про громадянські та політичні права, тощо.

Глава 1 КПК України в цілому побудована на оціночних поняттях,

¹ Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та інш. - К.: „Укр. енцикл.“, 1998. - Т. 2: Д-Й. - 1999. - С. 195.

Монографії, підручники, посібники, коментарі та статті

43. Агутин А. В., Ерашов С. С. Понятие, структура и свойства системы принципов уголовного процесса // Адвокатская практика. — 2000. - № 3.

44. Адміністративне право України: Підручник / За заг. ред. С.В. Ківалова. — Одеса: Юридична література, 2003. — 290 с.

45. Александров А.И. Уголовная политика и уголовный процесс в российской государственности: история, современность, перспективы, проблемы / Под ред. В.З. Лукашевича. — СПб.: Изд-во С.-Петерб. гос. ун-та, 2003. — 562 с.

46. Аленин Ю.П., Гурджи Ю.А. Внепроцессуальная активность жертвы преступления и проблемы современности в уголовном судопроизводстве // Актуальні проблеми держави та права. Зб. Наукових праць. — Вип. 5. — Одеса, 1998. - С. 132-136.

47. Аленін Ю., Гурджі Ю. Публічна природа гарантій прав особи у кримінальному процесі // Право України. — 2003. - № 4. - С. 30-32

48. Алиев Т.Т., Громов Н.А. Основные начала уголовного судопроизводства. — М.: «Книга сервис», 2003. — 144 с.

49. Аналіз роботи судів загальної юрисдикції у 2003 р. (за даними судової статистики) // Вісник Верховного Суду України. — 2004. - № 5. — с. 23-40.

50. Аристотель. Никомахова этика. Соч.: в 4 т. Пер. с древнегреч. / Общ. Ред. А.И. Довантура. — М.: Мысль, 1983. — Т. 4.

51. Бардук В. Участь державного обвинувача у кримінальному судочинстві: Як організувати роботу в районній прокуратурі // Вісник прокуратури. — 2000. - № 3. — С. 81-84.

52. Баренбойм П. 3000 лет доктрины разделения властей. Суд Сьютера: Учебн. Пособие. - М.: Белые альвы, 1996. — 174 с.

53. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія. — К.: Атака, 2004. — 296 с.

54. Бланкенбург Э., Брунисма Ф. О голландской правовой культуре // Государство и право. — 1994. - № 12.

55. Блищенко И.П., Фисенко И.В. Международный уголовный суд / Предисловие проф. В.П. Лозбякова. — М.: Закон и право, 1998. - 239 с.

56. Божьев В.П. Уголовно-процессуальные отношения. — М.: Юрид. лит., 1975. — 174 с.

57. Бойков А.Д. Современные тенденции развития уголовно-процессуального законодательства и некоторые вопросы теории //Сб. "Укрепление законности в уголовном судопроизводстве." - М. 1986.

28. Виноградова О.І. Міжнародне співробітництво України у галузі боротьби зі злочинністю (кримінально-процесуальний аспект). - Автореф. дис....канд. юрид. наук. – Х., 2000. – 22 с.

29. Гавриш Т.С. Проблеми допустимості доказів, отриманих в ході міжнародної правової допомоги в кримінальних справах. - Автореф. дис....канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 20 с.

30. Государство в сфере права: институциональный подход: Автореф. дис... доктора юрид. наук/Матюхин А.А.-М.: Б.и., 2001.-56с.

31. Дикарев И.С. Диспозитивность в уголовном процессе России. Автореф. дис....канд. юрид. наук. – Волгоград, 2004. – 20 с.

32. Давыдов П.М. Обвинение в уголовном процессе. //Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1973. – 20 с.

33. Маланюк А.Г. Проведення у кримінальних справах, пов'язане з міжнародними відносинами, за законодавством України. - Автореф. дис....канд. юрид. наук. – К., 2004. – 20 с.

34. Малярченко В.Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: теорія, історія і практика” Автореф. дис....докт. юрид. наук. – Х., 2004. – 32 с.

35. Седаш Е.А. Частное начало в Российском уголовном судопроизводстве: Автореф. дис....канд. юрид. наук. Саратов, 2000. – 19 с.

36. Сизоненко А.С. Використання доказів, отриманих на території інших країн, в кримінальному процесі України. - Автореф. дис....канд. юрид. наук. – К., 2004. – 18 с.

37. Пономаренко С.С. Диспозитивные начала в российском уголовном судопроизводстве: Автореф. дис....канд. юрид. наук. Оренбург, 2002. – 20 с.

38. Пашковський М.І. Особливості доказування у кримінальних справах, пов'язаних з наданням міжнародної правової допомоги. - Автореф. дис....канд. юрид. наук. – К., 2002. – 20 с.

39. Ноздріна М.О. Диспозитивність як елемент принципу змагальності у кримінальному процесі України. - Автореф. дис....канд. юрид. наук. – Х., 2004. - 20 с.

40. Назаренко Р.І. Характеристика кримінально-процесуальних відносин на початковому етапі досудового провадження. Автореф. дис....канд. юрид. наук. – К., 2001. – 18 с.

41. Шамардин А.А. Частные начала обвинения и становление принципа диспозитивности в уголовном процессе России: Автореф. дис....канд. юрид. наук. Оренбург, 2001. – 17 с.

42. Юсубов А. М. Принцип публичности в советском уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1988. – 18 с.

а ряд правових норм прямо вказують на наявність слідчої, прокурорської та судової дискреції (ст. 7-11 Кодексу). Оціночні поняття та судова дискреція мають місце не лише на досудових стадіях, а є актуальними і на стадіях перевірки судових рішень, зокрема в апеляційному та касаційному провадженнях передбачена така підстава для скасування судового рішення як суттєве порушення кримінально-процесуального закону (ст. 370 Кодексу).

Досить близькими до дискреційних повноважень органів публічної влади є диспозитивні повноваження учасників кримінального процесу, зокрема потерпілого у справах приватного обвинувачення (ст. 27 Кодексу), обвинуваченого у справах про нетяжкі злочини (ст. 8 Кодексу), що визначається їх процесуальною активністю.

1.2. Поняття і сутність публічності та диспозитивності у кримінальному процесі

Як було зазначено в попередньому підрозділі поняття публічності і диспозитивності процесу, як правило пов'язується з їх визначенням як процесуальних принципів.

Кримінальний процес, як і державна правозастосовна діяльність в інших галузях права, ґрунтується на системі певних принципів — загальнообов'язкових вихідних нормативно-юридичних положеннях, що відрізняються універсальністю, загальною значимістю, вищою імперативністю, що визначають зміст правового регулювання і виступають критерієм правомірності поведінки і діяльності учасників регульованих відносин¹. А тому важливим є встановлення кола принципів кримінального процесу та змісту кожного з них.

Одним з недоліків законотворчої техніки в галузі кримінально-процесуального права (в чинному КПК) є те, що принципи, як основні його положення, не зосереджені в певному розділі (або главі) Кодексу, а закріплені не лише в різних частинах цього кодифікованого акту, але й в різних нормативно-правових актах без належної конкретизації в КПК України (наприклад, принцип презумпції не винуватості лише в Конституції України).

Проект КПК України, що знаходиться на розгляді в Верховній Раді України², долає певним чином цей недолік, об'єднавши в главі 2 засади кримінального судочинства, проте бачиться, що зміст деяких

¹ Лазарев В. В. Общая теория права и государства. - М., 1999. - С. 134.

² Проект № 3456-І, зареєстрований у Верховній Раді України.

принципів процесу та їх вплив на окремі інститути кримінального судочинства є не досить повним та чітким.

У юридичній літературі дотепер не досягнуто єдиної думки з таких важливих питань як визначення поняття принципу кримінального процесу, відмежування його від інших кримінально-процесуальних інститутів і створення універсальної системи принципів правосуддя.

Саме слово «принцип» від лат. «*principium*» означає основу, основні засади, що містять найбільш загальні й істотні властивості кримінального процесу, втілені у форму правових норм, порушення яких тягне незаконність процесуальних рішень і дій. В тлумачних та енциклопедичних словниках існує декілька визначень поняття „принципу»: „Принцип — [нім. *prinzip*, франц. *principe*, лат. *principium* – засада, основа]: 1) основне, вихідне положення якої-небудь теорії, навчання, науки, тощо; 2) переконання, погляд на речі; 3) основні особливості в пристрої чого-небудь»¹.

У свій час В.І. Даль писав: „принцип — наукова або моральна засада, підстава, правило, основа, від якої не відступають»². В інших словниках містяться наступні тлумачення слова «принцип»:

- „принцип — у філософії те ж, що і підстава, тобто те, що лежить в основі деякої сукупності фактів або знань».
- „принцип — вихідне положення якого-небудь знання, теорії, науки і т.ін.; внутрішні переконання людини, її сформований погляд на те або інше питання».
- „принцип — 1) у суб'єктивному розумінні основне положення, передумова (принцип мислення); в об'єктивному розумінні — вихідний пункт, першооснова, найперше; 2) основне теоретичне знання, що не є ні доказовим, ні потребуючим доведення; 3) основна етична норма, що є або суб'єктивною — максимою — і направляє волю, оскільки вона виступає як керівний стосовно окремих індивідів момент, або об'єктивною — законом — і в такому випадку визнається значимою для волі кожної розумної істоти»³.

Аналізуючи і порівнюючи між собою приведені вище визначення терміну «принцип», взятих із джерел, що не мають відношення до

Державне видавництво політичної літератури УРСР, 1958. – 162 с.

18. Уголовно-процессуальный кодекс Украинской ССР, принят 2-ой сессией ВУЦИК X созыва. Официальный текст с изменениями на 10 октября 1954 г. и с приложением постатейно-систематизированных материалов. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1955. – 164 с.

Проекты нормативно-правовых актов:

19. Кримінально-процесуальний кодекс України: проект, підготовлений до другого читання в Верховній Раді України, реєстраційний № 3456-I від 19.05.2003 року (в ред. тексту до другого читання від 27.06.2004 р.)

20. Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального і Виправно-трудового кодексів України: проект № 2361 Закону України // www.rada.gov.ua

21. Модельный Уголовно-процессуальный кодекс для государств — участников СНГ: Концепция // <http://www.hro.org/docs/rlex/upkmod/0-3.htm>

Роз'яснення законодавства:

22. Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 16 квітня 2004 року

23. Про дотримання судами України процесуального законодавства, що регламентує судовий розгляд кримінальних справ: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 11 від 27.12.1985 р.

24. Про застосування судами України кримінально-процесуального законодавства, яке регулює повернення справ на додаткове розслідування: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 3 від 25.03.1988 р.

25. Деякі питання провадження у справах про злочини, вчинені організованими злочинними угрупованнями // Вісник Верховного Суду України. – 2001. — № 1.

26. Об обеспечении всесторонности, полноты и объективности рассмотрения судами уголовных дел: постановление Пленума Верховного Суда РСФСР от 21 апреля 1987 г. // Бюллетень Верховного Суда РСФСР. — 1987. — №.

Автореферати:

27. Александров А.С. Диспозитивность в уголовном процессе: Автореф. дис....канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1995. – 18 с.

¹ Крысин Л. П. Толковый словарь иноязычных слов. - М., 1998. - С.563. Див. також: Большой энциклопедический словарь. - 2-е изд., перераб. и доп. - М., 1998. - С. 960.

² Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т., Т.3. - М., 1990. - С.431.

³ Философский энциклопедический словарь. — М., 1997. — С.363.

грудня 1999 року №0-рп/99 Справа №-6/99 // Офіційний Вісник України. – 2000. — № 4, від 11.02.2000.

12. Окрема думка судді Конституційного Суду України Мироненка О. М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 51 народного депутата України про офіційне тлумачення положень статті 10 Конституції України щодо застосування державної мови органами державної влади, органами місцевого самоврядування та використання її у навчальному процесі в навчальних закладах України (справа про застосування української мови) // Офіційний Вісник України. – 2000. — № 4, від 11.02.2000.

13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого, п'ятого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України та за конституційними зверненнями громадян Будинської Світлани Олександрівни і Ковриги Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положення абзацу четвертого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України (справа щодо конституційності статті 248-3 ЦПК України) від 23.05.2001 р. № 6-рп/2001 // Офіційний Вісник України. — 2001. — №22.

14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) від 08.04.99 // Офіційний Вісник України 1999. — № 15, від 30.04.99.

Нормативно-правові акти іноземних держав:

15. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова от № 122-XV от 14 марта 2003 года. – Кишинев, 2003. – 190 с.

16. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ в редакции Федерального закона от 29 мая 2002 г. № 58-ФЗ. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа Норма-Инфра-М), 2002. – 210 с.

Законодавство України, що втратило чинність:

17. Кримінальний кодекс Української РСР, прийнятий другою сесією ВУЦВК X скликання 1927 р. Офіційний текст із змінами на 1 вересня 1958 р. та з додатками постатейно-систематизованих матеріалів. К.:

юриспруденції, слід зазначити, що стосовно кримінального процесу з них можна підкреслити те, що принцип — це основне, вихідне положення науки, теорії, знання.

Принципи права — це загальнообов'язкові вихідні нормативно-юридичні положення, що відрізняються універсальністю, загальною значимістю, вищою імперативністю, що визначають зміст правового регулювання і виступають критерієм правомірності поведінки і діяльності учасників регульованих відносин. Принципи права по своїй сутності є узагальненим відображенням об'єктивних закономірностей розвитку суспільства. Властивості універсального й абстрактного освоєння соціальної дійсності обумовлюють їх особливість у структурі правової системи, механізмі правового регулювання, правосвідомості т.ін. Принципи права є синтезуючими положеннями, що поєднуються зв'язками, ідеологічною основою походження, утворення, становлення і функціонування правових явищ. Вони визначають нормотворчу і правозастосовну діяльність, координують функціонування механізму правового регулювання, являються критеріями оцінки правомірності (правової природи) рішень органів державної влади і дій громадян, формують правове мислення і правову культуру, зміцнюють систему права. Принципи права виникають при наявності відповідних об'єктивних умов, мають історичний характер або відображають результати раціонального, наукового осмислення закономірностей розвитку об'єктивної дійсності. Форми існування принципів права різноманітні: у вигляді вихідних положень правових теорій і концепцій, як правові орієнтири суб'єктів права, змісту правових норм або їхніх груп, вимог правового регулювання, правових цінностей і т.ін. Принципи права у формально-юридичному аспекті знаходять висвітлення в нормах права, завдяки їхньому формулюванню в статтях нормативно-правових актів або деталізації в групі норм права¹.

У науці кримінального процесу прийнятою є точка зору, що принципи правосуддя — це основні, керівні засади, що мають нормативно-правовий характер². Вони відображають найбільш істотні сторони кримінального судочинства, його завдання, характер і систему про-

¹ Лазарев В. В. Общая теория права и государства. - М., 1999. - С. 134.

² Див.: Тыричев И.В. Принципы уголовного процесса. В кн. Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под общей редакцией проф. П.А. Лупинской. - М., 1995. - С. 88. На думку В.Т. Маляренка що засадами судочинства можуть бути лише ті положення, що передбачені законом. Див.: Маляренко В.Т. Конституційні засади кримінального судочинства. - К., 1999. - С. 27.

цесуальних форм, стадій і інститутів.

Але питання стосовно нормативності принципів правосуддя в теорії кримінального процесу залишаються дискусійними. Джерела цієї дискусії полягають в тому, що є теоретично спірним і небезпечним для практики висловлене в процесуальній літературі судження, відповідно до якого окремі принципові ідеї не знаходять свого закріплення в правових нормах у вигляді спеціальних термінів і відповідних формулювань. З цієї причини принципи не слід завжди ототожнювати з процесуальними нормами¹. Бачиться, що такий підхід може призвести до довільного тлумачення правозастосувачем тих чи інших положень процесуального права як його принципів і позначитися на єдності правозастосовної практики.

У юриспруденції сформульовані багатоманітні визначення поняття принципу кримінального процесу.

Одні автори під принципами кримінального процесу розуміють юридично оформлені керівні положення, що закріплюють найбільш загальні й істотні властивості кримінального процесу, які виражають його природу і сутність (Н. С. Алексєєв, В. З. Лукашевич).

Інші автори трактують принципи кримінального процесу як закріплені в правових нормах положення, що визначають найбільш важливі сторони і напрямки діяльності органів розслідування, прокуратури і суду, а також зміст всіх інших норм кримінально-процесуального права (М.І. Бажанов, Ю. М. Грошевий).

Треті стверджують, що принципи кримінального процесу — це основні правові положення загального і керівного значення, що виражають природу і сутність процесу (Л. М. Карнеєва, П. А. Лупінська, І. В. Тирічев).

Четверті принципами кримінального процесу називають закріплені в конституційному і процесуальному законодавстві основні правові ідеї, що визначають побудову кримінального процесу, його сутність і демократизм (В. П. Божьєв, К. Ф. Гуценко).

М. С. Строгович визначав поняття принципів кримінального процесу як найбільш важливих і визначальних правових положень, на яких побудований кримінальний процес, що характеризують кримінальний процес як діючий спосіб активної боротьби зі злочинними зазіханнями на державу і правопорядок, а також виражають здійснення в кримінальному процесі демократизму і законності. Принципи кримінального

¹ Демидов И. Ф. Принципы советского уголовного процесса. - В кн.: Курс советского уголовного процесса. Общая часть. М., 1989. - С. 136.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

Нормативно-правові акти України:

1. Конституція України. прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1996. — №30. — ст. 141.
2. Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2001, №5-26, ст.131.
3. Кримінально-процесуальний кодекс України: Офіц. видання. – К.: Концерн „Видавничий Дім „Ін Юре», 2004. – 272 с.
4. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2002. - N 21-22. - ст.135.
5. Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України № 0475 від 17.07.97 // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1997. - № 40. - ст.263.
6. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю: Закон України № 3341 від 30.06.93 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1993. - № 35. - ст.358.
7. Комплексна програма профілактики злочинності на 2001-2005 рр., затверджена Указом Президента України № 1376 від 25.12.2000 р. // Офіційний Вісник України. - 2000. - № 52 від 12.01.2001.
8. Про вибори Президента України: Закон України № 0474 від 05.03.1999 р. – К.: Основа, 2004. – 56 с.

Міжнародні договори України:

9. Конвенція про захист прав людини і основних свобод від 4 листопада 1950 року // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 1999. – № 1.
10. Договір між Україною та Канадою про взаємодопомогу у кримінальних справах від 23.09.96 р.

Акти Конституційного Суду України:

11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 51 народного депутата України про офіційне тлумачення положень статті 10 Конституції України щодо застосування державної мови органами державної влади, органами місцевого самоврядування та використання її у навчальному процесі в навчальних закладах України (справа про застосування української мови) від 14

КК), Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) (ст. 168 КК), невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК), порушення авторського права і суміжних прав (ст. 176 КК), порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію (ст. 177 КК), порушення недоторканності приватного життя (ст. 182 КК), а також всі злочини, передбачені частинами першими статей розділу XVI КК України „Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку», у зв'язку з чим пропонується ч. 1 ст. 27 КПК України доповнити ст. ст. 164-165 КК України, а також саму статтю — частиною третьою наступного змісту:

„Справи про злочини, передбачені статтями 162, 163, 168, 175, 176, 177, 182, частинами першими статей 361-363³ Кримінального кодексу України, якими завдано шкоду правам і інтересам окремої фізичної особи або юридичної особи приватного права, порушуються лише за згоди вказаних осіб. Закриття цих кримінальних справ проводиться у випадку звільнення особи від кримінальної відповідальності».

2.6. Запропоновано запровадити за справами про злочини, які за чинним законодавством переслідуються за приватним обвинуваченням, диференційовану (множинну) процедуру, яка передбачає за вибором потерпілого обрати або приватно-публічний порядок провадження по вказаних злочинах (з можливістю звільнення винної особи від кримінальної відповідальності відповідно до ст. 46 КК України), або приватний порядок обвинувачення.

2.7. Запропоновано доповнити ч. 1 ст. 76 КК України новим видом обов'язку, які покладає суд на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням – відшкодування потерпілому шкоди, завданої злочином.

процесу на думку М. С. Строговича мають визначальне значення для всієї системи процесуальних форм і інститутів, а також відображають найбільш істотні риси і властивості кримінального процесу¹.

Ю. П. Янович характеризує принципи кримінального процесу як основні вимоги, що визначають зміст і форму кримінального процесу в цілому, його стадій і інститутів, недотримання яких спричинює несприятливі наслідки у вигляді скасування прийнятих у справі рішень. Суть принципів кримінального процесу, як вважає Ю. П. Янович, полягає в тому, що це кримінально-процесуальні норми загального і визначального характеру, що містяться в Конституції, Кримінально-процесуальному кодексі й інших правових актах, що відображають найбільш істотні риси і властивості кримінального судочинства. При цьому, ці норми первинні, тобто такі, що не впливають з інших норм, вони конкретизуються в окремих кримінально-процесуальних нормах. Принципи діють на всіх або на декількох стадіях кримінального процесу й обов'язково виявляються в центральній його стадії — судовому розгляді².

І. В. Тирічев акцентує увагу (на ряду з іншими ознаками) на тому, що до принципів процесу відносяться правові норми, що визначають права і свободи людини і громадянина у кримінальному процесі³.

На погляд В. М. Тертишника, принципи кримінального процесу — це закріплені в законі основні ідеї, засади, найбільш загальні положення, що визначають суть і зміст діяльності суб'єктів процесу, процесуальну форму здійснення правосуддя. На думку цього автора, принципи кримінального процесу являють собою найбільш загальні правила поведінки визначального характеру, що одержали своє закріплення в законі, звернені своїми правовими вимогами до всіх учасників процесу, носять загальнообов'язковий характер, забезпечуються примусовими заходами і мають правовий механізм реалізації⁴.

Л. Т. Ульянова стверджує, що принципами можуть бути не які-небудь, вільно обрані погляди на форми і методи судочинства, а тільки ті, котрі відповідають соціально-економічним умовам розвитку суспільства і можуть бути реалізовані в умовах організації розсліду-

¹ Строгович М. - С. Курс советского уголовного процесса. — М., 1968 — Т. 1. — С. 124.

² Янович Ю. П. Уголовный процесс Украины. - Харьков, 1997. - С.28.

³ Уголовный процесс / Под ред. П. А. Лупинской. - М., 1995. - С.88.

⁴ Тертишник В. М. Уголовный процесс. - Харьков, 1997. - С.26.

вання і розгляді кримінальних справ на демократичних принципах¹.

Найбільш обґрунтованим здається визначення поняття принципу кримінального процесу в роботах М. М. Михеєнка. До критеріїв визначення принципів кримінального процесу він відносить таку сукупність ознак: 1) це найбільш значимі, загальні вихідні положення й ідеї, що мають фундаментальне значення для кримінального процесу, що визначають його цілеспрямованість, побудову в цілому, форму і зміст його стадій і інститутів; 2) вони виражають у даній державі правові і політичні ідеї, що стосуються завдань, способів формування і здійснення правосуддя в кримінальних справах; 3) вони мають бути закріплені в нормах права; 4) вони повинні діяти у всіх або декількох стадіях кримінального процесу й обов'язково в центральній його стадії — стадії судового розгляду; 5) порушення якого-небудь з них тягне незаконність процесуальних рішень і дій та обов'язкове їхнє скасування².

Даний підхід найбільш повно відображає сучасний стан розвитку кримінально-процесуального права в нашій країні.

Порушення норм права, в яких містяться положення того або іншого принципу, є однозначним порушенням і самого принципу. У зв'язку з цим зміст п'ятого критерію співзвучний з положенням ч. 3 ст. 62 Конституції України, відповідно до якої обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом, а також на припущеннях.

Призначення принципів права полягає в тому, що вони забезпечують однакове формулювання норм права, а також їх вплив на суспільні відносини у формі правового регулювання й інших форм правового впливу (інформаційного, психологічного, тощо). Дія принципів права не обмежується тільки через правову систему або механізм правового регулювання, вони, крім того, безпосередньо впливають на виникнення і стабільне існування конкретних правовідносин, природних прав людини.

Пізнання принципів дає можливість зрозуміти сутність явища, науки, галузі права, їхнього основного положення, що впливає на практичну реалізацію конкретних норм, що базуються на цих положеннях, які є загальними для тієї або іншої галузі або ж науки в цілому. З цим трохи співзвучне також і визначення принципів як основи побудови, дії якого-небудь механізму, тому що, вивчаючи науку, необхідно дослі-

відповідальності і недопущення засудження невинуватих або застосування до них примусових заходів; реабілітація осіб, незаконно притягнутих до кримінальної відповідальності; захист особистої свободи і недоторканності осіб, їхнього майна, честі, гідності, інших прав і законних інтересів; захист державних інтересів та інтересів і прав юридичних осіб”.

2.2. “Стаття 4. Принцип публічності.

Суд, суддя, прокурор, слідчий, орган дізнання, особа, яка проводить дізнання, у межах своїх повноважень за наявності встановлених законом підстав та у порядку, передбаченому кримінально-процесуальним законодавством, зобов'язані вчинити процесуальні дії та прийняти процесуальні рішення, необхідні для виконання завдань кримінального судочинства.

Суд, суддя, прокурор, слідчий, орган дізнання, особа яка проводить дізнання, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створюють необхідні умови для всебічного і повного дослідження обставин справи: роз'яснюють особам, які беруть участь у справі, їх права і обов'язки, попереджують про наслідки вчинення або не вчинення процесуальних дій і сприяють здійсненню їх прав у випадках, передбачених цим Кодексом. ”

2.3. Доповнити ст. 16-1 КПК України частиною восьмою наступного змісту:

«Учасники процесу, а також інші особи, які приймають у ньому участь не як особа, яка проводить дізнання, слідчий, начальник слідчого відділу, прокурор чи суддя, самостійно або за допомогою захисника/представника визначають форму і спосіб захисту порушеного права або охоронюваного законом інтересу».

2.4. “Стаття 16-2. Принцип пропорційності.

Відповідно до принципу пропорційності використання процесуальних засобів, у тому числі засобів процесуального примусу, має бути мінімальним і достатньо необхідним у демократичному суспільстві для досягнення поставлених завдань судочинства”.

2.5. Запропоновано доповнити провадження приватно-публічного обвинувачення новою формою – порушенням кримінальної справи за окремі категорії злочинів зі згоди потерпілого, в тому числі керівника юридичної особи, проти інтересів яких вчинено наступні злочини: порушення недоторканності житла (ст. 162 КК), порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер (ст. 163

¹ Уголовный процесс/ Под ред. К. Ф. Гуценко. - М., 1997. - С.58.

² Михеєнко М. Конституційні принципи кримінального процесу // Вісник Академії правових наук України. - 1997. - №2(9). - С. 100.

подання) на рішення у справах, в яких такі постанови приймалися прокурорами.

1.15. Необхідним бачиться скасування положення про право прокурора порушувати самостійно кримінальні справи приватного обвинувачення у випадках, передбачених ч. 3 ст. 27 КПК України, без згоди потерпілого.

1.16. Крім того, необхідно у справах публічного обвинувачення щодо злочинів, вчинених проти інтересів конкретної не публічної особи (наприклад, приватного підприємства) передбачити можливість порушення кримінальної справи лише за згоди органів управління цієї не публічної особи.

1.17. Суд не має повноважень з порушення кримінальної справи про злочини публічного обвинувачення, а тому відповідні положення, що містяться в СК України (ст. 164) і Закону України „Про вибори Президента України» від 5 березня 1999 р. повинні бути вилучені.

1.18. Незважаючи на приписи ст. 16-1 КПК України прокурор не є суб'єктом диспозитивних прав, а у встановлених законом випадках реалізує дискреційні повноваження. Таким чином, ознаками дискреційної влади є наступні: 1) суб'єктом дискреційних повноважень є лише державний орган або його посадова особа; 2) метою їх діяльності є захист публічних інтересів; 3) підставою застосування цих повноважень є розсуд в межах, встановлених законом; 4) самостійність реалізації дискреції (тобто відсутність необхідності узгодження дій про застосування розсуду з іншими суб'єктами).

По роботі зроблені і інші висновки та пропозиції щодо вдосконалення чинного процесуального законодавства.

2. Пропонується внести наступні зміни та доповнення до КПК України.

2.1. “Стаття 2. Завдання кримінального судочинства.

Завданням кримінального судочинства є захист публічних і приватних інтересів від злочинних та суспільно-небезпечних посягань шляхом здійснення належного провадження у кримінальних справах, зокрема викриття осіб, винних у вчиненні злочинів, притягнення їх до відповідальності та справедливого покарання; звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння, у передбачених законом випадках; викриття осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння у неповнолітньому віці або в стані неосудності, і застосування до них передбачених законом примусових заходів; захист особи від безпідставного притягнення до кримінальної

джувати основи її побудови, взаємозв'язок її елементів і інші властиві їй особливості, які мають значення для правильного розуміння її суті.

Система принципів кримінального процесу є генетичною основою всього процесуального права, концептуальною моделлю судочинства.

Серед процесуалістів існують різні позиції з приводу структури принципів кримінального процесу. Так, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор і В. П. Шибіко розділяють принципи кримінального процесу на конституційні й інші¹. І. В. Тирічев визнав за необхідне більш детально підійти до розгляду принципів, що виходять з норм Конституції, ймовірно, визначаючи їм більш високе положення, представляв систему принципів кримінального процесу, у свою чергу, у такий спосіб: 1) принципи кримінального процесу, джерелом яких є права та свобода людини і громадянина, закріплені в Конституції; 2) принципи кримінального процесу, джерелом яких є норми Конституції про судову владу; 3) власне процесуальні принципи, закріплені в нормах Кримінально-процесуального кодексу².

Однак, приділення принципам, джерелом яких є Конституція, уваги більшої, ніж виникають з актів діючого кримінально-процесуального законодавства, додання їм більшої важливості в порівнянні з принципами, джерелом виникнення яких є Кримінально-процесуальний кодекс, бачиться трохи помилковим. Розмежування принципів кримінального процесу на конституційні й інші, як стверджує Т. Н. Мірошніченко, — некоректно, тому що цим применшується значення принципів, закріплених у галузевому праві. Далі вона виходить з того, що Конституція — Основний Закон і майже всі її статті є нормами-принципами. Принципи тому і є найбільш загальними нормами права, що вони в однаковій мірі важливі незалежно від їхнього правового вираження і діапазону їх дій³.

Таку ж позицію розділяють Н. А. Громов і В. В. Ніколайченко, вважаючи, що якою б не була юридична форма закріплення принципів, вони завжди виступають як норми загального і керівного значення, що мають тричленну структуру, — гіпотезу, диспозицію і санкцію. Інакше в правозастосовчій діяльності дотримувалися б не самі

¹ Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Уголовный процесс Украины: Учебник. - К., 1992. - С.31.

² Тирічев І. В. Принципы уголовного процесса // Уголовный процесс: Учебник для вузов — М., 1995. - С.90.

³ Репешко П. И. Принципы уголовного процесса в стадии судебного разбирательства уголовного дела в суде первой инстанции Украины. — Николаев, 2001. — С.23.

принципи, а тільки конкретизувалися їхні норми. Конституційні принципи є нормами прямої і безпосередньої дії. Це означає право на безпосереднє застосування цих норм при порушенні, розслідуванні, розгляді кримінальних справ, без внесення відповідних змін і доповнень у Кримінально-процесуальний кодекс¹.

Торкаючись питання зв'язків принципів кримінального процесу між собою, Т. Н. Мірошніченко висловила переконання, що зв'язок субординації не характерний для принципів. Принципи рівновеликі і не перебувають у стані взаємопідлеглості. Актуальним є питання про доцільність розподілу принципів на ті, які закріплені в Конституції, і інші, що застосовуються в науці кримінального процесу для вивчення відповідних закономірностей.

В. Т. Маляренко, досліджуючи джерела принципів судочинства, прийшов до висновку про те, що такими є основні конституційні принципи, інші конституційні принципи, а також принципи, передбачені окремими законами².

Також слід зазначити, що у твердженні В. Т. Маляренко відсутнє згадування про принципи, передбачені міжнародними договорами. Це являється істотним недоліком його системи.

У юридичній літературі висловлюються різні думки щодо того, які саме принципи входять у систему принципів кримінального процесу. Ю. М. Грошевий і І.Є. Марочкін до них відносять тільки ті, що закріплені у ст. 129 Конституції України³. Існують і більш широкі системи принципів. В. М. Тертишник до них відносить: 1) рівність всіх учасників судового розгляду перед законом і судом; 2) здійснення правосуддя тільки судом; 3) публічність; 4) державна мова судочинства; 5) дотримання конституційних прав і свобод громадян; 6) встановлення об'єктивної істини; 7) презумпція невинуватості обвинувачуваного і добропорядності громадянина; 8) забезпечення обвинувачуваному права на захист; 9) ознайомлення обвинувачуваного з обвинуваченням і матеріалами справи; 10) гласність судового процесу; 11) неза-

¹ Громов Н. А., Николайченко В. В. Принципы уголовного процесса, их понятие и система // Государство и право. - 1997.-№ 7.-С.35. Див. також: Алиев Т.Т., Громов Н.А. Основные начала уголовного судопроизводства. - М., 2003. - С. 11-13.

² Маляренко В.Т. Поняття, загальна характеристика та класифікація основних засад кримінального судочинства // Вісник Верховного Суду України. - 1999. - № 1. -С.41.

³ Грошевий Ю. М., Марочкін С.І. Органи судової влади в Україні. - К., 1997. - С.14.

групи обумовлені захистом прав і законних інтересів осіб, зокрема у галузі кримінального судочинства.

1.10. Публічні інтереси повинні бути формалізовані та викладені як завдання кримінального судочинства, у зв'язку з чим не можливо погодитися з думкою тих вчених (В.Т.Маляренко), які завдання кримінального судочинства замінюють завданнями кримінально-процесуального законодавства.

1.11. Положення щодо публічності кримінального процесу слід диференціювати на положення, що стосуються організації судочинства в цілому, та на положення стосовно ведення кримінального переслідування щодо конкретної особи чи по певному факту. На думку здобувача слід вирізняти матеріальні та формальні (процесуальні) аспекти публічності та диспозитивності кримінального судочинства.

1.12. Матеріальна диспозитивність і публічність полягає в праві розпорядження правовими вимогами і виражається у правових діях публічного органу (службової особи) або суб'єктивно заінтересованої особи, які тягнуть: порушення справи; її зупинення або закриття (в тому числі шляхом мирової угоди). Формальна публічність розкривається в процесуальних повноваженнях публічних органів (службових осіб) з провадження у справі, відстоювання своєї (публічної) позиції у справі з використанням процесуальних засобів (заперечення слідчого на вказівки прокурора, самовідвід, звернення з апеляційним, касаційним поданням тощо). Формальна диспозитивність — це свобода розпорядження процесуальними засобами захисту і виявляється в діях учасника процесу з зупинення провадження справи; оскарження дій процесуальних органів; відмови від захисника чи представника; надання доказів у справі та доказування обставин, що входять в предмет доказування.

1.13. Слід відновити як окрему групу суб'єктів кримінального судочинства – представників громадськості у формі громадських організацій, що спеціалізуються на медіаційних процедурах, що вимагає визначення процесуального статусу цих суб'єктів, форми участі їх у кримінальному судочинстві.

1.14. Додатково обґрунтована необхідність внесення змін до КПК України про необхідність узгодження прокурором, який підтримує державне обвинувачення своїх постанов про зміну обвинувачення в суді та про відмову від підтримання державного обвинувачення з прокурором, який затвердив обвинувальний висновок, та про надання вищестоящому прокурору права вносити апеляції (касаційні

ватні. Останні можуть бути щодо їх правового значення законними та протиправними, які разом з тим мають правове значення для правового регулювання кримінально-процесуальної діяльності. Так, законні інтереси мають в кримінальному процесі захищатися, а їх реалізація має бути забезпеченою процесуальними гарантіями. Протиправні інтереси повинні попереджуватися шляхом викорінення потреби в їх виникненні та встановлення юридичної відповідальності за їх реалізацію та за зловживанням процесуальними правами.

1.7. Для класифікації інтересів на публічні та приватні необхідне формулювання певної підстави. Такою підставою, може бути підтримання певного інтересу більшістю спільноти (публіки), держави, суспільства. Тому певний суб'єкт кримінального судочинства, який не є процесуальним органом може реалізовувати в кримінально-процесуальній діяльності не лише приватний, але й публічний інтерес (наприклад, потерпілий, подаючи скаргу про приватне обвинувачення).

1.8. Приватні інтереси в конкретній кримінальній справі можна поділити на наступні групи: а) приватні інтереси, що співпадають з публічними (наприклад, інтерес особи, яка вчинила злочин, у встановленні всіх його обставин, шляхом подання явки з повинною); б) приватні інтереси, нейтральні до публічних; в) приватні інтереси, колізійні з публічними (інтерес обвинуваченого у пом'якшенні його відповідальності, покарання за злочин, у вчиненні якого він обвинувачується).

1.9. З іншого боку з кримінальним судочинством пов'язані три групи публічних інтересів: а) інтереси держави в організації власної правової системи та підтриманні правопорядку, в тому числі шляхом створення органів та процедур для вирішення правових спорів, які підривають принцип правової визначеності як елемент верховенства права. У зв'язку з цим, вказані інтереси держави реалізуються у всіх видах процесу (кримінальному, цивільному, господарському, адміністративному), тому що вони врегульовані публічною владою і здійснюються від імені публічної влади; б) інтереси держави у забезпеченні реалізації кримінально-правового принципу невідворотності кримінальної відповідальності особи за вчинений нею злочин, у зв'язку з чим на компетентні органи державної влади покладено обов'язок порушити кримінальне провадження за будь-яким випадком злочину; в) інтереси держави у забезпеченні реалізації кримінально-процесуальних прав учасників процесу.

Таким чином, друга і третя групи інтересів детерміновані відповідними положеннями кримінального законодавства, а в цілому всі три

лежність і недоторканність суддів, їхнє підпорядкування тільки законам; 12) змагальність; 13) підтримка обвинувачення в суді прокурором; 14) свобода від самовикриття, викриття членів родини і близьких родичів; 15) безпосередність і усність судового процесу; 16) таємниця наради суддів; 17) обов'язковість рішень суду; 18) забезпечення оскарження рішень суду першої інстанції; 19) забезпечення повної реабілітації осіб, що були незаконно і необґрунтовано притягнуті до відповідальності; 20) законність¹.

За визначенням М. М. Михеєнка, до системи принципів кримінального процесу входять конституційні принципи: 1) законність; 2) державна мова судочинства; 3) рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; 4) повага до достоїнства особи, невтручання в її особисте і сімейне життя; 5) право людини на свободу і особисту недоторканність; 6) недоторканність житла; 7) таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної й іншої кореспонденції; 8) встановлення істини; 9) забезпечення підозрюваному, обвинувачуваному, підсудному права на захист; 10) презумпція невинуватості; 11) свобода від самовикриття, викриття членів родини і близьких родичів; 12) здійснення правосуддя винятково судами; 13) участь народу у здійсненні правосуддя; 14) незалежність і недоторканність суддів, їх підпорядкування тільки закону; 15) змагальність судового розгляду; 16) гласність судового процесу; 17) забезпечення апеляційного і касаційного оскарження судових рішень; 18) обов'язковість рішень суду.

До інших принципів кримінального процесу М. М. Михеєнко відніс: 1) публічність; 2) забезпечення всім особам, що беруть участь у справі, права на захист їхніх інтересів; 3) вільна оцінка доказів; 5) усність процесу².

У юридичній літературі називаються й інші принципи кримінального процесу: науковість, достатність основ для процесуальних рішень, обов'язковість органів судочинства поважати і дотримувати права, законні інтереси³ і достоїнство громадян, справедливість і інші.

Ми вважаємо, що в кримінальному процесі знаходять своє закріплення принципи різного рівня узагальненості: загальноправові прин-

¹ Див: Тертишник В. М. Концептуальна модель системи принципів кримінального процесу // Економіка, фінанси, право. - 2001. - №3. - С.27.

² Михеєнко М. М. Конституційні принципи кримінального процесу // Вісник Академії правових наук України. - 1997.-№2.-С. 102.

³ Питання про законність інтересів розглядається в монографії російських вчених Малько О.В. і Субочева В.В. Див.: Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория. - СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. - 359 с.

ципи — принципи, характерні для всіх галузей права (наприклад, законність, справедливість, рівність людей перед законом і судом); міжгалузеві — принципи, характерні для деяких галузей права (наприклад, властиві як цивільному, так і кримінальному процесові принципи гласності судового процесу, об'єктивної істини, незалежності суддів); галузеві принципи — принципи, характерні тільки для окремої галузі права (наприклад, що стосується кримінального процесу, то це презумпція невинуватості обвинувачуваного, публічність, свобода від самокриття, викриття членів родини і близьких родичів і інші)¹.

Поділ принципів кримінального процесу на конституційні й інші можливий тільки з позиції умовності, що вказує винятково тільки на їхнє джерело, місце їхнього нормативного закріплення. Воно не повинно розцінюватися як їхній поділ на конституційні і неконституційні, тому що в такому випадку відразу ж виникає питання про правомірність існування останніх. Віднесення тих або інших принципів до неконституційних є можливим при розгляді допустимості їх існування в змісті відповідності вимогам і положенням Конституції України.

Аналіз спеціальної літератури дозволяє зробити висновок про існування двох основних підходів до визначення правової природи публічності в кримінальному процесі:

- як принципу кримінального процесу та судочинства (Т. М. Добровольська, І. В. Тирічов, Л. Т. Ульянова)².
- або відмови до включення цього положення до кола принципів кримінального процесу (В. М. Савицький, К. Ф. Гуценко)³.

¹ Така позиція щодо класифікації переважає у навчальній літературі. Див.: Кримінальний процес України: Підручник / Коваленко Є.Г., Маляренко В.Т. - К.: Юрінком Інтер, 2004. - С. 49-50.

² Цієї позиції дотримуються як більшість російських (див.: Добровольська Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. - М., 1971; Тыричев И.В. Принципы советского уголовного процесса. - М., 1983; Тыричев И.В. Публичность // В кн.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. - М., 2004. - С. 121-122; Ульянова Л.Т. Принципы уголовного процесса // Уголовный процесс / Под ред. К.Ф. Гуценко. - М., 1996; Громов Н.А. Уголовный процесс России: Учебное пособие. - М., 1998. - С. 55, 57), так і українських вчених-процесуалістів (див.: УПК Кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Под общ. ред. В.Т. Маляренко и Ю.П. Аленина, - Харьков, 2003).

³ Див.: Савицкий В.М. О презумпции невиновности и других принципах уголовного процесса // Ларин А.М., Мельникова Э.Б., Савицкий В.М. Уголовный процесс России. Лекции-очерки / Под ред. В.М. Савицкого. - М., 1997; Гуценко К.Ф. Правосудие и его демократические основы (принципы) // Правоохранительные органы / Под ред. К.Ф. Гуценко. - М., 1998.

ВИСНОВКИ

За результатами проведеного дослідження ми прийшли до наступних висновків:

1.1. Публічність як принцип кримінального судочинства полягає в обов'язку процесуальних органів діяти в інтересах держави та суспільства, визначається завданнями кримінального судочинства і виходить за межі зв'язків з кримінально-правовим принципом невідворотності покарання.

1.2. Диспозитивність як принцип кримінального процесу є можливістю суб'єктів кримінального процесу самостійно або за допомогою захисників чи представників обирати засоби, форми захисту і реалізації своїх суб'єктивних прав і законних інтересів. Принцип диспозитивності є міжгалузевим (процесуальним) принципом кримінального процесу, який полягає в свободі здійснення (або відмови від здійснення) учасниками процесу своїх матеріальних і процесуальних прав.

1.3. Структуру принципів публічності диспозитивності складають не лише вертикальні, але й горизонтальні рівні. Останні полягають у виділенні елементів, пов'язаних з реалізацією суб'єктами процесу матеріальних вимог і здійсненням процесуальних прав.

1.4. Сфера дії принципу диспозитивності (матеріального його елементу) визначається в залежності від виду кримінального провадження (приватного, приватно-публічного, публічно-приватного або публічно-обвинувачення). Публічність як принцип кримінального процесу має домінуючий характер в кримінальному судочинстві, у зв'язку з чим дія диспозитивності має обмежуючий публічність характер.

1.5. Від публічності та диспозитивності як принципів кримінально-процесуального права слід відрізняти імперативний та диспозитивний методи правового регулювання кримінально-процесуальних правовідносин. Імперативний метод полягає у встановленні категоричного правила поведінки для суб'єктів права, зміст якого визначено джерелом права і не може змінюватися за розсудом суб'єктів права. Диспозитивний метод, навпаки надає суб'єктам певну альтернативну можливість вибору варіантів поведінки в межах закону, виходячи з певних інтересів, що відповідно проявляється в дискреційних повноваженнях публічних суб'єктів судочинства і в диспозитивних правах приватних суб'єктів процесу.

1.6. Для кримінального судочинства мають значення соціальні інтереси, які можна диференціювати за їх носіями: на публічні та при-

мінального правосудді бачиться недоцільним застосування угод про визнання вини, що може призвести до посилення корупції серед відповідалних працівників органів кримінального переслідування та посилення несправедливості кримінальної юстиції. Переважним шляхом вирішення кримінально-правових спорів має бути інститут мирових угод та звільнення особи від кримінального покарання з таким випробуванням, як відшкодування потерпілому шкоди, завданої злочином.

Не зупиняючись на питанні про те, чи є публічність принципом кримінального процесу (так, зокрема В. М. Савицький, К. Ф. Гуценко, як і автори КПК РФ, в якому не міститься посилання на вказаний принцип, не вважають його засадою кримінального судочинства¹), зазначимо, що існує декілька різних за своїм обсягом визначень змісту принципу публічності, як одного з основних правил поведінки в кримінально-процесуальній діяльності.

Так, як вже зазначалося, окремі вчені формулюють достатньо обмежений його зміст, зазначаючи, що принцип публічності полягає в публічно-правовому обов'язку судових і прокурорсько-слідчих органів з порушення провадження у кримінальній справі (М. А. Чельцов², І. Ф. Демідов³, Л. М. Башкатов, Г. М. Ветрова, А. Д. Донченко, В. І. Зажицький, В. І. Шестаков⁴, Т. М. Мірошніченко⁵, І. В. Тирічев⁶).

Проте не лише обов'язок порушити кримінальне провадження визначає побудову кримінального процесу взагалі та рух провадження у конкретній справі.

Ми вже посилалися на думку П. І. Репешка, що принцип публічності це також „реалізація гарантованих Конституцією України прав, свобод і обов'язків людини і громадянина, регламентованих відповідними нормами КПК України процесуальних прав та обов'язків органів та осіб, які притягуються до участі у кримінальному судочинстві, здійсненні прокуратурою та судом покладених на них чинним законодавством процесуальних функцій»⁷. Така позиція залишає не-

¹ Савицький В.М. О презумпции невиновности и других принципах уголовного процесса // Ларин А.М., Мельникова Э.Б., Савицкий В.М. Уголовный процесс России. Лекции-очерки / Под ред. В.М. Савицкого. - М., 1997; Насонов С.А., Нечипоренко Т.Ю. Принципы уголовного судопроизводства // в кн.: Уголовно-процессуальное право РФ: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. - М., 2004. - С. 174-176.

² Уголовный процесс. Отв. ред. Чельцов М.А. - М., 1969. - С. 183.

³ Демидов И.Ф. Принципы советского уголовного процесса. В кн.: Курс советского уголовного процесса: Общая часть // Под ред. А.Д. Бойкова и И.И. Карпеца. - М., 1989. - С. 151.

⁴ Уголовный процесс / Башкатов Л.Н., Ветрова Г.Н., Донченко А.Д., Зажицкий В.И., Шестаков В.И. - М., 2000. - С. 38-39.

⁵ Кримінальний процес України: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю.М. Грошевий, Т.М. Мірошніченко, Ю.В. Хоматов та ін. За ред. Ю.М. Грошевого та В.М. Хотенця. - Харків, 2000. - С. 59.

⁶ Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под общей редакцией проф. П.А. Лупинской. - М., 1995. - С. 92.

⁷ Репешко П.И. Принципы уголовного процесса в стадии судебного разбирательства уголовного дела в суде первой инстанции Украины. - Николаев, 2001. - С. 76.

вирішеним питання про те, чи охоплюється принципом публічності обов'язок процесуальних органів забезпечити права та обов'язки інших суб'єктів кримінального процесу.

Таким чином, потребує уточнення зміст принципу публічності, виявлення його зв'язку з положеннями ст. ст. 3, 19 Конституції України і відповідно з принципами законності та верховенства права.

Відповідно до усталеної класифікації суб'єктів кримінального процесу, вони більшістю вчених-процесуалістів поділяються на три групи:

- державні органи та посадові особи (процесуальні органи), відповідальні за провадження у кримінальній справі;
- учасники процесу (глава 3, п. 8 ст. 32 КПК України), тобто особи, які мають в кримінальному процесі власні правові інтереси або представляють права та законні інтереси інших осіб та не відносяться до публічних органів;
- суб'єкти процесу, які відіграють допоміжну роль та не мають своєї власної зацікавленості у кримінальній справі¹.

Перша група суб'єктів – процесуальні органи вступають в кримінальний процес від імені держави, *ex officio*, тобто в силу свого офіційного статусу та обов'язку, встановленого основним правилом принципу публічності, відповідно до якого „суд, прокурор, слідчий і орган дізнання зобов'язані в межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину, вжити всіх передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання» (ст. 4 КПК України).

Суб'єкти, зазначені в інших двох групах, залучаються (притягуються) до кримінально-процесуальної діяльності за власною ініціативою або незалежно від їх волевиявлення за рішенням процесуального органу, у провадженні якого знаходиться кримінальна справа.

Правовий статус учасників процесу (суб'єктів другої групи) характеризується тим, що вони для захисту власних або представляємих ними правових інтересів інших осіб наділені певними правами, спрямованими на реалізацію завдань кримінального судочинства (ст. 2 КПК України).

Проте вказані права учасників процесу не надають їм владних повноважень стосовно інших суб'єктів кримінального процесу, а лише зобов'язують процесуальні органи розглянути відповідні клопотання та заяви учасників процесу. У зв'язку з тим, що кримінальний процес

чинстві обумовлюються тим, що кримінальне судочинство визначається як певного роду діяльність, яка як і будь-яка інша діяльність спрямована на задоволення певного інтересу або групи інтересів. У зв'язку з тим, що кримінально-процесуальна діяльність здійснюється не одним, а декількома суб'єктами судочинства, є ймовірними (а щодо окремих суб'єктів і неминучими) неузгодженість або навіть конфлікт інтересів.

Небажання або нездатність зважати на первинність інтересу, «силовий» юридичний тиск на носіїв інтересів, а тим самим підміна регулювання їхніх взаємин керуванням людьми, неминуче веде на практиці саме до зворотного ефекту — применшення ролі права в житті суспільства, зниження його престижу в очах громадян і в кінцевому рахунку до падіння ефективності правового регулювання.

Узгодити протилежні інтереси в кримінальному процесі – значить зняти протиріччя між ними або знайти спільний знаменник, взаємовигідну уступку в своїх інтересах, що свідчить про закінчення комбатантних або конфліктних процесуальних відносин. Нонкомбатантність відносин насамперед виявляється в зміні «знаку» публічності процесу, що більше не асоціюється з верховенством одного лише державного інтересу. Вона перестає бути офіційністю, тобто історично успадкованою ще від побудови процесу за розшуковим (інквізиційним) типом вимогою вести справу лише з обов'язку служби (*ex officio*), не зважаючи на інтереси громадян — учасників процесу. Публічність відтепер — на службі всього громадянського суспільства, на відміну від публічно-позовного судочинства, де вона мала характер вузькодержавний і в цьому змісті обслуговувала, у першу чергу, корпоративний інтерес політико-економічних еліт.

В сучасному судочинстві виділяють декілька аспектів зміни „знаку» публічності і посилення диспозитивних засад: 1) поширення інституту доцільності кримінального переслідування; 2) введення медіаційних процедур; 3) поширення договірного правосуддя (угод у кримінальному судочинстві щодо визнання вини чи спрощення провадження).

Враховуючи положення статей 8-11 Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р., відповідно до яких дозволяється втручання у матеріальні права лише тією мірою, якою воно є «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення конкретних законних цілей, пропонується доповнити КПК України новим принципом – принципом пропорційності.

На цьому етапі розвитку українського суспільства та органів кри-

¹ Громов Н.А. Уголовный процесс России: Учебное пособие. - М., 1998. - С. 91; Яновська О.Г. Кримінально-процесуальне право України: Навч.-метод. посібник. - К., 2003. - С. 49-50.

процесу – своїх диспозитивних прав.

Зроблено висновок про те, що матеріальна публічність і диспозитивність полягають у наступних повноваженнях та правах:

- ініціювання провадження у справі (шляхом його порушення у справах публічного провадження або подання скарги у справах приватного, приватно-публічного обвинувачення);
- формулювання обвинувачення та його здійснення у суді;
- визнання вини чи відмови від обвинувачення (останнє тягне закриття провадження у справі).

Зважаючи на особливості реалізації обвинувачення запропоновано розглядати наступні його види: публічне, співобвинувачення (субсидіарне) обвинувачення та приватне обвинувачення.

Незважаючи на приписи ст. 16-1 КПК України, прокурор не є суб'єктом диспозитивних прав, а у встановлених законом випадках реалізує дискреційні повноваження. Таким чином, ознаками дискреційної влади є наступні: 1) суб'єктом дискреційних повноважень є лише державний орган або його посадова особа; 2) метою їх діяльності є захист публічних інтересів; 3) підставою застосування цих повноважень є розсуд в межах, встановлених законом; 4) самостійність реалізації дискреції (тобто відсутність необхідності узгодження дій про застосування розсуду з іншими суб'єктами).

Необхідним бачиться внесення змін до КПК України про необхідність узгодження прокурором, який підтримує державне обвинувачення своїх постанов про зміну обвинувачення в суді та про відмову від підтримання державного обвинувачення з прокурором, який затвердив обвинувальний висновок, та про надання вищестоящому прокурору права вносити апеляції (касаційні подання) на рішення у справах, в яких такі постанови приймалися прокурорами.

Також необхідно передбачити повноваження прокурора порушувати самостійно кримінальні справи приватного обвинувачення у випадках, передбачених ч. 3 ст. 27 КПК України лише за згоди потерпілого, а щодо злочинів, вчинених проти інтересів конкретної не публічної особи (наприклад, приватного підприємства) передбачити можливість порушення кримінальної справи лише за згоди органів управління цієї не публічної особи.

В цьому розділі питання про узгодження інтересів в кримінальному судочинстві було досліджено через „зважування» інтересів, та є способом виявлення стану взаємозв'язків між ними.

Конфлікт публічних та приватних інтересів у кримінальному судочинстві

відноситься до державно-владного типу діяльності, відповідно до якого одним з суб'єктів цієї діяльності (і, відповідно – правовідносин) обов'язково є державні органи або посадові особи, які уповноважені вести кримінальне судочинство та наділені державно-владними повноваженнями, а інші суб'єкти процесу – фізичні та юридичні особи, таких повноважень не мають, для реалізації приватних інтересів, зокрема з захисту порушеного права, забезпечення процесу доказування, забезпечення заявленого цивільного позову тощо, останні мають змогу лише звернутися за клопотанням до процесуального органу з клопотанням про проведення відповідної процесуальної дії, яка обов'язково має бути розглянута та за умови його обґрунтованості – задоволена.

А тому одним з основних обов'язків процесуальних органів, який витікає з їх офіційного (владного) статусу є те, що вони не лише зобов'язані порушити та провести належним чином провадження у кримінальній справі, але й забезпечити реалізацію гарантованих Конституцією України прав, свобод і обов'язків людини і громадянина, та регламентованих відповідними нормами КПК України процесуальних прав та обов'язків суб'єктів процесу, які не відносять до процесуальних органів.

Такий зміст принципу публічності витікає, на наш погляд з більш загальних конституційних положень, передбачених ч. 2 ст. 3 Конституції України, відповідно до якої права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, держава відповідає перед людиною за свою діяльність, утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (загальноправові принципи дотримання прав людини та відповідальності держави за свою діяльність перед людиною¹).

Таким чином, публічність як державно-правовий принцип закріплена у ч. 2 ст. 3, ч. 2 ст. 6, ч. 2 ст. 19, п. 2 ст. 121, статтях 124 і 129 Конституції України.

Слід зазначити, що в Модельному КПК для держав-учасниць СНД² публічність також було визначено як один з основних принципів кримінального судочинства. Крім традиційних положень принципу публічності, що стосуються обов'язку з порушення кримінальної справи, ст. 31 Модельного КПК містить перелік наступних дій публічного обви-

¹ Коментар до Конституції України: науково-популярне видання. - К., 1996. - С. 32

² <http://www.hro.org/docs/rlex/upkmod>

нувача з порушеної кримінальної справи, які зокрема полягають у:

- викритті винуватої особи перед судом, з вимогою для неї належного покарання, якщо наявність злочину буде в достатній мірі підтверджено доказами;
- прийнятті заходів до відшкодування шкоди, завданої забороненим кримінальним законом діянням.

Крім того, ця ж стаття стосується і діяльності суду, який діє „іменем держави», як і органи кримінального переслідування, які діють від імені держави.

Таке тлумачення принципу публічності пояснюється в розділі III Концепції Модельного КПК „Принципи кримінального судочинства в Модельному Кримінально-процесуальному кодексі»¹, відповідно до якого публічність кримінального судочинства передбачає, зокрема:

- обов'язок органів кримінального переслідування порушити провадження у кримінальній справі в усіх випадках знаходження ознак злочину або інших обставин, що вказують на можливе вчинення діяння, забороненого законом;
- визнання за державним обвинуваченням ролі „пружини» кримінального судочинства, так як саме на органи кримінального переслідування покладено обов'язок встановити істину у справі і обґрунтувати своїх висновки перед судом наданням допустимих доказів;
- обов'язок прокурора підтримувати державне обвинувачення в суді в усіх випадках, коли прокурор затверджував обвинувальний акт;
- надання прокурору права відмовитися від обвинувачення і, якщо потерпілий не заперечує, завершити кримінальне переслідування особи; така відмова повинна бути обов'язковою для суду, а підстави для відмови прокурора від обвинувачення повинні регулюватися не кримінально-матеріальним, а кримінально-процесуальним законодавством (крім випадків, коли причиною відмови від обвинувачення є відсутність в інкримінованому діянні складу злочину);
- обов'язок суду в рамках належної правової процедури розглянути кримінальну справу і вирішити питання про правомірність або неправомірність покладення на підсудного кримінальної відповідальності в усіх випадках звернення до суду, який не вправі відмовити в правосудді з мотивів неясності або відсутності закону, так і за ін-

цим «кодексом поведінки» угода укладається між сторонами (головуючим суддею, керівником обвинувачення та захистом) конфіденційно, не документується, сторони відмовляються від подальшого оскарження постановленого рішення¹.

В Швейцарській конфедерації діє так званий механізм «позасудової домовленості», відповідно до якого обвинувачений у випадку добровільного визнання своєї вини розраховує на умовний чи значно менший строк покарання².

Кримінальний юстиції Нідерландів, наприклад, також є відомими інститути «угоди» і «умовної відмови» (близьких за правовою природою до «примирення» і «угоди про визнання вини» у англосаксонському праві)³.

Цікаво, що і в практиці судово-слідчих органів Японії також застосовується інститут, аналогічний угоді про визнання вини⁴.

У зв'язку з залученням до кримінального процесу різного роду мирових угод, угод про визнання вини виникає проблема їх використання у доказовій діяльності. На наш погляд, вказані процесуальні документи можуть використовуватися як докази у справах, нарівні з іншими доказами, при цьому слід враховувати зацікавленість обвинувачених у їх укладанні. Разом з тим, визнання особи винною у вчиненні злочину може мати місце лише за умови доведеності її вини.

Використання в якості обвинувального докази угоди про визнання вини, укладеної відповідно до іноземного законодавства, можливе в якості «інших документів». Крім цього, вказаний доказ повинен оцінюватися нарівні з іншими доказами у справі і переважного значення не має.

В цьому розділі було розглянуто питання про реалізацію публічними органами своїх процесуальних повноважень, та інших суб'єктів

¹ Michael Georg Müller. Strafprozeßrecht. Ratgeber für Rechtsreferendare zur Vorbereitung auf die zweite juristische Staatsprüfung unter besonderer Berücksichtigung der saarländischen Praxis. Staatsanwalt, Saarbrücken 1994-2000. Überarbeitung vom 31. Mai 2000.

² Див.: Карганов Р. Самая дорогая прачечная Европы: Швейцарские прокуроры тоже берут деньги // Версия. - 2001. - № 8. - С. 10. В цій же статті її автор висловив досить цікаву думку щодо підґрунтя зрослої активності швейцарських прокурорів у боротьбі з легалізацією кримінальних доходів. На його думку все полягає у тому, що прокурори отримують від кантональної влади частину котів стягнених з обвинувачених, які визнали свою провину, у вигляді штрафу.

³ Бланкенбург Э., Брунисма Ф. О голландской правовой культуре // Государство и право. - 1994. - № 12. - С. 98-99.

⁴ Див. Оока С. Уголовное дело: пер. с яп. /Под общей ред. и со вступ. сл. Ф.М. Решетникова. - М., 1987. - С. 24-25.

¹ Модельный Уголовно-процессуальный кодекс для государств - участников СНГ: Концепция // <http://www.hro.org/docs/rlex/upkmod/0-3.htm>

Процесуальний порядок звільнення члена організованої групи від відповідальності не може співпадати з загальним процесуальним порядком звільнення особи від кримінальної відповідальності, встановленим ст. 7-1 КПК, за яким закриття справи можливе ще на досудовому слідстві. Бачиться можливим звільнення особи від кримінальної відповідальності за вказаною обставиною лише після вирішення (або під час вирішення) питання про наявність організованої злочинної діяльності конкретної групи, участь у ній інших членів організованої групи тощо, тобто коли добропорядність особи, відносно якої вирішується питання про звільнення від відповідальності, підтверджена доказами, дослідженими в судовому засіданні, або судовим рішенням, яким встановлений факт організованої злочинної діяльності та участь у ній інших членів групи за допомогою цієї особи.

Понад 90% кримінальних справ у США не проходять процедури судового розслідування внаслідок широкого застосування компромісу «визнання вини»¹. Ця процедура детально регламентована Федеральними правилами кримінального процесу в окружних судах США (1997 року), які передбачають, що відмова від подальшого розслідування кримінальної справи відповідно до клопотання сторін про укладання «угоди визнання вини» – є не обов'язком, а лише правом судді і не застосовується у випадках тяжкого обвинувачення.

Потрібно вказати на хибність думки про те, що концепція «угоди про визнання вини» характерна лише для англосаксонської моделі судочинства. Так, дійсно в країнах загального права існують нормативно-правові акти, судові прецеденти, усталена правозастосовча практика застосування цього інституту кримінального процесу. Але цей же інститут (правда в неформалізованому аспекті) набув поширення в 80-ті роки минулого століття і в країнах континентальної системи кримінального судочинства. Так, наприклад, в ФРН поряд із законним кримінальним судочинством розвився протягом декількох років нова форма судового процесу, відома під назвою Deal чи Mausehelfverfahren, що походить від імені адвоката Detlef Deal з Mausehelhausen, який вперше широко почав застосовувати у свої адвокатській практиці як захисник угоди про визнання вини у кримінальних справах (з 1982 року). Подальше застосування цього інституту у кримінальному процесі ФРН привело до формування неписаного кодексу правил поведінки сторін, які укладають вказану угоду. За

¹ Литвак О.М. Державний вплив на злочинність: Кримінологічно-правове дослідження. - К., 2000. - С. 129.

шими підставами¹;

- збереження за судом основного права витребувати докази за власною ініціативою.

Разом з тим, вказана Концепція та сам Модельний КПК передбачали запровадження диспозитивних засад кримінального судочинства, зокрема, шляхом:

- розширення кола справ, провадження за якими не може бути розпочато без скарги жертви і підлягає закриттю при примиренні потерпілого з обвинуваченим, якщо останній відшкодував завдану ним шкоду;
- встановлення категорій справ, за якими досудова підготовка здійснюється приватним обвинувачем;
- визнання за приватним обвинувачем права приймати участь у провадженні по кримінальній справі публічного обвинувачення поряд з державним обвинувачем;
- надання визнанню обвинуваченим своєї винуватості юридичного значення: якщо це визнання добровільно вчинене перед судом і не викликає сумнівів, презюмувати доведеність події злочину і винуватості обвинуваченого в його вчиненні, після чого, дослідивши докази, на які вкажуть сторони, переходити до вирішення питання про покарання;
- надання обвинуваченому права відмовитися від розгляду його справи судом присяжних.

Аналіз проекту КПК України, що знаходиться на розгляді у Верховній Раді України², дозволяє зробити висновок про те, що відсутність концептуального бачення майбутнього кримінального судочинства України призвело до суттєвих суперечностей законопроекту.

Формулювання принципу публічності, подане в ст. 21 проекту КПК України, має, на наш погляд, окремі недоліки. Відповідно до цієї норми „суд, прокурор, слідчий, орган дізнання, особа яка проводить дізнання, в межах своєї компетенції незалежно від думки окремих фізичних чи юридичних осіб зобов'язані почати провадження у справі у кожному випадку виявлення ознак злочину і вжити передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, захисту прав і законних інтересів потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, інших учасників процесу, захисту інтересів суспільства і держави, виконати передбачені законом

¹ Аналогічне положення містилося ще в ст. 2 КПК УРСР 1927 р.

² Кримінально-процесуальний кодекс України: проект, підготовлений до другого читання в Верховній Раді України, реєстраційний № 3456-І від 19.05.2003 року (в ред. тексту до другого читання від 27.06.2004 р.).

дії для встановлення і притягнення до відповідальності винуватого у вчиненні злочину чи реабілітації невинного».

Так, вказане визначення включає в себе окремі види діяльності (функції) державно-владних суб'єктів кримінального процесу (процесуальних органів), що дозволяє прийти до висновку про їх вичерпність та не поширення положень публічності процесу на інші види діяльності. Крім того, цитоване визначення містить перелік інтересів, які мають захищати процесуальні органи при провадженні у справі, але не вирішує питання про їх узгодження у випадку неспівпадання або протиріччя. В статті не зазначені окремі процесуальні органи, що дозволяє також прийти до висновку, що вони на них вимога публічності не поширюється (наприклад, слідчого судді – п. 38 ст. 6 проекту КПК).

Крім того, розробники проекту КПК України, на наш погляд, необгрунтовано відмовилися від визначення завдань кримінального судочинства (точніше зазначили завдання процесуального законодавства, назвавши їх завданнями судочинства), що надало процесуальним органам право самостійно визначати не лише пріоритети у своїй діяльності, але й її предмет¹. Встановлення завдань кримінально-процесуального закону (ст. 2 проекту КПК України) не вирішує проблеми, так як єдиним завданням законодавства може бути лише визначення кримінально-процесуальної форми, тобто порядку провадження у справі.

Питання про дійсні цілі і завдання кримінального судочинства, цілі правосуддя і їх співвідношення є одним з найбільш складних і дискусійних у теорії кримінально-процесуальної науки. Тим часом, категорія мети процесу діалектично пов'язана із соціальним призначенням права, його формою, функціями, принципами, сутністю й змістом норм й інститутів.

Отже, у відповідності зі ст. 3 Конституції України метою всієї правової системи і кримінального судочинства, у цей час, є насамперед охорона особистості, її прав і свобод, власності й, звичайно, інтересів держави й суспільства. Саме ця мета повинна служити правовим і моральним орієнтиром для органів й осіб, у тих правових ситуаціях, коли громадянин або держава (як рівні суб'єкти правовий відносин) звертаються за захистом своїх порушених інтересів, прав і свобод коштами матеріального й процесуального права. Саме ця ясна мета повинна

¹ Маляренко В.Т. Про завдання кримінального судочинства / В зб.: Кримінальний процес України: Стан і перспективи розвитку: Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл.: Вибрані наукові праці. - К., 2004. - С. 37-38.

справі вона активно сприяла викриттю організованої групи або злочинної організації, розкриттю вчиненого такою групою, організацією чи її учасником злочину, притягненню винних до відповідальності, відшкодуванню завданих збитків, усуненню заподіяної шкоди чи в іншій формі сприяла боротьбі з організованою злочинністю) за умови, що ця особа не є організатором злочинної групи або організації та вчинила злочин невеликої чи середньої тяжкості, або ненавмисно вчинила особливо тяжкий злочин, не поєднаний з насильством над потерпілим, або тяжкий злочин, не пов'язаний зі спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому чи настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків).

Викладене дозволяє прийти до наступних висновків з цих питань: 1) кримінально-правовою підставою звільнення члена організованої групи від кримінальної відповідальності може бути його активне сприяння в процесі оперативно-розшукової діяльності, досудового слідства чи судового розгляду справи викриттю організованої групи або злочинної організації, розкриттю вчиненого такою групою, організацією чи її учасником злочину, притягненню винних до відповідальності, відшкодуванню завданих збитків, усуненню заподіяної шкоди чи в іншій формі сприяння протидії організованій злочинності. Наявність вказаної обставини повинна підтверджуватися зібраними у справі доказами (наприклад, дорученням відповідно до ч. 1 ст. 14 Закону України „Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», матеріалами оперативно-розшукової справи, протоколами слідчих і судових дій тощо); 2) кримінально-правовими умовами такого звільнення є вчинення особою (яка не є організатором злочинної групи або організації) злочину невеликої чи середньої тяжкості, або ненавмисне вчинення особливо тяжкого злочину, не поєднаного з насильством над потерпілим або тяжкого злочину, не пов'язаного з спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому чи настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків; 3) до кримінально-процесуальних умов звільнення відноситься притягнення особи як обвинуваченої та її згода на звільнення від відповідальності.

Звільнення члена організованої групи від відповідальності повинне реалізовуватися лише як дискреційне повноваження суду, а не як імперативний припис кримінального закону, в противному випадку суд позбавляється можливості оцінити значення та рівень активності участі члена організованої групи в протидії організованій злочинності.

Проте, в означених статтях інститут правового компромісу розглядається лише як елемент компенсаторного (відновлювального) правосуддя (тобто відшкодування винним заподіяної злочином шкоди потерпілій особі, відновлення прав останньої)¹; в них не досліджується питання про застосування правового компромісу у справах про злочини, в яких відсутні потерпілі особи, в статтях також не проводиться аналіз процесу реалізації уповноваженими процесуальними органами своїх дискреційних повноважень при застосуванні вказаного інституту, а тим більше в механізмі протидії організованій злочинності.

Проаналізуємо процесуальні аспекти застосування інституту правового компромісу щодо членів організованих груп, у зв'язку з чим поставимо наступні завдання: встановлення правової природи дискреційних повноважень, визначення особливостей реалізації дискреційних повноважень в механізмі звільнення особи від кримінальної відповідальності; формулювання процесуальних вимог щодо звільнення від кримінальної відповідальності членів організованих груп.

Обмеження дискреційних повноважень суду лише підставами, вказаними в ст. ст. 47, 48 КК України, на наш погляд, позбавляє суд у справах про організовану злочинну діяльність не лише індивідуалізувати відповідальність осіб, але й звільнити від неї окремих осіб, що сприяли правосуддю. Звільнення ж особи у зв'язку зі зміною обстановки (ст. 48 КК) буде неможливим, тому що діяння, вчинене особою може не втратити суспільної небезпеки, особа перестати бути суспільною небезпечною; а у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45 КК) буде неефективним, так як кримінально-правовою умовою такого звільнення є вчинення особою злочину невеликої тяжкості.

У зв'язку з цим цілком актуальним є впровадження положень згаданого проекту № 2361 Закону України „Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального і Виправно-трудового кодексів України», в якому запропоновано закріпити в ст. 45-1 КК України як кримінально-правову підставу можливості звільнення особи від кримінальної відповідальності – її активне сприяння протидії організованій злочинності (тобто, в процесі оперативно-розшукової діяльності, досудового слідства чи судового розгляду

¹ Див. Зер Г. Восстановительное правосудие. - М.: МОО Центр «Судебно-правовая реформа», 1998. - 354 с.; Зер Ховард. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание / Пер. с англ. Общ. ред. канд. психолог. наук Л. М. Карнозовой. М.: Центр «Судебно-правовая реформа», 2002. - 322 с.

пронизувати всю діяльність органів й осіб, ведучих кримінальний процес; детермінувати собою сутність і зміст цієї діяльності, її результати й можливий результат. Реалізації цієї мети повинно бути підкорена для здійснення завдань кримінального судочинства: з швидкого й повного розкриття злочинів, викриття винних і встановлення об'єктивної істини для того, щоб кожен, хто вчинив злочин був підданий справедливому покаранню й жоден невинний не був притягнутий до кримінальної відповідальності й засуджений (ст. 2 КПК).

Подібне розуміння цілей і завдань кримінального судочинства робить внутрішньо зв'язаною й логічно несуперечливою всю діяльність органів й осіб, що ведуть процес, і не тільки наповнює її зміст соціальним і моральним змістом, але й дозволяє збалансувати в публічному кримінальному процесі приватний інтерес потерпілого від злочину й офіційний (публічний) інтерес держави й суспільства.

Шляхом формулювання завдань кримінального судочинства можливо визначення ієрархії інтересів у кримінальному судочинстві – основним для якої є звісно публічний інтерес, який полягає у захисті інтересів суспільства, прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб¹.

Вбачається, що обґрунтованим буде закріплення в новому КПК України завдань кримінального судочинства в наступній редакції:

„Стаття ____. Завдання кримінального судочинства.

Завданнями кримінального судочинства є викриття осіб, винних у вчиненні злочинів, притягнення їх до відповідальності та справедливого покарання; у передбачених законом випадках, звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння; викриття осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння у неповнолітньому віці або у стані неосудності, і застосування до них передбачених законом примусових заходів; захист особи від безпідставного притягнення до кримінальної відповідальності і недопущення засудження невинуватих осіб або застосування до них примусових

¹ Колишні держави СРСР у своєму оновленому процесуальному законодавстві визначають також і завдання кримінального судочинства. Так, наприклад, ст. 1 КПК Республіки Молдова до завдань кримінального процесу відносить захист особи, суспільства і держави від злочинів, а також захист особи і суспільства від протизаконних дій посадових осіб при розслідуванні припускаючих або вчинених злочинів з тим, щоб кожен, хто вчинив злочин, був покараний в міру своєї вини і не один невинуватий не був притягнутий до кримінальної відповідальності. Див., зокрема: Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова от № 122-XV от 14 марта 2003 года. - Кишинев, 2003. - 190 с.

заходів; реабілітація осіб, незаконно притягнутих до кримінальної відповідальності; захист особистої свободи і недоторканності фізичних осіб, їх майна, честі, гідності, інших прав і законних інтересів; захист державних інтересів та інтересів і прав юридичних осіб».

Поняття диспозитивності (від лат. *dispositus*, тобто упорядкований, розподілений) пов'язано з можливістю суб'єктів регламентованої правом діяльності самостійно регулювати свої відносини, діяти на власний розсуд.

Аналіз статті 16-1 КПК України, що встановлює принципи змагальності і диспозитивності¹, не відокремлюючи ці два поняття, дозволяє прийти до висновку, що під диспозитивністю законодавець розуміє рівність прав і свобод сторін судового розгляду „...у наданні доказів, їх дослідженні та доведенні переконливості перед судом», тобто в асоціації принципу диспозитивності з принципами змагальності і рівності суб'єктів судочинства перед законом і судом, що не є правильним².

По-перше, принцип диспозитивності і змагальності є різними принципами, і останній не може протиставлятися принципу публічності, так як визначає лише організацію доказування у кримінальному судочинстві (розподіл обов'язків з доказування серед сторін обвинувачення і захисту, та судом). Тому змагальний процес властивий і для публічного процесу, однак за умов більшої диспозитивності судочинства її суб'єкти можуть розпоряджуватись своїми диспозитивними правами щодо матеріальних вимог (обвинувачення чи визнання вини тощо), тим самим сприяють більшій змагальності (а також спрощенню) і процесу доказування.

По-друге, прокурор, слідчий, орган дізнання й інші суб'єкти кримінального процесу, що володіють державно-владними повноважен-

нізованих груп для розроблення планів і умов спільного вчинення злочинів, матеріального забезпечення злочинної діяльності чи координації дій об'єднань злочинних організацій або організованих груп), якщо вона добровільно заявила про створення злочинної організації або участь у ній та активно сприяла її розкриттю. Загальна частина КК будь-яких спеціальних положень щодо звільнення цих осіб за вчинення інших злочинів не передбачає.

30.10.2002 р. було зареєстровано у Верховній Раді України проект № 2361 Закону України „Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального і Виправно-трудового кодексів України», яким передбачено підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності чи пом'якшення покарання осіб, які є членами організованої групи, але в період оперативно-розшукової діяльності, досудового слідства чи судового розгляду активно сприяють викриттю організованої групи, розкриттю вчиненого такою групою чи її учасником злочину, притягненню винних до відповідальності, відшкодуванню завданих збитків, усуненню заподіяної шкоди чи в іншій формі сприяли боротьбі із організованою злочинністю¹.

Однак до сьогоднішнього дня подальша доля правового компромісу в кримінальному судочинстві у справах про організовану злочинну діяльність не вирішена, що свідчить про актуальність та проблематичність цього питання. Тим більше не вирішено питання ні чинним законодавством, ні законопроектами про процесуальний порядок звільнення вказаних осіб від кримінальної відповідальності.

Історичні аспекти розвитку інституту правового компромісу, аналіз його сучасного стану та перспектив як кримінально-процесуального інституту проведено в окремих статтях останнього часу українських юристів С.Туркоти і В.Верещака², а порівняльний аналіз мирової угоди (як форми правового компромісу) з інститутом угоди про визнання вини – Л.Нескородженої³.

¹ Слід погодитися з думкою вчених-процесуалістів про те, що об'єднання в одній нормі двох різних процесуальних принципів є недоречним, тим більше, що таке поєднання не лише заважає встановленню змісту кожного принципу (чим ускладнюється правозастосовна практика), але й може привести до помилкового, на наш погляд, висновку про існування єдиного принципу змагальності і диспозитивності, що в свою чергу веде до протиставлення змагальності і публічності процесу, і висновку про те, що публічне судочинство не може бути змагальним. Див.: Радченко В. Судебную власть - в центр правовой реформы // Российская юстиция. - 1999. - № 10. - С. 3.

² У зв'язку з цим, не можемо погодитися з твердженням Л.М. Лобойко про те, що принцип диспозитивності регламентується тими ж нормами, що й принцип змагальності, зокрема ст. 16-1 КПК України. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальне право: Курс лекцій: Навч. посібник. - К., 2005. - С. 49.

¹ Наприклад, в США за Актом про боротьбу з організованою злочинністю від 1970 р. введено інститут недоторканності свідків щодо їх кримінального переслідування, що співробітничать з федеральними обвинувачами. Див.: Криминология /под рел. Дж.Ф. Шели / Пер. с англ. - СПб., 2003. - С. 332-333.

² Верещака В.. Судовий компроміс у кримінальному судочинстві // Вісник Верховного Суду України. - 2000. - № 1. - С. 41; Туркота С. Правовий компроміс у кримінальному судочинстві // Право України. - 2001. - № 12. - С. 69-71.

³ Нескороджена Л.Л. Мировая угода та угода про визнання вини: можливість їх застосування в кримінальному процесі України // Вісник Верховного Суду України. - 2001. - № 1. - С. 58-60.

тягненню винних до відповідальності. У зв'язку з цим постає питання про заохочення останніх до співпраці з правоохоронними та судовими органами. Одним з елементів такого заохочення може бути звільнення вказаних осіб від кримінальної відповідальності або пом'якшення їх відповідальності шляхом застосування інституту правового компромісу та реалізацією слідчим, прокурором та суддею (надалі — процесуальні органи) своїх дискреційних повноважень.

Пунктом 2 Комплексної програми профілактики злочинності на 2001-2005 рр., затвердженої Указом Президента України від 25.12.2000 р. № 1376, Мін'юсту України, Службі безпеки України, Державній податковій адміністрації України, МВС України було доручено вирішити питання про створення інституту правового компромісу стосовно осіб, які добровільно сприяли виявленню, розслідуванню та припиненню злочинних діянь, учинених ними особисто або іншими особами.

Частково це питання стосовно членів організованих злочинних груп вже вирішено в чинному законодавстві України. Так, частиною другою статті 14 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю»¹ передбачено, що «учасник організованого злочинного угруповання може бути частково або повністю звільнений від кримінальної відповідальності та покарання, якщо він у процесі оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування чи судового розгляду справ сприяє викриттю організованих злочинних угруповань та вчинених ними злочинів, притягненню винних до відповідальності, відшкодуванню шкоди фізичним та юридичним особам та державі». Але відповідно до ч. 1 ст. 3 Кримінального кодексу України (КК)² питання про кримінальну відповідальність особи регламентуються лише цим Кодексом, а тому вказане положення спеціального закону повинне бути імплементовано в КК. На цей час на підставі частини другої статті 255 КК звільняється від кримінальної відповідальності особа, крім організатора або керівника злочинної організації, лише за вчинення злочину, передбаченого частиною першою цієї статті (створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, а також керівництво такою організацією або участь у ній, або участь у злочинах, вчинюваних такою організацією, а також організація, керівництво чи сприяння зустрічі (сходці) представників злочинних організацій або орга-

нями (т. зв. процесуальні органи¹), не можуть мати диспозитивних прав, а відповідно на них не може поширюватися дія принципу диспозитивності, у зв'язку з тим, що диспозитивність передбачає можливість певного суб'єкта діяти на власний розсуд на захист власних матеріальних або процесуальних прав (тобто в межах реалізації приватного інтересу, який може співпадати або антагоніювати з публічним інтересом). Наділення процесуальних органів правом діяти за власним розсудом обмежено прийняттям рішення на захист публічних інтересів і в літературі визначається як дискреційні повноваження державних органів і посадових осіб.

По-третє, принцип рівності сторін судового розгляду перед законом і судом є процесуальною гарантією² змагальності процесу, а в частині функціональної рівності і необхідною передумовою його диспозитивності, а тому не може розглядатися як складова принципів змагальності або диспозитивності.

Можливою причиною необґрунтованого поєднання диспозитивних, публічних засад з принципом змагальності є те, що визначення понять публічності і диспозитивності дається як принципів судочинства, але не враховується, що публічність і диспозитивність процесу є й проявами основних методів правового регулювання кримінально-процесуальної діяльності (відповідно — імперативного і диспозитивного).

Метод (від грец. *methodos* — шлях дослідження, теорія, вчення), спосіб досягнення якої-небудь цілі, вирішення конкретного завдання; сукупність прийомів або операцій практичного або теоретичного засвоєння (пізнання) дійсності³.

Суспільні відносини можуть регулюватися різними методами, серед яких слід зазначити: імперативний і диспозитивний⁴, заохочення і

¹ Див.: Якупов Р.Х. Уголовный процесс : Учеб. для вузов / Р.Х. Якупов; Под ред. к.ю.н. В.Н. Галузо. - М., 1998. - С. 35.

² Під процесуальною гарантією ми розуміємо правовий засіб забезпечення успішного вирішення завдань правосуддя та охорони прав і законних інтересів його учасників. Схоже розуміння процесуальних гарантій як системи правових засобів міститься в Курсі радянського кримінального процесу М.С. Строговича (том I. - М., 1968. - С. 56).

³ Большой энциклопедический словарь. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Большая Российская энциклопедия, 1998. - 1456 с. - С. 724.

⁴ Ці методи є найбільш поширеними і загальними. Імперативний полягає у відносинах субординації, тобто підкорення одних суб'єктів іншим. Диспозитивний має на увазі рівність суб'єктів права і застосовується в основному в галузях приватного права.

¹ Відомості Верховної Ради (ВВР). - 1993. - N 35. - Ст.358

² Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). - 2001. - N 25-26. - Ст.131.

покарання, альтернативний і рекомендаційний¹.

Імперативний метод полягає у встановленні категоричного правила поведінки для суб'єктів права, зміст якого визначено джерелом права і не може змінюватися за розсудом суб'єктів права. Імперативний метод – це метод владних приписів, коли у об'єкта управління немає вибору варіанта поведінки і він зобов'язаний діяти лише так, як йому приписано (В. Б. Аверьянов)². Прикладом, імперативного методу є встановлення строків оскарження рішень в апеляційному порядку, або регулювання дій процесуальних органів з порушення кримінальної справи при наявності ознак злочину тощо. Разом з тим, навіть в публічних галузях права цей метод поступово „віддає позиції» більш ефективному диспозитивному методу. Диспозитивний метод, навпаки надає суб'єктам (і публічним, і приватним) певну можливість вибору варіантів поведінки в межах закону, виходячи з певних інтересів. Існування альтернативи у вирішенні як окремих питань справи, так і справи в цілому має сприяти прийняттю найбільш оптимального для учасників судочинства рішення.

Вказані методи можуть реалізовуватися шляхом: а) використання приписів (прямий обов'язок вчинити певні дії); б) встановлення заборон (прямий обов'язок не вчиняти певні дії); в) надання дозволів (право вчиняти певні дії за власним розсудом).

Незважаючи на особливі ознаки кримінально-процесуальних відносин³, основним спеціальним методом регулювання яких є метод субординації, диспозитивним методом можуть регулюватися дії не лише приватних суб'єктів кримінального процесу, але й процесуальних органів, які, як було вказано вище, володіють повноваженням у визначених законом випадках на свій розсуд встановлювати правила не лише власної поведінки, але й поведінки підвладних їм суб'єктів

¹ Так, у внутрішньодержавному кримінально-процесуальному праві переважає метод імперативного припису, згідно якого публічні суб'єкти процесу можуть діяти лише в рамках приписаних їм законодавством. В міжнародному праві домінуючим є метод правового компромісу, тобто врахування інтересів, взаємні вчинки всіх сторін взаємодії.

² Адміністративне право України: Підручник / За заг. ред. С.В. Ківалова. - Одеса: Юридична література, 2003. - 290 с. - С. 8-9.

³ Див.: Элькин П.С. Толкование и применение норм уголовного процесса. - М., 1956. - С. 34; Божьев В.П. Уголовно-процессуальные отношения М., 1975. - С. 89-90; Муравин А. Б. Уголовный процесс. Учебное пособие. - Х., 2000. - С. 34; Погорецький М.А. Кримінально-процесуальні правовідносини: структура і система: Монографія. - Харків, 2002. - С. 23-25

давності притягнення до відповідальності (ст. 53), інші ж види звільнення, за КК Естонії, є звільненням від покарання.

Розслідування та судовий розгляд кримінальних справ по злочинам, вчиненим організованими групами чи злочинними організаціями (надалі – організованими групами), є більш складними за рахунок особливого характеру об'єкта розслідування – організованої злочинної діяльності і, відповідно, більш складного предмета доказування у цих справах. Так, професором В.Шепітьком диференційовано обставини, що підлягають встановленню у вказаних справах, на дві групи: 1) обставини, що свідчать про організований характер злочину (мета, організованість, сталість групи, її керівництво, озброєність, корумпованість тощо); 2) обставини, що сприяють доказуванню кожного окремого злочину, вчиненого організованою групою¹. Звісно, що більшість вказаних обставин традиційними слідчими методами встановити важко чи, зважаючи на обмеженість термінів досудового провадження, практично не можливо. У зв'язку з цим спеціальним (Законом України „Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю»), кримінальним і кримінально-процесуальним законодавством передбачено ряд інститутів, спеціально призначених для оптимізації розслідування проявів організованої злочинної діяльності.

На наш погляд, одним з ефективних методів розслідування вказаних фактів є встановлення обставин організованої злочинної діяльності шляхом використання так званої інсайдерської (внутрішньої — стосовно організованої групи) інформації, яка міститься в джерелах, зосереджених всередині такої групи. Такими джерелами інформації (не слід плутати з джерелами доказів) можуть бути: 1) технічні пристрої для зняття інформації з каналів зв'язку та для прослуховування переговорів, 2) особи, які виконують спеціальне завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи, а також 3) особи, які є членами організованої групи, але в період оперативно-розшукової діяльності, досудового слідства чи судового розгляду активно сприяють викриттю організованої групи, розкриттю вчиненого такою групою чи її учасником злочину, при-

¹ Шепітько В.Ю. Криміналістика: Курс лекцій. - Харьков, 2003. - С. 337-338. Аналіз слідчої та судової практики дозволяє зробити висновок, що саме ознаки організованості злочинної діяльності не завжди доказуються під час прийняття остаточного рішення у справі. Див. Деякі питання провадження у справах про злочини, вчинені організованими злочинними угрупованнями // Вісник Верховного Суду України. - 2001. - № 1. - С. 30-38.

порядку»¹. А тому та обставина, що в Україні, як і в багатьох країнах світу, здійснюється відхід від класичного реагування держави на злочин, центральними елементами якого є кримінальне переслідування і покарання, свідчить про своєчасність і необхідність розвитку й інших форм реагування держави на злочин, яке полягає у звільненні особи від кримінальної відповідальності. За будь-якого іншого підходу, на думку Л.В.Головка, ми б просто відстали в своєму кримінально-правовому розвитку на ціле століття².

Відповідні тенденції не могли не торкнутися і законодавства інших країн, зокрема пострадянських. Так, однією з найпоширеніших у законодавстві країн СНД підстав звільнення від кримінальної відповідальності є надання винною особою допомоги у розкритті злочинної діяльності організованих груп, злочинних організацій тощо (ст. 208-1 КПК Латвії, ст. 15-1 КК Литви, ст. 65 КК Казахстану тощо).

Більшості країн СНД властива наявність також законодавче закріплених загальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності, подібних до вітчизняних (що не є дивним, враховуючи їх спільну історію виникнення і вдосконалення). Зокрема, такими підставами є: звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітніх із застосуванням примусових заходів виправного характеру, дійове каяття, примирення із потерпілим, зміна обстановки, закінчення строків давності, амністія, помилування (ст. 82-96 КК Білорусії, ст. 53-56 КК Молдови, ст. 68-71 КК Грузії, ст. 72-75, 81-82 КК Азербайджанської Республіки, ст. 64-68 КК Республіки Узбекистан, ст. 65-67, 74-75 КК Киргизької Республіки, ст. 65-69, 76 КК Республіки Казахстан, ст. 72-75, 89 КК Республіки Таджикистан, ст. 56-58 Кримінального Закону Латвії тощо). При цьому, наприклад, КК Білорусії та КК Молдови містять деякі підстави звільнення від кримінальної відповідальності, невідомі чинному КК України: притягнення особи до адміністративної відповідальності та умовне звільнення (п. b та f ст. 53 КК Республіки Молдова, ст. 86 КК Республіки Білорусь (звільнення з притягненням до адміністративної відповідальності). Інакше вирішується питання про види звільнення від кримінальної відповідальності за КК Естонської Республіки. Так, звільнення від відповідальності згадується лише у випадку

(т. зв. дискреційні повноваження)¹.

Диспозитивність інтересу, тісно пов'язана з його об'єктивністю і нормативністю, ставить межу «абсолютній волі» і законодавця, і свого носія, але одночасно піднімає значення і соціальну відповідальність особи за вибір, ціннісного змісту того або іншого інтересу².

Аналіз диспозитивності у процесуальній діяльності дозволяє говорити про її гносеологічну та онтологічну природу.

Перша полягає у диференціації матеріальної та формальної диспозитивності.

Матеріальна диспозитивність полягає у праві суб'єкта процесу розпоряджатися правовими вимогами і виражається в правових діях суб'єктивно заінтересованої особи, які тягнуть:

- порушення справи;
- зміну матеріальних вимог у справі (стосовно кримінального судочинства – зміни обвинувачення);
- закриття справи (в тому числі внаслідок укладання мирової угоди).

Формальна диспозитивність — це свобода вибору і здійснення процесуальних засобів захисту³, яка виявляється у діях учасника процесу з

- зупинення провадження справи;
- оскарження дій процесуальних органів;
- відмови від захисника чи представника;
- надання доказів у справі та доказування обставин, що входять в предмет доказування⁴, та вчинені інших дій.

Онтологічна сутність принципу диспозитивності полягає у нерозривній єдності двох складових: свободи вибору варіанту отримання захисту порушеного права і свободи розсуду сторони у виборі варіантів поведінки у процесі захисту права.

Свобода вибору варіанту отримання захисту порушеного суб'єктивного права або охоронюваного законом інтересу включає в себе:

- можливість вибору форми захисту;
- можливість визначення юрисдикційного органу, який буде вирішувати спір згідно з правилом про особливі види підсудності.

¹ Див.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 2. Учение о наказании / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. - М.: Зерцало, 1999. - С. 156-157.

² Головка Л. В. Освобождение от уголовной ответственности и освобождение от уголовного преследования: соотношение понятий // Государство и право. - 2000. - № 6. - С. 41-51.

¹ Наприклад, ст. 299 КПК України передбачає повноваження суду з визначення порядку дослідження доказів у судовому слідстві.

² Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, 1990. - С. 30.

³ Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. - М., 2002. - С. 24.

⁴ В цій частині диспозитивність процесу перетинається з його змагальністю.

Свобода розсуду сторони у виборі варіантів поведінки в процесі захисту права розуміється як правова можливість самостійно визначати стратегію, тактику, за власним розсудом розподіляти процесуальні ресурси, проявляти активність або усунутися від процесу розгляду та вирішення справи, а також від перевірки правомірності судового рішення.

Невід'ємна частина цієї свободи – свобода в межах чинного процесуального регламенту ініціювати ту чи іншу процедуру із числа передбачених законом зі всіма особливостями, процесуальними гарантіями, свобода, заснована на праві вибору однієї з декількох судових процедур¹.

Як правило, положення диспозитивності найбільш повно проявляються у провадженнях у справах приватного обвинувачення та при розгляді судом цивільного позову у кримінальній справі.

Незважаючи на існування досить багатьох визначень принципу диспозитивності, найбільш повним бачиться визначення, запропоноване Л. М. Лобойком, який розглядає цей принцип як правове положення, згідно з яким суб'єктам кримінального процесу надається і забезпечується можливість вільно в межах закону обирати способи поведінки для захисту своїх кримінально-правових і процесуальних прав, а також впливати на хід і результати кримінально-процесуальної діяльності, головним призначенням якого є забезпечення гнучкості та повноти захисту заінтересованими суб'єктами процесу своїх прав, а також стимулювання їх активності у захисту цих прав².

Будь-який принцип має внутрішню будову. Як вже відзначалося в цивільному процесі набуло поширення горизонтальне структурування принципу диспозитивності на елементи матеріальні та формальні.

На думку Л. М. Лобойка принцип диспозитивності структурно складається з двох підпорядкованих один одному рівнів (тобто має місце вертикальна структурованість елементів): 1) правове положення, згідно з яким заінтересовані суб'єкти процесу наділяються свободою в розпорядженні своїми правами; 2) усі інші правові положення, що з нього випливають, як: а) обов'язок прокурора, слідчого і особи, яка провадить дізнання, роз'яснити особам, що беруть участь у справі, їхні права; б) обов'язок прокурора, слідчого і особи, яка провадить дізнання, забезпечити особам, що беруть участь у справі, можливість

винувачем, що погашає публічний позов (наприклад, шляхом сплати певного штрафу на користь держави).

Французькому кримінальному праву властиве й явище медіації, а також діє інститут «умовної відмови у порушенні кримінальної справи» (*classment sans sous condition*)¹, зміст якого полягає у відмові компетентних органів держави застосовувати кримінальне переслідування особи, яка погодилася виконати певні обов'язки: загладити вину, компенсувати збитки, публічно попросити вибачення тощо.

Названі інститути (угоди про визнання, попередження, відмова від кримінального переслідування, медіація, трансакція) тією чи іншою мірою та в дещо видозмінених формах притаманні й іншим країнам з розвинутою демократією — зокрема, Німеччині, Італії, Іспанії, країнам Скандинавії та ін.

Така тенденція, як справедливо зазначає Л.В.Головко, є свідченням втілення у сучасному кримінальному та кримінально-процесуальному законодавстві принципів доцільності кримінального переслідування та економії кримінальної репресії. Ці альтернативи кримінальному переслідуванню об'єднує свого роду «реститутивний елемент», тобто намагання нейтралізувати негативні наслідки злочину поза кримінальним переслідуванням, на досудових стадіях.

Однією з таких альтернатив є звільнення особи, яка вчинила злочин, від кримінальної відповідальності за цей злочин. Саме тому КК 2001 року передбачає випадки, коли за певних умов держава в особі відповідного суду відмовляється від реалізації свого виключного права подальшого провадження кримінального переслідування осіб, що вчинили відповідні злочини, і звільняє їх від кримінальної відповідальності, а тому, закономірно, і від покарання.

Індивідуальний підхід до застосування відповідних норм про звільнення від кримінальної відповідальності і покарання не лише не перешкоджає охороні правопорядку від злочинних посягань, а, навпаки, сприяє успішному здійсненню протидії злочинності, і, як багато хто вважає, здатний досягти цілей покарання без його реального застосування.

Як справедливо вказує Л.В. Головка, «концепція, яка розвивається в рамках матеріально-правового інституту звільнення від кримінальної відповідальності, необхідна з точки зору кримінальної політики, й її існування неминуче для будь-якого розвинутого сучасного право-

¹ Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. - М., 2002. - С. 37-38.

² Лобойко Л.М. Принцип диспозитивності у кримінальному процесі України: Монографія. - Д., 2004. - С. 9.

¹ Там само.-С. 105.

ракти вузькодержавний і в цьому змісті обслуговувала, у першу чергу, корпоративний інтерес політико-економічних еліт.

В сучасному судочинстві виділяють декілька аспектів зміни „знаку» публічності і посилення диспозитивних засад:

- 1) поширення інституту доцільності кримінального переслідування¹;
- 2) введення медіаційних процедур;
- 3) поширення договірного правосуддя (угод у кримінальному судочинстві щодо визнання вини чи спрощення провадження).

Першим наслідком цього є перехід при порушенні кримінального переслідування і підтриманні обвинувачення державними правоохоронними органами від принципу офіційності (обов'язковості публічного переслідування в кожному випадку вчинення кримінально карного діяння) до принципу суспільної доцільності. Публічний орган в силу принципу доцільності не зобов'язаний порушувати переслідування правопорушника, якщо вважає, що це суперечить суспільним інтересам. Разом з тим суспільна доцільність не повинна протиставлятися принципів здійснення правосуддя тільки судом. При змагальній доктрині звільнення правопорушника від відповідальності самим обвинувачем не повинно волокти для нього жодного з тих наслідків, що настають по вироку суду.

По-друге, наприклад, законодавство Англії передбачає інститут медіації², основною ідеєю якої є те, що конфліктуючі сторони — порушник закону і потерпілий, з дозволу уповноважених державних органів, намагаються вирішити свій конфлікт поза рамками кримінальної юстиції за допомогою третіх осіб. Медіаційні процедури розпочали застосовувати і в кримінальному судочинстві України та Росії³.

По-третє, у Великобританії застосовуються «угоди про визнання» — визнання обвинуваченим своєї вини і, як наслідок, спрощене провадження у справі та можливість певних пільг при призначенні покарання⁴.

Властиве сучасному праву Франції, і дуже поширене в Бельгії та Нідерландах, явище «транзакції» — угоди між обвинуваченим і об-

реалізації їхніх прав; в) забезпечена законом можливість заінтересованих суб'єктів кримінального процесу активно впливати на його рух і результати; г) право на оскарження заінтересованими суб'єктами кримінального процесу дій і рішень органів, які його ведуть¹. Вважаємо, що друга група елементів структури принципу диспозитивності має природу процесуальних гарантій здійснення (реалізації) першої групи елементів цього принципу.

Однак, у вказаній структурі Л. М. Лобойко не розглядає можливість існування горизонтальних елементів, які детерміновані правовою природою прав та здійснюються учасниками процесу. А тому необхідно поширити висновки з цивільного процесуального права про існування матеріальної і процесуальної диспозитивності на кримінально-процесуальну диспозитивність.

Цей висновок має важливе значення, так як і процесуальна диспозитивність реалізується у всіх видах кримінального провадження, матеріальна — реалізується не лише в частині проваджень, пов'язаних з приватним обвинуваченням (справи т. зв. приватного, приватно-публічного і публічно-приватного обвинувачення), але й у провадженнях публічного обвинувачення (наприклад, коли прокурор відмовляється від обвинувачення, здійснюється потерпілим, або ж коли прокурор змінює попереднє обвинувачення також здійснює потерпілий, то у потерпілого з'являється право вибору щодо подальшого здійснення обвинувачення підсудного).

Крім того, Л. М. Лобойко вважає, що у кримінальному процесі розпорядження сторін своїми правами проявляється в чотирьох основних аспектах: 1) у праві на ініціювання кримінального процесу шляхом надання інформації про вчинений злочин суду, прокурору, слідчому, органам дізнання (розповсюджується на всі справи, в тому числі і на справи публічного і приватно-публічного обвинувачення); 2) у праві розпоряджатися своїми матеріально-правовими вимогами (стосується справ приватного обвинувачення); 3) у праві розпоряджатися своїми процесуальними правами (заявляти клопотання, відводи, оскаржувати дії і рішення посадових осіб і органів, які ведуть процес); 4) у праві розпоряджатися доказовим матеріалом (розповсюджує дію на всі кримінальні справи).

Однак, не з усіма цими висновками, щодо аспектів розпорядження сторін кримінального судочинства своїми правами, можна погодитися.

¹ Лобойко Л.М. Принцип диспозитивності у кримінальному процесі України: Монографія. - Д., 2004. - С. - 9.

¹ Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія. - К.: Атака, 2004. - 296 с.

² Див.: Головка Л. В. Альтернативи уголовному преследованию в современном праве. - СПб., 2002. - С. 58-59.

³ Див.: Маляренко В.Т., Войтюк І.А. Відновлювальне правосуддя: можливості провадження в Україні // Бюлетень Міністерства юстиції України. - 2004. - № 8. - С. 34-63. - С. 55-60.

⁴ Слід зазначити, що не всі криміналісти відносять «угоди про визнання» до альтернативних заходів реагування на злочин.

По-перше, застосування терміну „сторони кримінального процесу» наводить на висновок, що вказані аспекти стосуються лише судових стадій кримінального процесу, тому що саме до цих етапів провадження у справі законодавець застосовує вказаний термін (ст. ст. 16-1, 261 КПК України), тоді як диспозитивність реалізується у всіх стадіях процесу¹.

Крім того, застосування терміну „сторони» при розгляді питання про розпорядження правами, як прояву диспозитивності, є не досить коректним. Так, аналіз ст. ст. 16-1, 261 КПК України дозволяє зробити висновок, що до сторін відносяться не лише учасники процесу, тобто особи які мають та захищають у справі власний або представляють інтерес інших осіб, але й органи та особи, які представляють публічну владу, а тому на діяльність останніх в частині розпорядження ними своїми правами принцип диспозитивності не поширюється. Свої дії вони організовують відповідно до вимог принципу публічності (офіційності), а якщо кримінальний або процесуальний закон надає їм свободу розпорядження своїми процесуальними правами або матеріальними вимогами (обвинуваченням), то це не є проявом диспозитивності, а є дискреційними повноваженнями. Так, наділення процесуальних органів правом діяти за власним розсудом обмежено прийняттям рішення у захист публічних інтересів і в літературі визначається, як вже зазначалося (див. підрозділ 1.1), як дискреційні повноваження державних органів і посадових осіб.

По-друге, право розпоряджатися своїми матеріально-правовими вимогами необґрунтовано обмежується лише справами приватного обвинувачення. Так, в літературі виказана ідея про те, що з запровадженням у 2001 р. інституту звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності за його примиренням з потерпілим (ст. 46 КК України²) в кримінальному процесі виділяються також справи публі-

В абзаці другому п. 7 проекту постанови, зважаючи на положення ст. 10 Закону України „Про адвокатуру» та практику Європейського Суду з прав людини (зокрема у справі „Німітц проти Німеччини») слід однозначно вказати на недопустимість ознайомлення та вилучення під час обшуку адвоката, його житла та іншого володіння документів, що становлять адвокатську таємницю без згоди цього адвоката¹.

Щодо абзацу другого п. 9 проекту постанови слід погодитися з його основною редакцією, так як прокурорський нагляд є не лише додатковим засобом захисту прав людини в Україні, але й засобом попередження надходження до суду подань, що не відповідають вимогам закону, а тому є фактором, що має знизити навантаження суду в частині судового контролю.

Щодо абзацу шостого п. 11 проекту постанови слід погодитися з його основною редакцією, так як розширення кола осіб, які присутні під час розгляду подання про проведення оперативно-розшукових заходів, або окремих слідчих дій, може поставити під загрозу ефективність виконання відповідного рішення судді. З іншого боку відмова від ведення протоколу судового засідання вимагає досить повного викладення обставин розгляду відповідного подання у постанові судді про проведення відповідної дії або відмову у проведенні.

2.3. Альтернативні процесуальні форми судочинства як засіб узгодження конфліктних інтересів

Узгодити протилежні інтереси в кримінальному процесі – значить зняти протиріччя між ними або знайти спільний знаменник, взаємовигідну уступку в своїх інтересах, що свідчить про закінчення комбатантних або конфліктних процесуальних відносин. Нонкомбатантність відносин насамперед виявляється в зміні «знаку» публічності процесу, що більше не асоціюється з верховенством одного лише державного інтересу. Вона перестає бути офіційністю, тобто історично успадкованою ще від побудови процесу за розшуковим (інквізиційним) типом вимогою вести справу лише з обов'язку служби (ex officio), не зважаючи на інтереси громадян — учасників процесу. Публічність відтепер — на службі всього громадянського суспільства, на відміну від публічно-позовного судочинства, де вона мала ха-

¹ Так, в стадії порушення кримінальної справи, заявник, на підставі ст. 63 Конституції України вправі відмовитися давати пояснення щодо себе, в стадії дізнання і досудового слідства обвинувачений може відмовитися від захисника і здійснювати захист самостійно, в стадії виконання вироку засуджених - громадянин іноземної держави відповідно до ст. 10 КК України і Конвенції про передачу засуджених осіб 1983 р. може заявити клопотання про передачу для відбування покарання у державу свого громадянства, під час перевірки рішення судом апеляційної або касаційної інстанцій апелянт або касатор можуть відмовитися від підтримання апеляції або касаційної скарги (подання). Всі ці права є диспозитивними правами.

² Відомості Верховної Ради (ВВР). - 2001. - № 25-26. - ст.131.

¹ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі „Німітц проти Німеччини” Цит. по кн.: Шевчук С. Порівняльне прецедент не право з прав людини. - К, 2002. - С. 253

об'єктами, що належать особі на праві власності або на підставі договорів найму (оренди) та вступає в протиріччя з практикою Європейського Суду з прав людини, який, зокрема, поняття „житло” тлумачить розширено, розуміючи під ним і місце роботи особи. Так, Суд визнав, що особа може обґрунтовано розраховувати на забезпечення недоторканності місць поза житлом, включаючи приміщення, що використовуються з комерційною метою, що вказує на суб'єктивний, а не об'єктивний підхід Суду до визначення кола об'єктів, що користуються статусом „житла».

Крім того, у рішенні у справі „Клас та інші проти Німеччини» Європейський Суд з прав людини щодо вимог до закону, яким встановлюється порядок прослуховування телефонних розмов, визначив, що цей закон має вказувати а) список злочинів, вчинення яких може призвести до прослуховування; б) обмеження випадками, якщо існують фактичні підстави підозрювати особу у вчиненні тяжкого злочину уже виявлені іншими засобами¹.

У зв'язку з тим, що ч. 9 ст. 9 Закону України „Про оперативно-розшукову діяльність» передбачає винятковий і тимчасовий характер обмежень конституційних прав і свобод і можливість їх застосування лише за рішенням суду щодо особи, в діях якої є ознаки тяжкого або особливо тяжкого злочину, бачиться що і виїмка кореспонденції в установах зв'язку, а також зняття інформації з каналів зв'язку як слідчі дії (ст. 189) можуть проводитися лише у справах по вказаних видах злочинів.

Тому пропонується пункт 5 проекту постанови доповнити абзацом четвертим наступного змісту:

„Негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації (ч. 2 ст. 8 Закону України „Про оперативно-розшукову діяльність»), виїмка кореспонденції в установах зв'язку, а також зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 189 КПК) можуть застосовуватись лише за рішенням суду щодо особи, в діях якої є ознаки тяжкого або особливо тяжкого злочину».

В абзаці п'ятому п. 6 проекту постанови необхідно уточнити, що вказані дії проводяться лише за постановою суду.

¹ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі „Клас та інші проти Німеччини», // Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі. - 2002. - № 4. - С. 113-114.

чно-приватного обвинувачення, що порушуються як справи публічного обвинувачення, а закриваються як справи приватного обвинувачення¹. Це дозволяє зробити висновок, що в цьому виді кримінальних справ потерпілий активно розпоряджається своїми матеріально-правовими вимогами.

Усі принципи кримінального процесу тісно пов'язані між собою, постійно взаємодіють один з одним, зберігаючи при цьому свою власну цінність для побудови і ходу процесу. Неможливо розділити принципи на основні і другорядні, вони всі важливі й обов'язкові для виконання. Знаходячись у тісній взаємодії, жоден з них не суперечить і не перешкоджає виконанню або дотриманню інших, за рідкісним винятком, прямо обговореним у чинному законодавстві. Здійснення положень одних принципів обумовлює необхідність виконання положень принципів інших і, відповідно, порушення одних тягне порушення інших.

Порушення одних принципів на стадіях кримінального процесу, що передують стадії судового розгляду, можуть вплинути, як на сам хід судового розгляду, так і на його результати.

Відомі випадки в судовій практиці, коли через порушення принципу забезпечення обвинуваченому права на захист у стадії досудового (досудового) слідства, залишеного без належного реагування судом першої інстанції, що винесли вирок у справі, а також судом касаційної інстанції при розгляді касаційної скарги, при провадженні справи в порядку нагляду вирок суду був скасований і справа спрямована на додаткове розслідування.

Так, вироком Луцького районного суду громадянин Г. був засуджений по ч. 1 ст. 101 КК України (навмисне тяжке тілесне ушкодження). Він був визнаний винним в тому, що, знаходячись у стані алкогольного сп'яніння, він під час сварки і бійки заподіяв кухонним ножом тяжкі тілесні ушкодження потерпілому К. ухвалою судової колегії у кримінальних справах Волинського обласного суду вирок залишений без змін. Голова Верховного Суду України поставив у протесті питання про скасування вироку і про направлення справи на нове розслідування в зв'язку з порушенням права Г. на захист. У справі не була виконана вимога ст. 45 КПК України, відповідно до якої участь захисника в справі є обов'язковою з моменту пред'явлення обвинувачення, якщо обвинувачуваний внаслідок своїх психічних недоліків не може здійс-

¹ Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України: Навч. посібник для студентів юрид. спеціальностей вищих закладів освіти / за ред. Ю.М. Грошевого. - Харків, 2002. - С. 36.

нювати своє право на захист. Відповідно до наявної у справі довідки з обласної психіатричної лікарні, Г. має захворювання олігофренією в ступені легкої дебільності.

Судова колегія по кримінальних справах Верховного Суду України своєю ухвалою від 26 жовтня 1986 року протест задовольнила і скасувала вирок районного суду, направивши справу на нове розслідування¹. З цього прикладу видно, як порушення одного принципу кримінального процесу на стадії досудового слідства спричинило за собою скасування рішень, прийнятих слідчим і прокурором у стадії досудового слідства, судом або суддею в стадії попереднього розгляду справи суддею, а також судом у стадіях судового розгляду кримінальної справи в суді першої інстанції і провадження справи в суді касаційної інстанції.

Про зв'язок принципів публічності і диспозитивності з іншими принципами кримінального процесу вже згадувалося, проте вважаємо за необхідно зупинитися на розмежуванні досліджуваних принципів з іншими засадами судочинства.

Так, розглядається правильна точка зору про недопустимість отождоження принципу публічності з принципом законності². Зміст публічності охоплює дію принципу законності, у зв'язку з чим обов'язки посадових осіб органів розслідування, прокуратури та суду, покладені на них на підставі закону, в суворій відповідності з ним, і ніякої різниці між обов'язком вести провадження у справі „в силу обов'язку служби» і „в силу закону» немає і не може бути³.

Крім того, процесуальний принцип публічності виходить за межі зв'язку з матеріально-правовим принципом невідворотності відповідальності⁴, і полягає не стільки в обов'язку порушити провадження у кримінальній справі, а в особливому положенні діяльності процесуальних органів, зобов'язаних діяти від імені держави, суспільства та в їх інтересах.

¹ Практика судів України в кримінальних справах // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. - 1993. - №3. - С.231-232.

² Див.: Полянский Н.Н., Строгович М.С., Савицкий В.М., Мельников А.А., Проблемы судебного права. - С. 170-180; Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. - СПб., 2001. - С. 118.

³ Див.: Якуб М.Л. Демократические основы советского уголовно-процессуального права. - М., 1960. - С. 42.

⁴ Особливо чітко це проявляється у випадках звільнення особи від кримінальної відповідальності, коли на суд на підставі ст.ст. 44, 45, 49 КК України покладено обов'язок прийняти рішення про закриття провадження у справі, не зважаючи на наявність доказів винуватості особи у вчиненні злочину.

судді місцевого суду, а заходів другої групи – на підставі постанови голови апеляційного суду області або його заступника. Тим більше, що такий висновок ґрунтується і на попередній редакції вказаного Закону, коли заходи другої групи проводилися з санкції Генерального прокурора або прокурора області, а також на чинних таємних листах Голови Верховного Суду України.

Зважаючи на те, що ст. 8 Конвенції передбачає можливість обмеження права на повагу приватного життя лише на підставі закону, а до останнього встановлюються вимоги доступності (таємні листи Голови Верховного Суду України не є такими), передбачуваності та якості (а Закон України „Про оперативно-розшукову діяльність не встановлює ні процедуру, ні вид суду, що приймають рішення про проведення окремих оперативно-розшукових заходів) було б правильним викласти ці питання у цій постанові Пленуму, доповнивши п. 2 абзацом четвертим наступного змісту:

„Подання про витребування документів та даних, що характеризують діяльність підприємств, установ, організацій, а також спосіб життя окремих осіб, підозрюваних у підготовці або вчиненні злочину, джерело та розміри їх доходів (п. 4 ч. 1 ст. 8 Закону) повинні розглядатися суддею місцевого суду за місцезнаходженням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника, у зв'язку з чим на постанову судді про відмову у витребуванні документів та даних може бути подано прокурором апеляцію у порядку, передбаченому ст. ст. 97, 177 КПК України. Подання про негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації (ч. 2 ст. 8 Закону) повинні розглядатися головою апеляційного суду області або його заступником, їх постанова оскарженню не підлягає, на неї не може бути внесено подання прокурора».

В п. 2 проекту постанови слід також врахувати, що відповідно до ч. 5 ст. 14-1 КПК прослуховування телефонних та інших розмов, розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, здійснюється з письмового дозволу власника такої інформації або за рішенням суду, крім випадків, передбачених Законом України „Про боротьбу з тероризмом».

Вважаємо, що абзац третій п. 4 проекту постанови необґрунтовано обмежує перелік об'єктів зі статусом „іншого володіння особи» лише

закону застосовуватися відповідні положення КПК України.

Закон України „Про оперативно-розшукову діяльність» передбачає дві різні за своїм характером групи оперативно-розшукових заходів, проведення яких вимагає попереднього дозволу суду:

а) витребування документів та даних, що характеризують діяльність підприємств, установ, організацій, а також спосіб життя окремих осіб, підозрюваних у підготовці або вчиненні злочину, джерело та розміри їх доходів, із залишенням копій таких документів та опису вилучених документів особам, в яких вони витребувані, та забезпеченням їх збереження і повернення у встановленому порядку (п. 4 ч. 1 ст. 8 Закону);

б) негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації (ч. 2 ст. 8 Закону).

Так, якщо проведення першої групи заходів є для особи (фізичної або юридичної) очевидним, одноразовим, і фактично одномоментним, і ця особа не позбавлена можливості використання передбачених законом засобів захисту обмеженого права, то щодо другої групи заходів не лише прийняття рішення суду про їх проведення, але й саме їх проведення має таємний характер, чинним законодавством навіть не передбачено обов'язок органів, що здійснюють ОРД, повідомляти особу про застосування цих заходів після того, як вони були проведені, що вже є порушенням ст. 8 Конвенції. Так, у п. 36 рішення у справі „Клас та інші проти Німеччини» Європейський Суд з прав людини вказав, що „коли негласне спостереження таємних сторін життя державними органами залишається невідомим підконтрольним особам і результат такого спостереження залишається неоспорюваним, стаття 8 може бути у більшій мірі [державою] проігнорована. Суд знаходить це недопустимим, коли гарантія поважання права, яке гарантується відповідно до Конвенції могла б, таким чином, знищена простим фактом того, що зацікавлена особа залишається не повідомленою про обмеження її прав»).

Крім того, за своїм характером оперативно-розшукові заходи першої групи є близькими до обшуку, а заходи другої групи – до зняття інформації за каналів зв'язку.

Це, дозволяє прийти до висновку, що проведення оперативно-розшукових заходів першої групи можливе на підставі постанови

В іноземному процесуальному праві принцип публічності називається принципом офіційності, основним змістом якого є ведення слідчим, прокурором і суддею кримінального процесу в силу своїх судових повноважень, за вимогами служби (*ex officio*), а тому існує їх не пов'язаність з позицією сторони у справі, і виокремлюються принципи законності (*legalite des poursuites*, *legalitätsprinzip*) та доцільності (або „зручності» – *opportunitätsprinzip*; *opportunité des poursuites*) порушення кримінального переслідування¹. Відповідно до двох останніх принципів у компетентного органа при встановленні ознак злочину є право вибору (порушувати чи не порушувати кримінальне переслідування), відповідно до встановлених критеріїв „публічного інтересу» (діє положення доцільності), в іншому – такого права нема, а є лише обов'язок порушити кримінальне переслідування (діє положення законності порушення справи)².

Так, принцип офіційності в теорії кримінально-процесуального права ФРН означає дію органів прокуратури, суду та поліції за обов'язком служби незалежно від розсуду інших учасників процесу; принцип законності (*Das Legalitätsprinzip*: § 152 StPO) полягає в тому, що прокуратура зобов'язана, за наявності достатніх фактичних підстав, порушити кримінальну справу, якщо законом не передбачено інше. Цей принцип поширюється не лише на прокурора, але й на суддів і поліцію³.

Ознайомлення з процесуальною літературою навіть останнього часу свідчить про неоднозначне ставлення до диспозитивності як принципу кримінального процесу⁴, у зв'язку з цим виникає питання про його співвідношення з принципом публічності.

Існують дві точки зору щодо співвідношення публічності і диспози-

¹ Строгович М.С. Уголовный процесс. - М., 1946. - С. 73; Головки Л.В. Принципы неотвратимости ответственности и публичности в современном российском уголовном праве и процессе // Государство и право. - 1999. - № 3. - С. 61-68. - С. 65; Шестакова С.Д. Публичность, диспозитивность и дискреционность в уголовном процессе России и США: сравнительный анализ // Следователь. - 2002. - № 11. - С. 35-36.

² Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. - СПб., 2002. - С. 28;

³ Див.: Michael Georg Müller. Strafprozeßrecht. Ratgeber für Rechtsreferendare zur Vorbereitung auf die zweite juristische Staatsprüfung unter besonderer Berücksichtigung der saarländischen Praxis. Staatsanwalt, Saarbrücken 1994-2000. Überarbeitung vom 31. Mai 2000; Eisenberg/Conen, Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum NJW 1998, 2241

⁴ Кримінальний процес України: Підручник / Коваленко Є.Г., Маляренко В.Т. - К., 2004. - С. 49-50.

тивності зі змагальністю процесу¹:

1. Публічність відповідає розшуку (інквізиційності), а диспозитивність – змагальності процесу, тому що розшукова форма кримінального судочинства в ході історичного процесу змінила змагальну у зв'язку з чим посилилась публічна засада процесу².

2. Форма кримінального процесу індіферентна до його публічних або диспозитивних засад³.

Бачиться, що більш правильною є остання точка зору, так як побудова змагального кримінального процесу можлива і на підставі принципу публічності (а континентальний процес переважно був саме таким на досудових стадіях). Однак, як справедливо відзначає І. С. Дікар'єв, в тих випадках, коли як обвинуваченою виступає приватна особа, місце публічності в кримінальному процесі займає матеріальна диспозитивність, яка дозволяє потерпілому розпоряджатися предметом кримінального процесу, рухаючи тим самим справою, у зв'язку з чим диспозитивність виступає засобом здійснення змагальності⁴.

Для вирішення питання про співвідношення публічності і диспозитивності необхідно встановити, що є детермінантною вказаних правових явищ.

1.3. Інтерес як детермінанта публічності та диспозитивності: природа, поняття і види

Численні визначення поняття кримінального процесу вказують на спрямованість останнього, як різновиду правової діяльності, на вирішення кримінальних справ, тобто юридичного спору, що виникає між державою та особою, яка притягується до кримінальної відповідальності, у зв'язку з обвинуваченням її у вчиненні злочину (крім іншого, спір в кримінальному процесі існує і між іншими його суб'єктами: потерпілим, цивільним позивачем і відповідачем тощо)⁵.

¹ Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. - СПб., 2001. - С. 117.

² Фойницкий И.Я. курс уголовного судопроизводства. - Т. 1. Изд. 3-е. СПб., 1902. - С. 19-21.

³ Мещеряков Ю.В. Формы уголовного судопроизводства. - С. 52.

⁴ Крім того, більш вагомі успіхи у розмежуванні диспозитивності і змагальності процесу були досягнуті в цивільній процесуальній науці, дослідники якої до царини змагальності відносять лише розпорядження доказовим матеріалом.

⁵ Уголовный процесс // Под ред. М. А. Чельцова. М., 1969. - С. 10; Советский уголовный процесс // Под ред. М. И. Бажанова, Ю. М. Грошевого. Киев, 1983. - С. 12; Уголовный процесс // Под ред. К. Ф. Гуценко. М., 1998; Уголовно-

необхідні умови для всебічного і повного дослідження обставин справи: роз'яснюють особам, які беруть участь у справі, їх права і обов'язки, попереджують про наслідки вчинення або не вчинення процесуальних дій і сприяють здійсненню їх прав у випадках, передбачених цим Кодексом».

Крім того, зважаючи на значний рівень правообмеження, який містить у собі кримінальне судочинство доцільним є розгляд питання про захист приватних інтересів осіб, які приймають участь у судочинстві.

Так, на розгляді Пленуму Верховного Суду України знаходиться проект постанови „Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на обмеження окремих конституційних прав громадян на стадіях дізнання і досудового слідства». На наш погляд, вказаний проект має ряд недоліків, які можуть у випадку їх не виправлення негативно позначитися на стані судових рішень з цих питань.

Так, у п. 1 проекту постанови міститься посилання на ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 р. Разом з тим, як свідчить аналіз проекту постанови практика Європейського Суду з прав людини в частині, що стосується цієї статті Конвенції, в проекті постанови при роз'ясненні норм КПК України не врахована, що в деяких випадках протиставило положення проекту постанови рішенням Європейського Суду з прав людини (далі буде вказано).

Абзац другий п. 2 проекту постанови слід доповнити наступними положеннями: „5) виїмку документів, що становлять державну та/або банківську таємницю (ч. 3 ст. 178); 6) поміщення обвинуваченого у відповідний медичний заклад у випадку необхідності тривалого спостереження за ним або дослідження його при проведенні судово-медичної або судово-психіатричної експертизи виникає необхідність тривалого спостереження за обвинуваченим або дослідження його (ч. 1 ст. 205), 7) накладення арешту на владі фізичних і юридичних осіб».

З абзацу третього п. 2 проекту постанови слід виключити однозначне положення щодо можливості принесення апеляції на рішення суду щодо проведення оперативно-розшукових заходів.

Так, Закон України № 2135 „Про оперативно-розшукову діяльність» від 18.02.92 р. не містить положення щодо процедури отримання дозволу суду на проведення певних оперативно-розшукових дій, а тому у випадку, коли такі дії проводяться у зв'язку з перевіркою заяв про вчинений злочин (ст. 97) або у зв'язку з розслідуванням кримінальної справи (ст. 104) до цієї процедури повинні по аналогії

дання і учасникам процесу повноважень зі збирання доказів. Так, у США та Великій Британії діяльністю зі збирання доказів займаються переважно не сам обвинувачений або потерпілий, а їх захисники та представники — професійні юристи, що забезпечує належну якість отримуваних доказів. Тим більше, щ відповідно до процесуального законодавства вказаних держав отримані адвокатами фактичні дані набувають процесуального значення доказів лише після їх закріплення перед судом.

Для вітчизняного кримінального судочинства частка справ з участю професійних захисників є незначною (а з врахуванням п. 5 постанови Пленуму Верховної Суду України № 8 від 24 жовтня 2003 р. «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» — буде зменшуватися), ще меншою є частка справ з участю професійних представників потерпілих.

Аналіз норм КПК України дозволяє зробити висновок про існування двох правозабезпечувальних обов'язків, що витікають з принципу публічності: а) обов'язку владних органів з охорони прав і законних інтересів осіб, які приймають участь у кримінальному процесі; б) обов'язку владних органів створити умови для реалізації особами, які приймають участь у кримінальному процесі, своїх процесуальних прав, які можуть реалізовуватися у різних процесуальних формах.

Виходячи з зазначеного, пропонуємо закріпити в новому КПК України наступне визначення принципу публічності в кримінальному судочинстві.

«Стаття ____. Принцип публічності

Суд, суддя, прокурор, слідчий, орган дізнання, особа яка проводить дізнання, у межах своїх повноважень, незалежно від волевиявлення окремих фізичних чи юридичних осіб (за винятком справ приватного, приватно-публічного провадження) зобов'язані розпочати провадження у справі за кожним випадком виявлення ознак злочину і вжити передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, захисту і реалізації прав і законних інтересів потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, інших учасників процесу, захисту інтересів суспільства і держави, зокрема за наявності встановлених законом підстав вчинити всі необхідні процесуальні дії та прийняти процесуальні рішення для виконання завдань кримінального судочинства.

Суд, суддя, прокурор, слідчий, орган дізнання, особа яка проводить дізнання, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створюють

Ще М. В. Духовський визначав кримінальний процес як «діяльність державних або суспільних органів, спрямовану на розкриття вчиненого кримінального злочину і до з'ясування, які заходи повинні бути прийняті для задоволення порушених ним інтересів потерпілого і для законної відповідальності винного»¹. Дореволюційний процесуаліст І. Я. Фойницький вказував, що „влада провадження кримінальних справ для покарання винних є кримінально-судова влада або кримінальне судочинство в суб'єктивному змісті. Система правил, якими визначається таке провадження, утворить судово-кримінальне право, або кримінальне судочинство в об'єктивному змісті. Ці правила в кожній країні встановлюються законами й звичаями, із сукупності яких складається її кримінально-процесуальне законодавство»². «Кримінальний процес, являючи собою порядок здійснення судом правосуддя по кримінальним справам, у той же час містить у собі й розслідування кримінальних справ органами слідства, дізнання і прокуратурою зміст кримінального процесу становить діяльність органів розслідування, прокуратури й суду, які виконують свої обов'язки у сфері боротьби зі злочинністю»³.

Таке визначення кримінального процесу знайшло відображення і в судовій практиці. Так, відповідно до п. 4.2. мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі щодо конституційності статті 248-3 ЦПК України як кримінальне судочинство розглядається врегульований нормами КПК України порядок діяльності органів дізнання, досудового слідства⁴, прокуратури і суду (судді) щодо порушення, розслідування, розгляду і вирішення кримінальних справ, а також діяльність інших учасників кримінального процесу — підозрюваних, обвинувачених, підсудних, потерпілих, цивільних позивачів і відповідачів, їх представників та інших осіб з метою захисту своїх конституційних прав, свобод та

процесуальное право // Под ред. П. А. Лупинской. М., 1998; Уголовный процесс // Под ред. А. - С. Кобликова. М., 2000; Уголовный процесс // Под ред. И. Л. Петрухина. М., 2001; Элькин П. - С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л., 1976. - С. 28; Шпилев В. Н. Содержание и формы уголовного судопроизводства. Минск, 1974. - С. 28.

¹ Духовской М. В. Русский уголовный процесс. М., 1905. - С. 18.

² Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1912. Т. 1. - С. 27.

³ Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. Т.1. 1968. - С. 29.

⁴ В оригіналі - „попереднього слідства”, які відповідно до ст. 102 КПК України в актуальній редакції на сьогодні називаються органами досудового слідства.

законних інтересів¹.

Акцентуація на вирішенні кримінальної справи, як на одному з основних елементів кримінально-процесуальною діяльності, вказує на те, що в кримінальному процесі існують різні позиції, погляди щодо певного рішення у справі, а також на те, що в межах процесуальної діяльності стикаються інтереси суб'єктів кримінального судочинства.

Кримінальне судочинство визначається як певного роду діяльність, яка як і будь-яка інша діяльність спрямована на задоволення певного інтересу або групи інтересів. У зв'язку з тим, що кримінально-процесуальна діяльність здійснюється не одним, а декількома суб'єктами судочинства, є ймовірними (а щодо окремих суб'єктів і неминучими) неузгодженість або навіть конфлікт інтересів.

Небажання або нездатність зважати на первинність інтересу, «силовий» юридичний тиск на носіїв інтересів, а тим самим підміна регулювання їхніх взаємин керуванням людьми, неминуче веде на практиці саме до зворотного ефекту — применшення ролі права в житті суспільства, зниження його престижу в очах громадян і в кінцевому рахунку до падіння ефективності правового регулювання².

Про існування інтересів у кримінальному процесі та їх правове значення для кримінально-процесуальної діяльності згадується і в КПК України. Так, про інтереси держави мова йде в ст. ст. 4, 20, 29 і т. д. КПК, про інтереси учасників процесу — в ст. ст. 2, 27, 44, 52 і т. д. КПК, про заінтересованих³ осіб — в ст. ст. 80, 81, 90, 99, 127 і т. д. КПК, ана-

ст. 125, 126 ч. 1 КК України, з якими ми ознайомилися при проведенні дослідження, що були подані до органів внутрішніх справ, у порушення п. 3 ч. 2 ст. 97 КПК України не направлялися до суду за належністю, а поверталися заявнику з рекомендацією „...звернутися в суд в приватному порядку»¹ або за ними приймалися рішення про відмову в порушенні кримінальної справи у зв'язку з відсутністю складу злочину (п.2 ч. 1 ст. 6 КПК України), що взагалі унеможливило подальший рух цієї заяви, так як вимагало від заявника спочатку оскарження незаконної постанови від відмови у порушенні кримінальної справи, а потім вже звернення до суду з заявою про приватне обвинувачення.

Вбачається, що подібні недоліки процесуального законодавства, які унеможливають участь учасника процесу у кримінальному судочинстві, повинні бути усунені шляхом належного роз'яснення суддям та працівникам органів внутрішніх справ про особливості провадження по заявам про вчинення злочинів приватного обвинувачення.

З іншого боку порушення прав потерпілого може мати місце і у випадку закриття кримінальної справи судом, коли таке рішення приймається за відсутності потерпілого. Так, 23 липня 2004 року суддя Малиновського районного суду м. Одеси з участю прокурора і захисника Гусева І. Е., обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ст. 296 ч. 1 К України, закрив провадження у кримінальній справі у зв'язку зі звільненням обвинуваченого від кримінальної відповідальності за зміною обстановки і втрати останнім суспільної безпеки. Вказана постанова суду була прийнята з порушенням законодавства, яке полягало не лише в тому, що були відсутні підстави для звільнення особи від кримінальної відповідальності, але й в тому, що потерпілий у справі не був повідомлений про час та місце розгляду справи, і відповідно був позбавлений можливості оскаржити цю постанову, так як її копія йому не направлялася².

Разом з тим, враховуючи особливості вітчизняної кримінально-процесуальної форми, бачиться недоцільним механічне копіювання англосаксонської форми кримінального судочинства у частині на-

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого, п'ятого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України та за конституційними зверненнями громадян Будинської Світлани Олександрівни і Ковриги Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положення абзацу четвертого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України (справа щодо конституційності статті 248-3 ЦПК України) від 23.05.2001 р. № 6-рп/2001 // Офіційний Вісник України. - 2001. - №22. В кримінально-процесуальному законодавстві окремих країн також даються визначення поняття кримінального судочинства. Так, ст. 1 КПК Республіки Молдова визначає кримінальне судочинство як діяльність органів кримінального переслідування і судових інстанцій з участю сторін процесу і інших осіб, що здійснюється відповідно до положень КПК. Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Молдова от № 122-XV от 14 марта 2003 года. - Кишинев, 2003. - 190 с.

² Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, 1990. - С. 28.

³ Термін використовується законодавцем.

¹ Наприклад, таке формулювання було зазначено в повідомленні про розгляд заяви гр. Макарова О.Є. про порушення кримінальної справи // Матеріали КУЗП Київського РВ ОМУ УМВС України в Одеській області № 31/19 КУЗП / 2001 р.

² Кримінальна справа № 1-1487/2004 за обвинуваченням Гусева І.Е. у вчиненні злочину, передбаченого ст. 296 ч. 1 К України // Архів Малиновського районного суду м. Одеси 2004 р.

Крім того, чинний КПК України в окремих випадках вимагає від суб'єктів кримінального процесу, що не мають владних повноважень, таких результатів процесуальної діяльності, які можуть бути надані лише за наявності у них владних повноважень.

Так, наприклад, ст. 251 КПК України встановлює відповідність форми скарги приватного обвинувачення вимогам, що ставляться до форми обвинувального висновку. Відповідно до ст. 223 КПК України в обвинувальному висновку повинні бути вказані, зокрема, показання кожного з обвинувачених по суті пред'явленого йому обвинувачення, доводи, наведені ним на свій захист, і результати їх перевірки, при посиланні на докази обов'язково зазначаються аркуші справи. Звісно, що особа, яка постраждала від злочину, не наділена не лише правом отримувати показання обвинуваченого (тим більше, що у справах цієї категорії така процесуальна фігура відсутня), але й збирати будь-які докази, так як цим повноваженням відповідно до ч.1 ст. 66 КПК України наділені лише суд, прокурор, слідчий, особа, яка проводить дізнання.

У переважній більшості проваджень у справах приватного обвинувачення (більше 60%), з якими ми знайомилися та які знаходилися в провадженні місцевих судів м. Одеси, судьями приймалося рішення про залишення скарг приватного обвинувачення без розгляду та про їх повернення у зв'язку з тим, що не було дотримано вимог щодо форми скарги. Зокрема, у постановках суддів вказувалося на відсутність аналізу показань обвинуваченого, посилань на аркуші справи, в яких містяться докази тощо, що унеможливлювало надати потерпілим скарги належної форми у зв'язку з відсутністю у нього відповідних повноважень.

Так, наприклад, суддя Приморського районного суду м. Одеси постановою від 13 липня 2004 р. повернув заяву гр. Демидової К. Я. приватного обвинувачення про порушення кримінальної справи по ст. ст. 125 ч. 2, 356 КК України щодо гр. Долгоп'ятова С.О. у зв'язку з тим, що заява заявника не відповідає структурі обвинувального висновку, в тому числі не викладені відомості про особистість кожного з обвинувачених¹.

Усі заяви постраждалих від вчинення злочинів, передбачених ст.

¹ Провадження за заявою гр. Демидової К.Я. приватного обвинувачення про порушення кримінальної справи по ст.ст. 125 ч. 2, 356 КК України щодо гр. Долгоп'ятова С.О. // Архів Приморського районного суду м. Одеси за 2004 р. С-19. Постанова судді Суворовського районного суду м. Одеси від 21 березня 2005 року за скаргою Уварової І.М. в порядку приватного обвинувачення про притягнення Малехіної С.М. до кримінальної відповідальності по ст. 125 ч. 2 КК України // Провадження № 9-234/2005 р.

логічне положення спостерігається і в проекті КПК України¹. Проте визначення поняття інтересу, встановлення системи інтересів, їх диференціації нормативно-правові акти не містять, що може ускладнити правозастосовчу практику, зокрема у визначенні цінності окремого інтересу для виконання завдань кримінального судочинства.

Відсутні і теоретичні роботи в цьому напрямку, а існуючі останні дослідження присвячені лише відповіді на окремі аспекти проблеми. Так, наприклад, в дослідженнях з теорії права інтерес розглядається лише як елемент характеристики належності у галузі права до публічної або приватної ознаки², у кримінально-процесуальній літературі інтерес досліджується лише щодо його належності певному учаснику процесу і детермінованості діяльності останнього характерним для нього інтересом³ або як елемент принципу публічності⁴.

Враховуючи різноманіття інтересів, що мають місце в кримінально-процесуальній діяльності, їх вплив на напрямок цієї діяльності та її ефективність, необхідним бачиться визначення поняття інтересів в кримінальному судочинстві та їх систематизація.

У зв'язку з чим, перед цим підрозділом поставлені наступні завдання: дослідити природу інтересів, що проявляються в кримінальному судочинстві, встановити їх значення для кримінально-процесуальної діяльності та провести їх систематизацію, що й складає завдання цього підрозділу.

Поняття «інтерес» (лат. interest — має значення) увійшло в науковий оборот у XVII ст. зі спроб пояснити стимули навчальної і пізнавальної діяльності (Я. О. Коменський).

Р. Ієринг першим вказав на інтерес як на матеріальну підставу права. Однак спрощено-утилітаристське розуміння цього явища спрощувало і його взаємозв'язок із правом, зводячи цю проблему до юридично захищеного інтересу.

Вузловим питанням проблеми інтересу в цілому і необхідною умо-

¹ Кримінально-процесуальний кодекс України: проект, підготовлений до другого читання в Верховній Раді України, реєстраційний № 3456-І від 19.05.2003 року (в ред. тексту до другого читання від 27.06.2004 р.).

² Тихомиров Ю.А. Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // Журнал российского права. - 2001. - № 5. - С. 4.

³ Аленін Ю., Гурджі Ю. Публічна природа гарантій прав особи у кримінальному процесі // Право України. - 2003. - № 4. - С. 30-32.

⁴ Коваленко Є.Г. Кримінальний процес України: Навч. посіб. - К., 2003.; Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України: Підручник. - 2-ге вид., перероб. і доп. - К., 1999.

вою плідного використання цієї категорії в юридичній науці (як і в інших суспільних науках) є з'ясування природи і сутності самого явища інтересу і вже потім, виходячи з його загальнометодичного розуміння, — знаходження адекватних опорних правових категорій¹.

Насамперед слід визнати, що будь-який інтерес є взаємопов'язаним з певною потребою² особи чи певної спільноти осіб, які разом виступають в якості рушійних сил як окремої людини, так і суспільства в цілому. Проте категорія „потреба» є біосоціальним терміном і використовується на цей час не лише суспільствознавчими, але й біологічними науками, а інтерес має місце лише з соціальними процесами і є продуктом суспільних відносин. Інтерес на відміну від потреби, властивий лише людському суспільству³.

У вітчизняній науці вже відбулося визнання як наукового факту єдності інтересу і потреби (О. Г. Здравомислов, В. М. Лавриненко, В. П. Каманкін, О. Т. Ханіпов). Останні розглядають в літературі інтерес і потреби як субстанціонально однопорядкові, які знаходяться по суті у нерозривному співвідношенні, коли будь-яка потреба незмінно породжує певний інтерес, а інтерес припускає, у свою чергу, якусь потребу⁴.

Разом з основним існують і інші висновки, що додатково підтверджують і розкривають вказаний внутрішній зв'язок інтересу і потреби в соціальному житті:

- носіями інтересу і потреби рівною мірою виступають без усяких вилучень будь-які можливі соціальні суб'єкти, включаючи і суспільство в цілому⁵, а тому в цьому аспекті інтерес і потреби є однорівневими об'єктами, що виключає принципову можливість їх розріз-

¹ Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, 1990. - С. 9-10.

² Потреба - об'єктивна властивість, яка виражає нагальну необхідність людини в чому-небудь. Див.: Невлева И.М. Философия: Учебное пособие. - Харьков, 2001. - С. 307.

³ Широко розповсюдженим є бачення інтересу як усвідомленої потреби, або, за афористичним визначенням Д.А. Кікнадзе, «потреби, що пройшла стадію мотивації». Проведена ним межа — стадія мотивації — зовні відповідає зазначеній обставині: інтерес тут є власне сама потреба, і в той же час тваринному світові, де потреба механічно виявляється через інстинкт, він не є властивим. Див.: Кикнадзе Д. А. Потребность. Поведение. Воспитание. М, 1968. - С. 60.

⁴ Лавриненко В.Н. Проблема социальных интересов в ленинизме. М., 1978. - С. 32;

⁵ Здравомыслов А.Г. Потребности. Интересы. Ценности. М., 1986. - С. 75.

й забезпечення реалізації гарантованих Конституцією України прав, свобод і обов'язків людини і громадянина, та регламентованих відповідними нормами КПК України процесуальних прав та обов'язків суб'єктів процесу, які не відносяться до владних органів.

Такий зміст принципу публічності витікає з більш загальних, конституційних положень, передбачених ч. 2 ст. 3 Конституції України, відповідно до яких права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, держава відповідає перед людиною за свою діяльність, утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (загальноправові принципи дотримання прав людини та відповідальності держави за свою діяльність перед людиною¹).

Це конституційне положення вказує на те, що державні органи та посадові особи зобов'язані створити умови для реалізації фізичними особами їх процесуальних прав, тобто на існування у держави та її органів, посадових осіб відповідного позитивного обов'язку.

Одним з процесуальних засобів з забезпечення реалізації процесуальних прав суб'єктів кримінального процесу, що не володіють владними повноваженнями, є визнання за особами певного процесуального статусу за рішенням органів, посадових осіб, в провадженні яких знаходиться кримінальна справа. Відповідно до існуючої кримінально-процесуальної форми учасники процесу набувають процесуальний статус за рішенням особи, в провадженні якої знаходиться кримінальна справа. Крім того, вказаного процесуального статусу учасник процесу може набути не лише за власною ініціативою, але й за рішенням вказаної особи або державного органу, що вказує на публічність зазначеного правоположення.

Іншою правозабезпечувальною формою принципу публічності є інститут клопотань. Шляхом подання клопотань про вчинення певних процесуальних дій вказані суб'єкти кримінального процесу можуть домагатися необхідного їм правового результату. В чинному КПК України відсутня єдина регламентація інституту клопотань, зокрема щодо їх форми, порядку подання і вирішення, хоча можливість подання клопотань передбачена нормами, що регламентують статус відповідних осіб. Вважаємо, що до стадії порушення кримінальної справи, а також до дізнання за аналогією закону повинна застосовуватися ст. 129 КПК України, яка визначає порядок розгляду клопотань слідчим.

¹ Коментар до Конституції України: науково-популярне видання. - К., 1996. - С. 32.

правило, потребує реалізації належного обов'язку з боку публічних суб'єктів кримінального судочинства (державних органів і посадових осіб, що ведуть кримінальне судочинство).

Разом з тим, не вирішеним бачиться питання про те, чи полягає публічність лише в охороні прав учасників кримінального судочинства (тобто в здійсненні дій, спрямованих на захист цих прав від протиправних дій з боку інших осіб), чи також мається на увазі і сприяння реалізації цих прав шляхом створення необхідних умов для діяльності певних осіб в якості суб'єктів кримінального процесу, надання їм певного процесуального статусу, надання в їх розпорядження певних процесуальних засобів (публічних за своїм характером) тощо.

Таким чином, невирішеним залишається питання про включення до принципу публічності обов'язку органів та посадових осіб, у провадженні яких знаходиться кримінальна справа, забезпечити реалізацію прав інших суб'єктів кримінального процесу.

Правовий статус учасників процесу (глава 3 КПК України) характеризується тим, що вони для захисту власних або представляємих ними правових інтересів інших осіб наділені певними правами, спрямованими на реалізацію завдань кримінального судочинства (ст. 2 КПК України).

Проте вказані права учасників процесу не надають їм владних повноважень стосовно інших суб'єктів кримінального процесу, а лише зобов'язують процесуальні органи розглянути відповідні клопотання та заяви учасників процесу. У зв'язку з тим, що кримінальний процес відноситься до державно-владного типу діяльності (відповідно до якого одним з суб'єктів цієї діяльності (і, відповідно – правовідносин) обов'язково є державні органи або посадові особи, уповноважені вести кримінальне судочинство, які наділені державно-владними повноваженнями, а інші суб'єкти процесу – фізичні та юридичні особи, таких повноважень не мають) для реалізації приватних інтересів, зокрема з захисту порушеного права, забезпечення процесу доказування, забезпечення заявленого цивільного позову тощо, останні мають змогу лише звернутися за клопотанням до процесуального органу з клопотанням про проведення відповідної процесуальної дії, яке обов'язково має бути розглянуте та за умови його обґрунтованості – задоволене.

Тому одним з основних обов'язків процесуальних органів, який витікає з їх офіційного (владного) статусу, є не лише порушення та проведення належним чином провадження у кримінальній справі, але

нення між собою за суб'єктною підставою;

- інтерес і потреба мають мотиваційне значення¹. Як внутрішня рушійна сила діяльності і поведінки будь-якого суб'єкта інтерес і потреба є єдиними.

- інтерес і потреба однаково виражають вибірковість відношення свого суб'єкта до їх об'єктів домагання².

На основі викладеного логічно зробити висновок про те, що інтерес і потреба тісно взаємопов'язані за своїми субстанціональними, суб'єктним і функціональними атрибутами.

Дослідження спеціальної літератури дозволяє зробити висновок про те, що як спеціальний термін інтерес розглядають дві науки: психологія і соціологія, у зв'язку з чим варто зупинитися на аналізі двох концепцій інтересу, одну з яких можна назвати психологічною, а іншу — соціологічною.

Психологічна концепція, розроблена в основному на базі психології і педагогіки і отримала спочатку переважне поширення в науковій літературі³, розглядає інтерес відповідно до особливостей свого предмета дослідження, як явище свідомості людини, що виражає її позитивне емоційне відношення до об'єкта, зосередження уваги на ньому. С. Л. Рубінштейн сформулював класичне визначення інтересу як «тенденції або спрямованості особистості, що полягає в спрямованості або зосередженості її помислів на певному предметі»⁴.

Таким чином, інтерес виступає винятково як суб'єктивне явище (суб'єктивний інтерес) — продукт діяльності мозку, прояв законів психічного відображення природної і суспільної реальності. Не випадково у відповідних роботах мова йде переважно про психофізіологічні характеристики і форми прояву, прийомах і способах розвитку інтересу, у тому числі і пізнавального, ціннісної значимості й емоційній привабливості його об'єктів і т. п.⁵

¹ Общая психология / Под ред. А. В. Петровского. М., 1976. - С. 102-104, 110-111.

² . Сиренко В. Ф. Проблема интереса в государственном управлении. - Киев, 1980. - С. 27.

³ Так, ще в другому виданні „Большой Советской Энциклопедии” була відображена лише тільки психологічна концепція (БСЭ. 2-е изд. М., 1953. Т. 8. - С. 280. Порівн.: БСЭ. 3-е изд. М., 1972. Т. 10. - С. 319-321).

⁴ Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии. М., 1946. - С. 1524.

⁵ Див., наприклад: Додонов Б. И. О сущности интересов и подходе к их исследованию // Сов. педагогика. 1971. № 9; Шукина Г. И. Проблема познавательного интереса в педагогике. М., 1971; Дусавицкий А. Загадка птицы Феникс. М., 1978.

Всупереч твердженню, що має місце в соціологічній і юридичній літературі, начебто психологи наполягають на винятковій суб'єктивності інтересу¹, багато представників психологічної концепції визнають правомірність вживання поняття «інтерес» в об'єктивному значенні². У той же час і деякі філософи вважають, що інтерес — явище суб'єктивне³.

Соціологічна концепція, що знайшла поширення дещо пізніше першої концепції, розглядає інтерес як соціальне явище, об'єктивне за своєю природою (об'єктивний інтерес).

Не зупиняючись на аналізі посилки марксизму, що «загальний» інтерес існує не тільки в представленні, як «загальне», але насамперед він існує в дійсності як взаємна залежність індивідів, між якими розділена праця⁴, варто визнати правильними висновки, що інтерес існує реально, тобто в об'єктивній дійсності, а також, що інтерес є суспільним продуктом (детермінованим суспільними відносинами)⁵.

Не відкидаючи основний висновок психологічної концепції про інтерес як про спонукальну силу активності особистості, соціологічна концепція в суттєво змінює постановку питання, новизна якої полягає в тому, що самі мотиви діяльності людини розглядаються як прояв, у кінцевому рахунку, не психічного його складу, а системи тих відносин, в які він об'єктивно включений⁶.

На дуалізм сутності інтересу правильно вказував ще радянський дослідник О. Г. Здравомислов, який вважав, що «інтерес є певна єдність об'єктивного і суб'єктивного. Об'єктивним елементом інтересу є положення суб'єкта, суб'єктивним моментом — ідеальні спонукальні сили: бажання, прагнення, мотиви діяльності»⁷.

¹ Див.: Ковалев А.Г. Курс лекций по социальной психологии. М., 1972. - С. 81; Игошев К.Е. Правонарушения и ответственность несовершеннолетнего: Социально-психологический очерк. Свердловск, 1973. - С. 131; Кузнецов А.В. Уголовное право и личность. М., 1977. - С. 27.

² Див., наприклад: Общая психология/ Под ред. Л.В.Петровского. - С. 110-111.

³ Див., наприклад: Заозеров М.И. О диалектике развития советского социалистического общества. М., 1962.

⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т.3. - С. 31.

⁵ Див.: Невлева И.М. Философия: Учебное пособие. - Харьков, 2001. - С. 307.

⁶ Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, 1990. - С.11.

⁷ Здравомислов А. Г. Проблема интереса в социологической теории. Л., 1964. - С. 29.

зокрема можна віднести – відмову сторін судового засідання від дослідження певних доказів на встановлення обставин, щодо яких відсутній спір; інститут спрощеної видачі, запропонований проектом КПК України, коли особа, яка видається не заперечує проти її видачі);

- процесуальні права, реалізація яких приводить до ускладнення процесуальної форми (наприклад, подання обвинуваченим клопотання про ознайомлення з матеріалами справи з участю захисника тощо);

- процесуальні права, від реалізації яких залежить склад суду, який повинен розглядати кримінальну справу, а також підсудність кримінальної справи (мова йде про підсудність справ суду присяжних – у випадку його створення, а також про право обвинуваченого у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі строком більше десяти років, на колегіальний розгляд справи судом у складі трьох професійних суддів);

- процесуальні права використання яких тягне за собою проходження кримінальної справи через додаткові стадії процесу, впливає на строк вступу рішення суду у законну силу (маються на увазі апеляційне і касаційне провадження у справі, які можливі лише за ініціативи сторін судового розгляду)¹;

- процесуальні права, реалізація яких порушує наглядову діяльність прокурора або контрольну діяльність суду (випадки оскарження прокурору або суду дій і рішень органа дізнання, слідчого, іншого прокурора тощо);

- процесуальні права, використання яких впливає на обсяг доказового матеріалу у кримінальній справі (ст. 299 КПК України);

- процесуальні права учасників кримінального процесу в передбачених законом випадках визначати межі розгляду судом кримінальної справи;

- процесуальні права, реалізація яких приводить до зміни суб'єктного складу осіб, які приймають участь у справі (заявлення відводу, клопотання про допуск у справу представника потерпілого тощо).

Однак реалізація вказаних диспозитивних процесуальних прав, як

¹ Щодо строків провадження у справі, то Європейський Суд з прав людини у своїх рішеннях як на один з критеріїв, що впливають на вирішення питання про розумність строку судового розгляду вказував на поведінку заявника. Відповідно, якщо заявник скористався правом оскарження рішення суду, то розумний строк судового розгляду повинен бути більшим. Див. рішення у справах W. проти Швейцарії.

2 ст. 44 КК лише суду надано право вирішувати питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності за загальними (ст. ст. 44-49 КК) та спеціальними (встановленими нормами Особливої частини КК) підставами); 2) дискреційні повноваження реалізуються лише щодо звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки (ст. 47 КК) та зі зміною обстановки (ст. 48 КК), інші підстави звільнення особи від відповідальності (в тому числі і передбачена ч. 2 ст. 255 КК) є імперативними, а тому суд не діє за власним розсудом.

Крім матеріально-правових положень, публічність і диспозитивність проявляється також в процесуальних правах і повноваженнях суб'єктів кримінального процесу, які прямо на вирішення кримінальної справи не впливають і називаються нами як процесуальна (формальна) публічність і диспозитивність.

В результаті малої судової реформи 2001 року значно обмежені були публічні аспекти здійснення судом своїх процесуальних повноважень. Так, на сьогодні суд суттєво обмежений у праві з власної ініціативи збирати докази (ст. ст. 296, 303 КПК України), він не вправі відмовити учасникам судового розгляду у дослідженні доказів, якщо вони є належними і допустимими (ст. 253 КПК України), суд в'язаний думкою учасників судового розгляду також при вирішенні питання про недоцільність дослідження окремих доказів (ст. 299 КПК України).

Публічність процесуальних повноважень інших публічних суб'єктів кримінального процесу обумовлена вимогами ст. 22 КПК України, відповідно до якої прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, зобов'язані вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність.

Більший інтерес представляє дослідження реалізація процесуальної диспозитивності у кримінальному судочинстві.

Дослідники пропонують розділити процесуальні права, в яких проявляється процесуальна диспозитивність, на наступні групи¹:

- процесуальні права, реалізація яких приводить до спрощення процесуальної форми провадження у кримінальній справі (до них,

¹ Див.: Дикарев И.С. Диспозитивность в уголовном процессе России. Автореф. дис....канд. юрид. наук. - Волгоград, 2004. - С. 10.

Незважаючи на певні переваги цього визначення¹, разом з тим невирішеним здається дуалізм суб'єктивного і об'єктивного в інтересі.

Ще в радянському суспільствознавстві розгорнулася дискусія про об'єктивний і суб'єктивний інтерес, що не згасає дотепер. Тим часом рішення питання знаходиться, як бачиться, не у взаємовиключенні психологічної і соціологічної теорій або в їхньому злитті в об'єктивно-суб'єктивне трактування цієї категорії, а в тому, щоб чітко розрізнити два самостійних явища: соціальний інтерес і психологічний інтерес.

Дві концепції, мабуть, відображають два різних реальних явища і, отже, у різній мірі мають право на визнання, підтверджене великим позитивним досвідом використання даної категорії як у психології і педагогіці, так і у філософії, економіці, правознавстві й інших гуманітарних дисциплінах.

Мабуть, не випадково практика і логіка вживання цього терміну в українській та російській мовах закріпила за ним два змістовних значення: 1) увага до кого -, чого-небудь, зацікавлення кимось, чимось; те, що найбільше цікавить кого-небудь, що становить зміст чийхось думок і турбот; прагнення, потреби; користь, вигода².

У першому значенні термін виражає властивість психіки людини в другому значенні — відповідає явищам соціального характеру.

Запропоноване розмежування соціального і психологічного інтересу не виключає допущення їхнього взаємного зв'язку, підтверджуваного, власне, двозначністю самого слова, але разом з тим, і це варто особливо підкреслити, носить фундаментальний характер. Для юридичної науки з цього випливає, зокрема, необхідність визнання, з урахуванням особливостей предмета правового регулювання, ідеї про соціальну природу інтересу як базової, відкриваючої перспективи загальносоціологічної й інструментальної переробки традиційного бачення взаємозв'язку права й інтересу³.

Тому бачиться правильним визначення соціального інтересу як

¹ З одного боку, начебто долається „чистий” психологізм у розумінні інтересу, тому що визнається його соціальна обумовленість, з іншого боку - детермінізм, тому що передбачається певна воля самого індивіда, а інтерес містить у собі і потребу (як об'єктивне відношення суб'єкта до умов свого існування), і заданий потребою мотив поведінки його носія.

² Див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і головн. ред. В.Т. Бусел. - К., 2001. - С. 401; Ожегов С. И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / под ред. чл.-корр. АН СССР Н.Ю. Шведовой. - 20-е изд., стереотип. М., 1988. - С.204.

³ Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. С., - С. 13.

особливої форми існування та вияву суспільного інтересу та вираження соціальних потреб суб'єкта (індивіда, групи, класу, нації, народу) через його місце (статус) у системі соціальних відносин та взаємодій з приводу умов та засобів задоволення цих потреб. Соціальний інтерес — складне утворення, що об'єктивно виникає в результаті трансформації потреб даного суб'єкта через той чи інший тип (модель) його відносин та взаємодій з іншими суб'єктами¹.

Саме соціальний інтерес є значимим для правового регулювання кримінально-процесуальної діяльності.

В спеціальній літературі виділяють наступні властивості інтересу в аспекті правового регулювання:

- об'єктивність, тобто його існування в об'єктивній реальності соціального життя, незалежно і поза людською свідомістю (соціальний суб'єкт, що знаходиться в даній системі суспільних відносин, не може змінити змісту своїх корінних інтересів, а зміна системи відносин обов'язково веде до зміни його інтересів);
- нормативність, яка виявляється в прагматичному (інтерес є предметом соціального регулювання), генетичному² і гносеологічному (необхідність пізнання норм взаємодії соціальних суб'єктів) аспектах;
- диспозитивність, тобто відображення інтересами положення (місця) суб'єктів, займаного ними в системі суспільних відносин, що ставить їх у силу суспільного поділу праці в залежність один від одного³.

«Інтерес, — от що поєднує один з одним членів громадянського суспільства»⁴, у зв'язку з чим інтерес виступає тим фактором, можливо — причиною, який примушує певного суб'єкта вступати в правові відносини, в тому числі і кримінально-процесуальні. В окремих випадках цей інтерес може бути унормованим, тобто закріпленим в імперативній нормі права, що презюмує існування певного соціального інтересу при настанні визначених гіпотезою норми умов. Наприклад, в статті 4 КПК України визначено публічний інтерес держави у кримінальному переслідуванні кожного вчиненого злочину. Існування вказаного публічного інтересу кожного разу не встановлю-

(КПК) суд, прокурор, слідчий і орган дізнання зобов'язані в межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину, вжити всіх передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання. В цьому формулюванні нормативно закріплено дуалістичну природу публічності як начала кримінального процесу, як вдало зазначив професор І. Л. Петрухін „публічність – правовий принцип, згідно якому посадові особи та органи держави зобов'язані діяти від її імені та в її інтересах»¹. Звісно, що діяльність цих процесуальних органів має відбуватися в межах їх компетенції, визначеної чинним законодавством України. Проте у вказаному визначенні та у змісті ст. 4 КПК (враховуючи давність їх формулювання – 1960 р.) не враховано такий елемент як доцільність кримінального переслідування певної особи, який пов'язаний з дискреційними повноваженнями процесуальних органів та кримінально-правовим інститутом звільнення особи від кримінальної відповідальності і разом складає інститут правового компромісу.

Як вже зазначалося юридична енциклопедія визначає дискреційну владу, повноваження (від франц. *discretionnaire* – залежний від власного розсуду) як спосіб реалізації публічної (тобто з боку держави) влади, за яким відповідний суб'єкт влади (орган чи посадова особа) застосовує надані йому в межах закону повноваження на власний розсуд, без необхідності узгодження у будь-якій формі своїх дій з іншими суб'єктами².

Таким чином, ознаками дискреційної влади є наступні: 1) суб'єктом дискреційних повноважень є лише державний орган або його посадова особа; 2) метою їх діяльності є захист публічних інтересів; 3) підставою застосування цих повноважень є розсуд в межах, встановлених законом; 4) самостійність реалізації дискреції (тобто відсутність необхідності узгодження дій про застосування розсуду з іншими суб'єктами).

Враховуючи вказану вище систему ознак та приписи розділу IX КК можна прийти до наступних висновків: 1) дискреційними повноваженнями з питання звільнення особи від кримінальної відповідальності з усіх процесуальних органів володіє лише суд (відповідно до ч.

¹ Сучасний соціологічний словник. - К., 1999. - С. 217.

² Вчені ще говорять що соціальний інтерес має конкретно-історичний характер. Див.: Сучасний соціологічний словник. - К., 1999. - С. 217.

³ Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, 1990.- С. 27-30

⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 1. - С. 14.

¹ Петрухин И. Публичность и диспозитивность в уголовном процессе // Российская юстиция. - 1999. - № 3. - С. 24-25

² Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та інш. - К., 1998. - Т. 2: Д-Й. - С. 195.

лене в належній процесуальній формі. Примирення у зв'язку з цим може бути оформлене у вигляді усної заяви потерпілого, закріпленої в протоколі слідчим, прокурором чи судом або письмової заяви, переданої слідчому, прокурору або судді (в простій письмовій формі при безпосередній передачі заяви або нотаріально засвідченій формі при передачі по пошті чи через представника);

- відшкодування цією особою завданої потерпілому шкоди або усунення завданої шкоди.

Матеріально-правовими умовами звільнення особи від відповідальності є вчинення злочину вперше та віднесення вчиненого злочину до категорії невеликої тяжкості (таких складів злочинів у КК України приблизно 50).

Однак вважаємо за необхідне зрівняти вказану матеріально-правову умову з умовами звільнення від відповідальності за іншими підставами. Так, звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки (ст. 47 КК України) та звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки (ст. 48 КК України) можливе і за злочини середньої тяжкості. Розширення цієї матеріально-правової умови за рахунок злочинів середньої тяжкості дозволить посилити захист приватних інтересів потерпілих у цій категорії справ, прискорить відновлення порушених прав.

Названі в цьому підрозділі процесуальні форми об'єктивно припускають і трохи інший зміст норм й інститутів кримінально-процесуального права, інше співвідношення його керівних засад (принципів). Саме динаміка мети процесу, динаміка інтересів (приватних або публічних), що реалізуються, повинна визначати, що: публічність або диспозитивність лежать в основі процесу; невідворотність кримінальної відповідальності або доцільність визначають його зміст; об'єктивна або формальна істина повинна служити підставою для прийняття значимих процесуальних рішень у кожному конкретному випадку.

Новий зміст кримінально-процесуальної діяльності просто повинен переродитися в нові процесуальні форми, перетворити їх відповідно до об'єктивних потреб індивідуального, державного й громадського життя, потребами практики.

Наша правова наука тільки починає пошук шляхів і підходів у цьому, безумовно, продуктивному напрямку наукових досліджень¹. Відповідно до статті 4 Кримінально-процесуального Кодексу України

¹ Ковтун Н.Н. Частная жизнь и частный интерес гражданина как категория уголовно-процессуального права // Государство и право.

ється, так як вказана норма встановила презумпцію його існування при встановленні ознак злочину.

Щодо класифікації соціальних інтересів — наука не має ні каталогів соціальних інтересів, ні обґрунтованих критеріїв для цього. Як правило, групи соціальних інтересів виділяються за різними підставами, що не дає їх цілісної системи. Так, за сферою вияву соціальних інтересів поділяють на трудові й виробничі (сфера праці, виробництва), споживацькі (сфера споживання), професійні (сфера професійної діяльності), дозвільні (сфера дозвілля, відпочинку) та ін.; за носієм — індивідуальні, групові, класові, національні, державні, і т. д.; за об'єктом (умовою, засобом) реалізації, задоволення — матеріальні й духовні; за значущістю — корінні (базові) й некорінні, основні й неосновні (другорядні), всезагальні, загальні й часткові (тут залучається й інший критерій — сфера охоплення інтересом); за часовою ознакою — довготривалі й короткотривалі; за характером, способом вираження — реальні та позірні тощо¹.

У філософії інтереси диференціюють в залежності від рівня їх носія на декілька видів:

- особисті (приватні) інтереси, в яких виражається відношення людського індивідуума до його власного життя, певного мікросередовища та до суспільного життя в цілому;

- групові інтереси, які об'єднують інтереси певної соціальної спільноти,

- суспільні (публічні) інтереси включають в себе в трансформованому вигляді всі інші види інтересів, незалежно від того, в якій сфері суспільного життя вони проявляються².

Для кримінального процесу значимою бачиться систематизація інтересів на законні (в тому числі й ті, до яких закон байдужий) та незаконні, на публічні та приватні.

В теорії соціології також вироблено декілька підходів до диференціації соціальних інтересів. Зокрема, окремі автори пропонують пов'язувати відмінності соціальних інтересів в суспільстві з відмінністю соціальних статусів і ролей різних соціальних груп і особистостей. Конституюючим чинником будь-якого соціального інтересу є об'єктивне місце його носія в системі соціальних відносин та взаємодій, яким визначаються такі характеристики соціального інтересу, як

¹ Сучасний соціологічний словник. - К., 1999. - С. 218.

² Невлева И.М. Философия: Учебное пособие. - Харьков, 2001. - С. 308.

ранг в ієрархії інтересів суспільства (економічних, політичних, моральних та ін.), масштаб значущості, спонукальна сила (щоправда, цей параметр обумовлюється ще й актуальністю, нагальністю потреби, вираженням якої є інтерес), зв'язок інтересу зі «своєю» потребою.

Класифікація суб'єктів кримінального процесу на а) державні органи, посадові особи, у провадженні яких знаходиться кримінальна справа та відповідальних за її провадження об'єктивно відображає й поділ суб'єктів процесу за носіями інтересу: до першої групи, т. зв. процесуальних органів, відносяться носії публічного інтересу, до другої групи, т. зв. учасників процесу, відносяться носії приватного інтересу, суб'єктів третьої групи (в залежності від їх процесуального статусу) можна віднести як до носіїв приватного, так і носіїв публічного інтересу (останніми, зокрема, є ті особи, які відповідно до правил глави 4 КПК підлягають відводу).

Учасники процесу (у розумінні глави 3 КПК, та п. 8 ст. 32 КПК) також можуть переслідувати правові (законні) та протиправні (незаконні) інтереси. Завданням процесуального законодавства є систематизація протиправних інтересів та встановлення щодо них нормативної заборони і належної відповідальності за її порушення. Так, як це має місце, наприклад, щодо перешкоджання встановлення істини у справі — до обвинуваченого може бути застосовано запобіжний захід (ч. 1 ст. 148 КПК), а захисник може бути усунутий від участі у справі (ст. ст. 61, 61-1 КПК).

Для сфери суспільних відносин, врегульованих правовими нормами — правовідносин більш поширеною є класифікація соціальних інтересів на публічні та приватні.

Досить оригінальною та не позбавленою змісту виглядає позиція іноземних дослідників кримінально-процесуальної діяльності стосовно систематизації публічних та приватних принципів. Так, Анграхам Бартон (Inghraham Barton) під публічними інтересами (public interests) розуміє інтереси, які підтримуються більшістю, якщо не всією законослухняною спільнотою, та включає до їх переліку:

а) інтерес бути захищеним правовою системою від кримінального переслідування, порушеного іншими членами суспільства;

б) інтерес бути захищеним правовою системою від переслідування урядом та його агентами, включаючи поліцію, обвинувачів і суддів. При цьому під переслідуванням розуміються і зловмисні дії (корупція, залякування і шахрайство), і незловмисні дії, вчинені у надзвичайно фанатичному переслідуванні першого інтересу, які порушують

ше як за скаргами потерпілих і лише у справах про злочини, відповідальність за які передбачено ст. 125, ч. 1 ст. 126 та ст. 356 КК. Отримавши заяви або повідомлення про вчинені чи підготовлені інші злочини (публічне обвинувачення), суддя зобов'язаний, не вирішуючи питання про порушення кримінальної справи, направити їх за належністю до компетентного органу.

Крім зазначених випадків, порушення кримінальної справи не належить до судової діяльності, а є частиною функції кримінального переслідування, яка покладена на відповідні органи і службових осіб, коло яких визначене законом.

Отже, суддя, порушивши кримінальну справу щодо Х., вийшов за межі своєї компетенції і всупереч вимогам закону, по суті, перебрав на себе не властиву йому функцію обвинувачення. У зв'язку з цим зазначена постанова підлягає зміні шляхом виключення з постанови судді Переяслав-Хмельницького міського суду від 19 квітня 2002 р. рішення про порушення кримінальної справи щодо Х. за ознаками злочину, відповідальність за який передбачено ч. 1 ст. 382 КК; заяву П. і направленням доданих до неї до Переяслав-Хмельницького міжрайонного прокурора для належної перевірки та прийняття відповідного рішення¹.

З проведенням малої судової реформи в теорії кримінально-процесуального права було сформульовано концепцію справ нового виду обвинувачення — публічно-приватного, визначеного ст. 46 КК України та ст. 8 КПК України².

Вказаний порядок вирішення кримінальних справ є проявом компенсаторного (відновлювального) правосуддя, відповідно до якого у справах не значної тяжкості превалюючим є приватний інтерес потерпілої особи у відновленні її порушеного права особою, яка вчинила цей злочин.

Матеріально-правовою підставою звільнення особи у зв'язку з примиренням винного з потерпілим є відповідно до ст. 46 КК України:

- примирення особи, яка вчинила злочин, з потерпілим, оформ-

¹ Ухвала спільного засідання суддів Судової палати у кримінальних справах і Військової судової колегії Верховного Суду України від 20 лютого 2004 р. (вистяг) // Вісник Верховного Суду України. - 2004. - №5(45). - С. 22

² Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України: Навч. посібник для студентів юрид. спеціальностей вищих закладів освіти / за ред. Ю.М. Грошевого. - Харків, 2002. - С. 49-50; Нор В.Т. Публічність і диспозитивність у кримінальному процесі України: суть, пріоритети, взаємодія, сфера дії // www.lawschool.lviv.ua

В іншій справі Верховний Суд України підтвердив, що межі компетенції судді щодо порушення кримінальної справи визначені ч. 1 ст. 27, статтями 98 та 251 КПК України, відповідно до яких суддя має право вирішувати зазначене питання не інакше як за скаргами потерпілих і лише у справах про злочини, відповідальність за які передбачено ст. 125, ч. 1 ст. 126 та ст. 356 КК України щодо дій, якими заподіяно шкоду правам та інтересам окремих громадян. Отримавши заяви або повідомлення про вчинені чи підготовлені інші злочини, суддя зобов'язаний, не вирішуючи питання про порушення кримінальної справи, направити їх за належністю до компетентного органу

Так, постановою судді Переяслав-Хмельницького міського суду Київської області від 19 квітня 2002 р. порушено кримінальну справу щодо Х. за ознаками злочину, відповідальність за який передбачено ч. 1 ст. 382 КК, а матеріали направлено в Переяслав-Хмельницьку міжрайонну прокуратуру для проведення досудового слідства.

Кримінальну справу порушено у зв'язку з умисним невиконанням міською виборчою комісією, головою якої на той час був Х., рішень Переяслав-Хмельницького міського суду від 29 березня і 4 квітня 2002 р. про зняття з реєстрації кандидата на посаду міського голови С. і про визнання незаконним рішення виборчої комісії щодо результатів виборів у частині реєстрації С. як міського голови.

Приводом для порушення кримінальної справи стала заява П. Про притягнення Х. до кримінальної відповідальності.

У клопотанні заступник Генерального прокурора України просив змінити зазначену постанову судді, оскільки при прийнятті рішення про порушення кримінальної справи останній істотно порушив кримінально-процесуальний закон, що вплинуло на законність прийнятого рішення.

Судді Верховного Суду України у поданні зазначили, що клопотання є обґрунтованим, і навели підстави для зміни зазначеної постанови — виключення із неї рішення про порушення кримінальної справи щодо Х. та про направлення до прокуратури для проведення досудового слідства. Вказане подання Верховний Суд України задовольнив.

Відповідно до ст. 4 КПК суд, прокурор, слідчий та орган дізнання зобов'язані порушити кримінальну справу у кожному випадку виявлення ознак злочину лише в межах своєї компетенції. Межі такої компетенції судді визначено ч. 1 ст. 27, статтями 98 та 251 КПК. Цими нормами встановлено, що суддя має право вирішувати питання про порушення чи відмову в порушенні кримінальних справ не інак-

права всіх людей, як невинних так і винних;

в) інтерес в існуванні простого, недорогого правосуддя, яке ефективно і швидко встановлює винну особу, та має належне звернення з нею в межах, встановлених відповідно до закону.

Приватні ж інтереси (private interests) включають:

а) інтерес обвинуваченого в ухиленні від кримінального обвинувачення або в зменшенні в максимально можливій мірі кримінально-правових наслідків, які є результатом його засудження,

б) інтерес представників системи кримінального судочинства, включаючи суддів та обвинувачів, у встановленні їх робочих навантажень нижче необхідного рівня; в отриманні приватної переваги для себе або для агентств, у зв'язку з чим вони діють з метою досягнення з противною стороною процесу компромісу, не говорячи вже про використання більш низьких (в тому числі злочинних) методів;

в) інтерес адвоката захисту в підвищенні його власного іміджу за рахунок клієнта, його інтерес полягає в отриманні „перемоги будь-якою ціною», щоб зміцнити репутацію адвоката як успішного повіреного.

Звісно, що вказана конструкція інтересів у кримінальному судочинстві побудована на підставі біхевіористичної концепції, враховує власне інтереси позитивним законодавством не передбачені, але переслідуванні будь-яким членом системи кримінального судочинства¹.

Цитована позиція іноземних дослідників дозволяє висунути гіпотезу про те, що є інтереси-долженствування (тобто визначені *de jure*) та інтереси фактичні (*de facto*), які в реальній кримінальній справі чи кримінально-процесуальні діяльності можуть не співпадати, що може бути підтверджено шляхом опитування осіб, які мають відношення до кримінального судочинства.

Так, результати опитування слухачів інституту підготовки професійних суддів при Одеській національній юридичній академії, а також вибіркового опитування суддів місцевих суддів показали, що приблизно у 100% опитаних осіб має місце визнання інтересу у зменшенні робочого навантаження (рівня участі у розгляді і вирішенні справи) як іманентно присутнього у роботі працівника правоохоронних органів або суду, що обумовлено, зокрема, їх службовим пере навантаженням, що одним з негативних наслідків має спрощенство у дотриманні процесуальної форми та поверховість дослідження обставин

¹ Ingraham, Barton L. The structure of criminal procedure. - Greenwood Press. - 1987. - P. 10.

справи.

Публічний інтерес як концентроване вираження загальносоціальних потреб і прагнень виступає системоутворюючим явищем для публічних галузей права.

Не можемо погодитися з точкою зору Ю. О. Тихомирова, що з юридичної точки зору публічний інтерес характеризується певними нормативними ознаками, закріпленням його пріоритету, встановленням порядку і гарантій забезпечення, закріпленням способів охорони і мір відповідальності¹. Вітчизняне право аналогічним чином захищає й цілий комплекс приватних інтересів, зокрема цивільно-правовими та цивільно-процесуальними засобами.

Разом з тим, загальне родове поняття публічного інтересу знаходить термінологічне вираження в праві у видових нормативних поняттях: інтереси суспільства і держави, національної безпеки, загальні інтереси, інтереси націй, народів, населення, загальноекономічні інтереси, інтереси екологічного благополуччя, регіональні і місцеві інтереси, корпоративні інтереси.

Вказівка на публічний інтерес міститься в чинному кримінально-процесуальному законодавстві України у наступних поняттях: інтереси охорони державної таємниці (ч. 1 ст. 20 КПК України), особливе громадське значення (ч. 3 ст. 27 КПК України), охорона державних або громадських інтересів (ч. 4 ст. 27 КПК України).

У концентрованому вигляді публічний інтерес закріплюється в Конституції (ст. 3) і служить правоутворюючим для всіх галузей публічного права.

Разом з тим публічний інтерес є об'єктом відображення і закріплення й у галузях приватного права за допомогою різних інститутів і норм. Це сприяє поєднанню суспільних і особистих інтересів у різних сферах діяльності фізичних і юридичних осіб.

Постає перше питання, пов'язане з визначенням змісту публічного інтересу: чи співпадає він з інтересами держави?

В одному з рішень Конституційного Суду України була зроблена спроба визначити публічні сфери життя через сфери здійснення повноважень органами законодавчої, виконавчої та судової влади, іншими державними органами та органами місцевого самоврядування².

¹ Тихомиров Ю.А. Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // Журнал российского права. - 2001. - № 5. - С. 4.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 51 народного депутата України про офіційне тлумачення положень статті

2002 р., 13 листопада 2002 р., 27 листопада 2002 р. про порушення кримінальних справ щодо Президента України Кучми Л.Д. за статтями 112, 161, 163, 170, 171, 191, 333, 346, 364, 365, 368, 382 ч. 2 КК України¹.

Верховний Суд України прийшов до висновку, що статтею 16-1 КПК України визначено зміст такої конституційної засади кримінального судочинства, як змагальність, відповідно до якої функції обвинувачення/захисту та вирішення справи не можуть покладатися на один і той же орган чи на одну й ту саму особу. При цьому на суд покладається тільки функція вирішення справи, а здійснення обвинувачення — на прокурора, а в деяких випадках — на потерпілого чи його представника.

Відповідно до ст. 4 КПК України суд, прокурор, слідчий і орган дізнання зобов'язані порушити кримінальну справу у кожному випадку виявлення ознак злочину лише в межах своєї компетенції. Компетенція судді щодо порушення кримінальної справи визначена ч. 1 ст. 27, ч. 3 ст. 98, ст. 251 КПК України. Згідно з цими нормами суддя порушує кримінальну справу (або відмовляє в її порушенні) не інакше як за скаргою потерпілого і тільки у справах про злочини, передбачені ст. 125, ч. 1 ст. 126, ст. 356 КК України. Заяви або повідомлення про вчинені чи підготовлені злочини, які не належать до його відання, суддя зобов'язаний приймати і, не вирішуючи питання про порушення кримінальної справи, направляти за належністю до компетентного органу.

Підтверджуючи свій висновок Верховний Суд України застосував еволюційне тлумачення норм права, вказавши на те, що Законом „Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» від 21 червня 2001 року із КПК послідовно виключені положення про право суду і судді порушувати кримінальні справи при скасуванні постанови про відмову в порушенні кримінальної справи (ст. 236-2), у справах, що надійшли до суду після провадження за протокольною формою досудової підготовки матеріалів (ст. 430), при розгляді кримінальної справи в суді (статті 276, 278, 279). Із ст. 98 КПК України було виключено також положення про те, що суддя, порушивши кримінальну справу, направляє її прокурору для провадження слідства або дізнання, що вказує на однозначну позицію законодавця з позбавлення судді права на порушення кримінальних справ за виключенням справ приватного обвинувачення.

¹ Юридичний вісник України . - 2003. - N 1-2. - 4-17 січня.

буде відноситися до приватного провадження. Такий підхід до диференціації провадження дозволить підвищити захист малозабезпечених прошарків населення, а з іншого надасть можливість особі самотійно вирішувати питання про доцільність порушення кримінальної справи. Для реалізації вказаної концепції пропонується викласти частину першу ст. 27 КПК України та доповнити частиною другою у наступних редакціях:

„Справи про злочини, передбачені статтею 125, частиною 1 статті 126 Кримінального кодексу України, а також справи про злочини, передбачені статтею 356 Кримінального кодексу України щодо дій, якими заподіяно шкоду правам та інтересам окремих громадян, порушуються не інакше як за скаргою потерпілого органом дізнання, слідчим або прокурором, після чого у цих справах проводиться дізнання і досудове слідство.

За вибором потерпілого справи про злочини, вказані у частині першій цієї статті, можуть порушуватися за його скаргою місцевим судом. У цих справах дізнання і досудове слідство не провадяться. Потерпілому належить у такому разі право підтримувати обвинувачення. Зазначені справи підлягають закриттю, якщо потерпілий примириться з обвинуваченням, підсудним. Примирення може статися лише до видалення суду в нарадчу кімнату для постановлення вироку”.

І в практиці, і в науці ведеться дискусія щодо повноважень судді з порушення кримінальних справ публічного обвинувачення, що має своєю основою не лише питання змагальності процесу, але і його публічності, так як остання ґрунтується на повноваженням публічних органів.

У своїй судовій практиці України Верховний Суд неодноразово звертався до питання про повноваження судді у справах публічного та приватного обвинувачення, зокрема з приводу наявності у судді компетенції з порушення кримінальної справи публічного обвинувачення.

Так, Верховний Суд України на спільному засіданні Судової палати у кримінальних справах та Військової судової колегії прийняв 27.12.2002 р. ухвалу, якою визнав обмеженість повноважень суду з порушення кримінальної справи лише справами приватного обвинувачення¹. Вказана ухвала стосувалася розгляду подання п'яти суддів Верховного Суду України про перегляд у порядку виключного провадження постанов судді апеляційного суду м. Києва від 15 жовтня

Проте в окремій думці судді Конституційного Суду О. М. Мироненка запропоновано розглядати більш широко публічні сфери, через вказівку на їх суспільний характер¹.

Таким чином, інтереси держави є одним з елементів публічного інтересу.

Що ж розуміється під інтересами держави? В іншому рішенні Конституційний Суд України, з'ясовуючи поняття „інтереси держави», встановив, що державні інтереси закріплюються як нормами Конституції України, так і нормами інших правових актів. Інтереси держави можуть відрізнятися від інтересів інших учасників суспільних відносин. В основі перших завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо. Інтереси держави можуть збігатися повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій чи з інтересами господарських товариств з часткою державної власності у статутному фонді. Проте держава може вбачати свої інтереси не тільки в їх діяльності, але й в діяльності приватних підприємств, товариств², тобто приватних осіб.

Відповідно до ч. 2 ст. 3 Конституції України утвердження та за-

10 Конституції України щодо застосування державної мови органами державної влади, органами місцевого самоврядування та використання її у навчальному процесі в навчальних закладах України (справа про застосування української мови) від 14 грудня 1999 року N 10-рп/99 Справа N 1-6/99 // Офіційний Вісник України. - 2000. - № 4, від 11.02.2000.

¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Мироненка О. М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 51 народного депутата України про офіційне тлумачення положень статті 10 Конституції України щодо застосування державної мови органами державної влади, органами місцевого самоврядування та використання її у навчальному процесі в навчальних закладах України (справа про застосування української мови) // Офіційний Вісник України. - 2000. - № 4, від 11.02.2000.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) від 08.04.99 // Офіційний Вісник України 1999. - № 15, від 30.04.99.

¹ Юридичний вісник України . - 2003. - N 1-2. - 4-17 січня.

безпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, що на наш погляд і виражає її інтерес (публічний) в галузі кримінального судочинства: захист прав і законних інтересів людини та інших осіб, які притягуються до участі в ньому (ст. 3 КПК України).

Слід констатувати, що в національному кримінальному процесі має місце певна гіпертрофізація публічного інтересу, яка знаходить своє вираження у повноваженнях прокурора порушувати кримінальні справи т. зв. приватного обвинувачення, в призначенні в примусовому порядку захисника у справах про довічне ув'язнення особи, в „обвинувальних» правах судді (зокрема, в праві повертати справу на додаткове розслідування), в перегляді справи в ревізійному порядку при касаційному провадженні (в чому проявляється недовіра до позиції громадянина, що ставить під сумнів інститут його процесуальної дієздатності).

Для класифікації інтересів на публічні та приватні необхідне формулювання певної підстави. Такою підставою, на наш погляд, може бути підтримання певного інтересу більшістю спільноти, тобто публіки: держави, суспільства. Тому певний суб'єкт кримінального судочинства, який не є процесуальним органом може реалізовувати в кримінально-процесуальній діяльності не лише приватний, але й публічний інтерес (наприклад, потерпілий, подаючи скаргу про приватне обвинувачення).

А тому приватні інтереси у конкретній кримінальній справі можна поділити на такі групи:

- приватні інтереси, що співпадають з публічними (наприклад, інтерес особи, яка вчинила злочин, у встановленні всіх його обставин, шляхом подання явки з повинною);
- приватні інтереси, нейтральні до публічних;
- приватні інтереси, колізійні з публічними (інтерес обвинуваченого у пом'якшенні його відповідальності або покарання за злочин, у вчиненні якого він обвинувачується).

Крім того, приватний інтерес в залежності від його відповідності правовим приписам чи заборонам може бути правовим, протиправним (тобто таким, що суперечить праву), неправовим (тобто безвідносним до правових приписів).

Наприклад, як вже зазначалося згідно класифікації Ангерама Бартона, процесуальні органи та посадові особи, які відповідальні за процес, також можуть переслідувати приватний інтерес (пов'язаний, зокрема, з встановленням їх робочих навантажень нижче рівня, ніж

ст. ст. 164-165 КК України, а також саму статтю — частиною третьою наступного змісту:

„Справи про злочини, передбачені статтями 162, 163, 168, 175, 176, 177, 182, частинами першими статей 361-363³ Кримінального кодексу України, якими завдано шкоду правам і інтересам окремої фізичної особи або юридичної особи приватного права, порушуються лише за згоди вказаних осіб».

З іншого боку, в літературі є пропозиції відмовитися від інституту приватного провадження у кримінальному судочинстві¹ як неефективної форми провадження, з якими ми категорично погодитися не можемо. Навпаки, посилення диспозитивності у кримінальному судочинстві, зокрема матеріально-правової диспозитивності, створить необхідні умови для існування позапроцесуальної та процесуальної активності потерпілого² та у певній мірі знизить навантаження з боку правоохоронних органів. Вважаємо за необхідне створити дуалістичну форму провадження у справах про злочини, які зараз переслідуються лише в порядку приватного обвинувачення, шляхом створення множинної форми процедури по цих злочинах.

Так, в США набула поширення ідея професора Ф. Сандера, що отримала назву концепція суду з множинністю дверей («multidoor courthouse»), що передбачає альтернативність судочинства, можливість вибору підходячої процедури з урегулювання спору в межах судової системи. Приватне обвинувачення бачиться саме тією категорією справ, у якій може бути запроваджено експеримент з впровадження ідеї кримінального суду з множинністю процедурних форм. Так, громадянин вправі звернутися до органу дізнання з заявою про порушення кримінальної справи за фактом завдання йому побоїв і в такому випадку орган дізнання за наявності достатніх підстав порушує кримінальну справу, яка набуває статусу публічно-приватного обвинувачення, або той же громадянин за власним вибором може самостійно чи за допомогою фахівця у галузі права підготувати скаргу про приватне обвинувачення особи, яка завдала йому побоїв і звернутися з такою скаргою до місцевого суду, у зв'язку з чим справа

¹ Маляренко В.Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: теорія, історія і практика” Автореф. дис....докт. юрид. наук. - Х., 2004. - С. 4.

² Аленин Ю.П., Гурджи Ю.А. Внепроцессуальная активность жертвы преступления и проблемы современности в уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы держави та права. 36. Наук. праць. - Вип. 5. - Одеса, 1998. - С. 132-136.

дою потерпілого (ч. 3 ст. 264 КПК)¹. Уперше результат процесу поставлений у залежність від волі й бажання приватної особи. Законодавець не визнає цього прямо, однак у названій нормі в наявності позовний характер суперечки. Причому правочин на розпорядження позовом належить потерпілому, а не прокуророві або суду.

Об'єктивно необхідне розмежування приватного й публічного інтересу, як підстави початку процесу, вимагає, нарешті, визначитися в питанні про те чий інтерес охороняє та або інша норма матеріального права й чий інтерес відповідно детермінує структуру й зміст кримінально-правових відносин, що виникли у зв'язку із зазіханням на цю норму. Без правильного вирішення цього кардинального питання, безглуздо досліджувати підстави, форми й межі втручання держави в приватне життя громадянина за допомогою процедури кримінального судочинства, визначати межі такого втручання і його адекватні процесуальні форми, тому що ціль процесу, його форми й зміст об'єктивно обумовлені тому чи іншому інтересу.

Крім того, 20% респондентів погодилися з пропозицією доповнити провадження приватно-публічного обвинувачення новою формою – порушенням кримінальної справи за окремі категорії злочинів зі згоди потерпілого, в тому числі керівника юридичної особи, проти інтересів яких вчинено наступні злочини: порушення недоторканності житла (ст. 162 КК), порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер (ст. 163 КК), розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) (ст. 168 КК), невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК), порушення авторського права і суміжних прав (ст. 176 КК), порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію (ст. 177 КК), порушення недоторканності приватного життя (ст. 182 КК), а також всі злочини, передбачені частинами першими статей розділу XVI КК України „Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку”².

У зв'язку з чим ми пропонуємо ч. 1 ст. 27 КПК України доповнити

¹ Точніше не бажанням потерпілого у подальшому підтримувати обвинувачення.

² Так, ч. 3 ст. 177 проекту КПК до цих злочинів відносить: Справи про злочини, передбачені статтями 130, 131, 132, 133, ч. 1 і 2 ст. 136, ч. 1 ст. 139, 145, ч. 1 ст. 152, ч. 1 ст. 153, 154, 157, 162, 163, 164, 165, 171, ч. 1 ст. 172, ч. 1 ст. 189, ч. 1 ст. 190, ст. 192, 197, 225, ч. 2 ст. 303 Кримінального кодексу України.

вони повинні бути). Бачиться, що однозначний висновок про неможливість існування у процесуального органу законного приватного інтересу у кримінальному судочинстві є неправильним. Звісно, що такий приватний інтерес не повинен бути пов'язаним з приватними інтересами учасників процесу щодо їх матеріально-правових вимог, але якщо суддя допомагає сторонам дійти примирення у справах публічно-приватного обвинувачення (ст. 46 КК України), або допомагає реалізувати їм свої процесуальні права, то це не розглядається нами як порушенням чинного процесуального законодавства, за умови дотримання об'єктивності в діяльності судді.

Зменшення процесуальним органом власного тягаря участі у справі шляхом отримання особистих вигод є вже незаконним інтересом, а тому має бути забороненим. Так, ознайомлення з матеріалами про відмову в порушенні кримінальної справи, по заявам про вчинення злочинів, які входять в категорію приватного обвинувачення, потрібно констатувати про масове порушення законодавства при прийнятті процесуальних рішень по вказаним заявам. У 83% органами дізнання приймалося рішення про відмову у порушенні кримінальної справи по вказаним злочинам, у зв'язку з тим, що рішення про порушення кримінальної справи по ним приймається відповідно до ч. 1 ст. 27 КПК України лише суддею місцевого суду, у 9% заявникам направлялося повідомлення про проведену профілактичну бесіду та рекомендацію вирішити питання у „мировому порядку», лише 8% заяв направлялося в суд, як це передбачено п. 3 ч. 2 ст. 97 КПК України з рішенням про передачу його за належністю. Опитування працівників органів дізнання показало, що такий стан обумовлений по-перше, не знанням порядку передачі заяв за належністю, по-друге, не бажанням спілкуватися з цього питання із суддями.

Аналогічний підхід до класифікації приватних інтересів на правові та протиправні має зберігатися і щодо інших суб'єктів судочинства, які не є процесуальними органами, проте до них встановлюється вимога щодо об'єктивності їх діяльності (тобто, які підлягають відводу): експертів, спеціалістів, перекладачів тощо.

Повертаючись до проблеми публічності кримінально-процесуального права слід перевірити наступну гіпотезу: чи визначається характер процесуальної діяльності (а також процесуальних правовідносин), спрямованої на задоволення інтересів (публічних чи приватних) суб'єктів процесу лише галузевою належністю правових норм, які регламентують цю діяльність, чи також має місце вплив характеру інтере-

сів, які реалізуються в цій діяльності?

Публічність або диспозитивність певної групи відносин може бути встановлена за наявності системи таких ознак.

1. Публічний інтерес. На думку Ю. А. Тихомирова до загальних ознак публічного права відноситься насамперед публічний інтерес, який в якості „концентрованого вираження загальносоціальних потреб та устремлінь виступає системоутворюючим явищем»¹. Це теоретичне положення підтверджує і чинна стаття 3 КПК України, яка, встановлюючи один з принципів кримінального процесу – публічність, зазначає, що „... посадові особи та органи держави зобов'язані діяти від її імені та в її інтересах»².

У зв'язку з цим постає питання про значення, поняття, зміст публічного інтересу у кримінальному судочинстві, межі його реалізації та про наявність особливостей у порівнянні з публічним інтересом, загальним для всіх публічних галузей права.

Спеціальні дослідження та публікації з визначення поняття, змісту публічного інтересу в кримінально-процесуальній діяльності відсутні, проте в окремих працях започатковано розроблення цієї проблеми (Ю. П. Аленін, Ю. О. Гурджі)³; в підручниках з кримінального процесу, як правило, публічний інтерес згадується лише як елемент принципу публічності і не більше⁴.

Публічний інтерес обумовлює особливості правового регулювання діяльності – переважним у механізмі правового регулювання кримінального процесу є імперативний метод

Ю. П. Аленін та Ю. О. Гурджі ставлять питання про обумовленість завданнями кримінального судочинства, визначеними ст. 2 КПК України, та про розгляд як складової публічного інтересу у криміна-

Отже, у тих ситуаціях, коли об'єктом злочинного зазіхання є приватний інтерес, приватні права громадянина, в об'єктивній реальності виникає й існує кримінально-правове відношення із суб'єктивним складом: «потерпілий — злочинець,» а не «держава — злочинець», зміст і реалізація якого споконвічно визначене приватними правами одного з його суб'єктів (потерпілого). Тому цьому обов'язку злочинця дати відповідь за вчинений злочин кореспондує право (не обов'язок!) потерпілого на кримінальний позов, - право, що полягає у вимозі до держави (в особі її органів) про кримінальне переслідування винного, притягнення його до кримінальної відповідальності.

Реалізація цього відношення повністю залежить від волі й розсуду потерпілого. Держава не повинна втручатися в чисто суб'єктивний фактор вибору рішення останнім. Тільки в тому випадку, якщо громадянин звертається до уповноважених державних органів з вимогою про притягнення до кримінальної відповідальності осіб, що вчинили діяння, визнані кримінальним законом злочином, у держави виникає обов'язок захистити громадянина, «включити» механізм кримінального судочинства як єдино законний засіб реалізації кримінальної відповідальності. Але в потерпілого, аж до видалення суду в нарадчу кімнату для постановлення вироку, зберігається право на примирення з обвинувачуваним.

Добровільно відмовляючись від позову, він вважає свою суперечку вичерпаною, а право відновленим. У держави в цій ситуації немає й не може бути правових претензій до особи, що вчинила злочин, тому що її права й інтереси тут не порушені, а спірне правовідношення (і право вимоги, право позову) належить не їй, а іншому, рівному їй суб'єктові права. У цій ситуації в об'єктивній реальності немає матеріальних і правових передумов для публічного продовження процесу. Виходячи із цього він повинен бути припинений, як такий, що повністю вичерпав себе в рамках даної суперечки.

Участь прокурора на стороні потерпілого, або порушення ним кримінальної справи за власною ініціативою тут нічого не повинна міняти, тому що в цьому процесі він відстоює й захищає не державний, не публічний, а приватний інтерес.

Законодавчі новели від 26.06.2001 р. тонко відзначили цю особливість у повноваженнях прокурора, обумовивши припинення кримінальної справи в суді, через відмову прокурора від обвинувачення, зго-

¹ Тихомиров Ю.А. Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // Журнал российского права. - 2001. - № 5. - С. 4. Серед інших ознак публічного права автор також називає особливість його суб'єктів; наявність у них певної компетенції, імперативний метод публічно-правового регулювання; особливий його предмет - формування правової системи і забезпечення її стійкості, встановлення механізму і процедур юридичного захисту всіх суб'єктивних прав.

² Петрухин И. Публичность и диспозитивность в уголовном процессе // Российская юстиция. - 1999. - № 3. - С. 24-25.

³ Див., зокрема: Аленін Ю., Гурджі Ю. Публічна природа гарантій прав особи у кримінальному процесі // Право України. - 2003. - № 4. - С. 30-32.

⁴ Див.: Коваленко Е.Г. Кримінальний процес України: Навч. посіб. - К., 2003. - С. 54; Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України: Підручник. - 2-ге вид., перероб. і доп. - К., 1999. - С. 45.

інтереси громадянина¹, охоронювані державою в особливому, публічному порядку. Саме тут держава не тільки вправі, але й зобов'язана виконати свою публічну функцію з охорони й захисту як самої себе, так і законослухняних членів громадянського суспільства, що добровільно делегували їй для цього частину своїх прав і свобод. Винятково в цій ситуації, використовуючи всю міць і примусову чинність свого апарата, держава зобов'язана встановити особу, що вчинила злочин, повно, всебічно й об'єктивно довести її винність перед суспільством і судом і справедливо покарати за вчинене. Тому більш ніж справедливо, що воля й дії держави тут носять публічний характер й, отже, не можуть і не повинні залежати від іншого розсуду, волі або бажання.

Але все кардинально міняється там, де об'єктом злочинного зазіхання є приватний інтерес, приватні права громадянина, що не зачіпають прав й інтересів держави й суспільства. Тут немає місця для розглянутої схеми, тому що громадянин, будучи в правовому відношенні рівним державі, і усвідомлюючи самодостатню цінність своїх прав і свобод, вправі самостійно вирішити, як й у якому порядку йому відстоювати свій порушений інтерес. Звертатися або не звертатися йому до держави за захистом свого порушеного права, або вирішити суперечку приватно, не вдаючись до послуг репресивних державних органів. Законний інтерес особистості в названій ситуації «не має потреби в присвоєнні йому титулу публічного. Він сам по собі являє цінність, яка у кожному разі повинна розглядатися як аж ніяк не менша, чим цінність суспільного інтересу²».

Цей підхід характерний для розвитку світової системи права, основу якої становить правовий інститут диспозитивності. Владно-розпорядницькі повноваження держави в ній зведені до мінімуму, і в галузі кримінального судочинства діє розумний баланс інтересів держави й особистості. По шляху пріоритету прав і свобод особи розвивається в цей час законодавство ряду Скандинавських країн. Останній же означає верховенство індивіда над державою й суспільством, тому що права й свободи особи ставлять межі для державної влади³. Опосередковано із цих же положень виходить і Конституція України.

¹ Про інтерес як джерело норм і об'єкт злочинного посягання див.: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. Т. 1. - М.: "Наука", 1994. - С. 32-36, 178.

² Шадрин В.С. Обеспечение прав личности и предварительное расследование в уголовном процессе. //Государство и право. 1994. - № 4. - С.97.

³ Мюллерсон Р.А. Права человека: идеи, нормы, реальность. М., 1991. - С. 44.

льному судочинстві – „охорона прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть в ньому участь»¹.

У преамбулі постанови Пленуму Верховного Суду України № 4 „Про застосування законодавства, що забезпечує незалежність судів» від 12.04.96 р. (в редакції згідно з Постановою Пленуму Верховного Суду №2 від 03.12.97 р.) вказано на те, що „незалежність і недоторканність не є особистим привілеєм судді, а є способом захисту публічних інтересів, насамперед прав і свобод людини та громадянина». Таким чином і вища судова ланка України, включає захист прав і свобод людини та громадянина до змісту публічного інтересу.

Бачиться, що з кримінальним судочинством пов'язані три групи публічних інтересів:

- Інтереси держави в організації власної правової системи та підтриманні правопорядку, в тому числі шляхом створення органів та процедур для вирішення правових спорів, які підривають принцип правової визначеності як елемент верховенства права. У зв'язку з цим, вказані інтереси держави реалізуються у всіх видах процесу (кримінальному, цивільному, господарському, адміністративному), тому що вони врегульовані публічною владою і здійснюються від імені публічної влади.

- Інтереси держави у забезпеченні реалізації кримінально-правового принципу невідворотності кримінальної відповідальності особи за вчинений нею злочин, у зв'язку з чим на компетентні органи державної влади покладено обов'язок порушити кримінальне провадження за будь-яким випадком злочину.

- Інтереси держави у забезпеченні реалізації кримінально-процесуальних прав учасників процесу.

Тобто друга і третя групи інтересів детерміновані відповідними положеннями кримінального законодавства, а в цілому всі три групи обумовлені захистом прав і законних інтересів осіб, зокрема у галузі кримінального судочинства.

Для більш повного висвітлення питання про місце та характер ін-

¹ Аленін Ю., Гурджі Ю. Публічна природа гарантій прав особи у кримінальному процесі // Право України. - 2003. - № 4. - С. 31. В одному з підручників з кримінального процесу зазначено, що в зміст принципу публічності входить будь-яка діяльність державних органів та посадових осіб, яка здійснюється „на підставі їх посадових повноважень, з їх ініціативи, а не в залежності від розсуду або прохання окремих зацікавлених осіб”, див.: Уголовный процесс / Под ред. П.А. Лупинской. - М., 1995. - С. 92.

тересів в кримінально-процесуальній діяльності доцільно звернутися до наступного аспекту роботи. Відповідно до соціологічного підходу право існує не тільки у вигляді норм, але й є інструментом для досягнення певних цілей, функціонує в суспільстві, реалізується в діях певних суб'єктів¹.

Питання про визначальний характер зв'язку між правовими нормами і правовідносинами в теорії права є суперечливим. Як правило, при викладенні цієї проблеми фіксується пріоритет за юридичною нормою. Як зазначає професор Ю.І. Гревцов: „Ця некоректність і обумовлює некоректність більшості пояснень діалектики норми і відношення, яка зводилась зазвичай до зв'язку юридичної норми і правового відношення, як причини і наслідку. Таке трактування, по перше не відображає сутності справи, а по-друге, вільно чи невільно виливається в пряме перенесення характеристик правової норми на правове відношення»².

Інші дослідники також підтверджують, що „і норма законодавства, і норма правовідносин – це самостійні форми існування права в суспільстві, причому кожна з них може бути і способом відчуження права від його безпосереднього джерела»³.

Таким чином, доцільно визначати характер правовідносин, їх правову природу не за характером юридичної норми, що його регулює, а за об'єктом правовідносин, тобто за природою та специфікою тих матеріальних та духовних явищ, у зв'язку з якими виникає це правовідношення.

Треба пам'ятати про первинність фактичних відносин, які є фактичним джерелом і конкретної юридичної норми.

На нашу думку в кримінальному судочинстві (тобто при здійсненні діяльності, пов'язаної з порушенням, розслідуванням, судовим розглядом та вирішенням кримінальних справ) мають місце два види правовідносин:

Перша група правовідносин спрямована на реалізацію охоронних кримінально-правових відносин, об'єктом яких є кримінальна відповідальність особи, винної у вчиненні злочину чи застосуванні заходів

справа й проведено розслідування (ст. 4 КПК). Особистому розсуду тієї або іншої приватної особи немає місця в структурі зазначених відносин, цілком публічних, інквізиційних по суті й змісті.

Однак у цій «схемі» реалізації кримінально-правових відносин, все-таки є один, але, представляється, досить поверхово з'ясований з публічних позицій момент, що не «вписується» у зазначену систему тез, аргументів і висновків.

Так, якщо й далі послідовно думати, що в чинність одного факту вчинення злочину й покладених на них у кримінально-правовому відношенні суб'єктивних прав й обов'язків, компетентні державні органи зобов'язані в кожному випадку виявлення ознак злочину порушувати кримінальну справу й приступати до розслідування (з метою реалізації завдань кримінального судочинства й своїх цілком публічних прав й обов'язків), то як пояснити бездіяльність зазначених органів у тих ситуаціях, коли у дійсності вчиняються злочини, віднесені до категорії справ приватного й приватно-публічного обвинувачення (ст. 27 КПК)? Справ, в яких порушення процесу (а по справах приватного обвинувачення і його можливий результат) залежать від волі й розсуду не держави, а приватної особи; де реалізація кримінально-правових відносин і самої кримінальної відповідальності ставиться в залежність від думки й позиції приватної особи, яка потерпіла від злочину.

В силу яких об'єктивних причин держава не виконує покладені цілком публічні обов'язки з порушення кримінальної справи, викриттю й покаранню винного? Чому вона, будучи настільки авторитарним суб'єктом зазначених відносин, сліпо слідує волі потерпілого й припиняє кримінальний процес і реалізацію кримінально-правових відносин (а рівно й кримінальної відповідальності) у випадку примирення потерпілого з обвинувачуваним (п. 6 ст. 6 КПК)? Чому основним питанням процесу (про кримінальну відповідальність винного) фактично розпоряджається не всесильна держава, а приватна особа, вперше виявившись «господарем» процесу? І хто ж, з врахуванням сказаного (держави або потерпілий), є реальним суб'єктом зазначених відносин; і чий суб'єктивні права й обов'язки визначають у цій правовій ситуації їхній реальний зміст, розвиток і припинення?

Здається, що схема правових відносин із суб'єктним складом: «держава — злочинець» і всі пов'язані з нею міркування справедлива лише для тих злочинних діянь, де безпосереднім об'єктом злочинного зазіхання (і правової охорони) виступають державні або суспільні інтереси, або

¹ Теория государства и права. Учебник / О.Ф. Скаун, Н.К. Подберезский. - Х., 1997. - С. 303.

² Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. Под ред. проф. М.Н. Марченко. Том 2. Теория права. - М., 1998. - С.273.; Соколов Н.Я. Опыт конкретно-социологического исследования профессионального правосознания // Сов. гос-во и право. - 1985. - № 3. - С. 42-43.

³ Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. Под ред. проф. М.Н. Марченко. Том 2. Теория права. - М., 1998. - С.274.

а) дане відношення виникає в момент здійснення злочину, що повністю сформувалися, і вже в цей момент об'єктивно припускає «наявність кримінально-правової норми (кримінального закону), юридичного факту, що породжує правовідношення, суб'єктів, об'єкта й... зміст»¹;

б) суб'єктами цього відношення є, з одного боку, злочинець, з іншої, держава, тому що злочинець, вчинивши злочин, «ставить себе в певне відношення не до суду й прокуратури,... а до держави, яка завжди й скрізь виступає й діє не інакше, як через свої органи»²;

в) об'єктом зазначених відносин виступає кримінальна відповідальність за вчинене, а змістом: у статиці правових відносин — суб'єктивні права й обов'язки його суб'єктів, у динаміці (у розвитку, реалізації) — взаємодія осіб, «реалізуючі суб'єктивні права й виконуючи покладені на них юридичні обов'язки»³.

Таким чином, «схема» виникнення й реалізації кримінально-правових відносин виглядає гранично просто і логічно, тому що вже в момент вчинення злочину, на особі, яка його вчинила (як на фактичному суб'єкті зазначених відносин), лежить юридичний обов'язок відповідальності за діяння, піддатися за нього засудженню, покаранню й судимості. Аналогічне положення зобов'язаного суб'єкта в правовому відношенні займає й держава. Виступаючи як уповноважений суб'єкт, наділений владними повноваженнями, держава (в особі своїх органів) зобов'язана, а не вправі порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину й прийняти всі передбачені законом заходи до встановлення події злочину, осіб, винних у його здійсненні і їхньому покаранні.

Реалізувати себе кримінально-правові відносини (а рівно й кримінальна відповідальність) можуть лише в рамках кримінального судочинства, тому що процес є форма життя закону, прояв його внутрішнього життя⁴. І тому публічність (в основі якої також лежить обов'язок (ст. 4 КПК) жорстко детермінує норми й інститути кримінально-процесуального права, вимагаючи, щоб «кожен, хто вчинив злочин був підданий справедливому покаранню (ст. 2 КПК.), а в кожному випадку виявлення ознак злочину — була порушена кримінальна

соціальної безпеки до осіб, які вчинили суспільно-небезпечні діяння»¹.

Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 49 КК України² особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею злочину і до дня набрання вироком законної сили минули строки передбачені цією нормою строки давності притягнення до кримінальної відповідальності. Тобто, цією правовою нормою передбачено лише кримінально-правові підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності³. Конкретний же порядок звільнення особи від відповідальності та закриття щодо неї кримінальної відповідальності з вказівкою на певні процесуальні підстави, врегульовано кримінально-процесуальним законодавством⁴.

Правовідносини другої групи, є власно кримінально-процесуальними і пов'язані з забезпеченням процесуальних прав суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, не мають безпосереднього зв'язку з кримінально-правовими нормами та регламентованими ними правовідносинами.

До правовідносин цієї групи слід, на наш погляд, включати:

а) охоронні правовідносини, що пов'язані з застосуванням заходів кримінально-правового та адміністративного примусу (кримінальна відповідальність за свідомо неправдиві показання, відмову від дачі показань, адміністративна відповідальність за злісне ухилення від явки до суду і т.і.);

¹ Слід враховувати, що кримінально-процесуальні відносини обумовлені кримінально-правовими, але не породжені ними, тому що можливі випадки, коли кримінальна справа порушується навіть за відсутності злочину В такому випадку кримінально-процесуальні відносини виникнуть (пов'язанні з перевіркою в порядку статті 97 КПК України заяви про злочин), незважаючи на відсутність кримінально-правових. Див. Назаренко Р.І. Характеристика кримінально-процесуальних відносин на початковому етапі досудового провадження. Автореф. дис....канд. юрид. наук. - К., 2001. - С. 8-9.

² Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2001, N 25-26, ст.131

³ За іншими підставами звільнення особи від кримінальної відповідальності мають бути дотримані ще й кримінально-правові умови звільнення від відповідальності. Так, відповідно до ст. 46 КК України для звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим і відшкодування завданої нею збитки або усунула заподіяну шкоду, недостатньо лише наявності кримінально-правової підстави: примиренням винного з потерпілим, необхідне ще й дотримання кримінально-правової умови - вчинення особою, яка звільняється від відповідальності, злочину а) вперше і б) невеликої тяжкості.

⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Под общей редакцией В.Т. Маляренко, Ю.П. Аленина. - Х., 2003. - С. 37-56.

¹ Карпушин М.П., Курляндский В.И. Уголовная ответственность и состав преступления. М., 1974. - С.15.

² Строгович М.С. Уголовно-процессуальное право в системе норм советского права. //Сов. гос. и право. - 1957. - № 4. - С. 105.

³ Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. - С. 201-202; Санталов А.И. Теоретические вопросы уголовной ответственности. Л., 1982. - С. 49.

⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-изд. Т. 1. С. 158.

б) регулятивні правовідносини, наприклад, цивільно-правові, що пов'язані з оплатою праці адвоката, який приймав участь у кримінальній справі як захисник за призначенням.

В. П. Божьєвим були запропоновані наступні ознаки кримінально-процесуальних відносин:

- правова форма існування;
- застосування в процесі їх реалізації норми не лише процесуального, але й норми матеріального права;
- існування для усіх процесуальних відносин загального об'єкту, для кожного індивідуального – спеціального об'єкту¹;
- системність і множинність процесуальних відносин;
- багатосуб'єктність процесуальних відносин (більшість вчених зазначають, що одним із суб'єктів виступає орган держави (посадова особа), наділені владними повноваженнями)², що дозволяє говорити про переважно публічний характер процесуальних правовідносин.

Приватні інтереси осіб в галузі кримінального процесу диференціюються в залежності від конкретного процесуального статусу особи у кримінальній справі, а також від правового характеру цього інтересу (чи є він законним, тобто таким, що не суперечить встановленим правом заборонам).

Разом з тим, слід зауважити, що у кримінальному судочинстві окремі приватні інтереси (зокрема в процесі доказування) можуть реалізовуватися лише за допомогою публічних засобів.

Традиційно кримінально-процесуальне право відносять до галузей публічного права, як і конституційне, адміністративне, фінансове, кримінальне право, судоустрій, міжнародне публічне право, міжнародне гуманітарне право, так само як і інші види процесів³. Разом з тим однозначна характеристика кримінально-процесуального права як публічної галузі права бачиться нам спрощеною та такою, що не

мої людини — як вищої соціальної цінності й абсолютності її прав і свобод, похідності повноважень і влади держави від прав громадянина, об'єктивно вимагає перегляду, переосмислення всієї конструкції права й правових відносин відповідно до міжнародно-правових стандартів і тих гуманних зобов'язань, які взяла на себе Україна, вступаючи в Раду Європи, і визнаючи загальновизнані норми й принципи міжнародного права в якості невід'ємної складової своєї правової системи (ст. 9 Конституції України).

Приватне життя й приватний інтерес громадянина не можуть більше розглядатися лише як соціальна категорія, що не має правового змісту¹; цілком знаходячись поза правовою дійсністю, правового регулювання, поза правом. Приватний інтерес громадянина, безсумнівно будучи правовою категорією², що об'єктивно відображає ті або інші потреби його приватного життя, повинен, нарешті, бути визнаний офіційним законом у якості рівноправного з інтересом держави й суспільства й захищений ним, у т. ч. від свавільного диктату державної влади.

А оскільки саме в галузі кримінального й кримінально-процесуального права приватний інтерес громадянина найбільше часто ігнорується державною владою й саме тут державний примус найбільше грубо вторгається в сферу особистих, конституційних прав і свобод громадянина, тут і лежать підстава допустимості та межі такого втручання. Наукова розробка яких, дозволить, нарешті, забезпечити реальне панування права, а не довільно встановленого владою закону, і справжній баланс інтересів особистості, держави й суспільства в настільки специфічній галузі державної діяльності.

Бачиться методологічно важливим визначитися в основних моментах такого дослідження, у його концепції й вузлових ланках. На наш погляд, кардинальну зміну поглядів на особистість й її роль у системі державного й громадського життя, а також реалії правової дійсності й об'єктивних потреб практики, вимагають насамперед переосмислення таких основних блоків науково-правової теорії: як теорія правових відносин, об'єкт захисту права, сутність і зміст суб'єктивних прав й обов'язків, принципи права, процесуальна форма і її відповідність змісту кримінального судочинства, як галузі державної діяльності.

Відомо, що одним з наріжних каменів теорії кримінально-правових відносин є теза про те, що:

¹ Див., наприклад: Смолькова И.В. Частная жизнь граждан: основания и пределы уголовно-процессуального вмешательства. - М.: "Луч", 1997. - С. 5.

² Див.: Нерсисянц В.С. Право и закон. М. 1983.

¹ У зв'язку з чим виділяють загальний та спеціальний об'єкти процесуальних відносин.

² Божьев В.П. Уголовно-процессуальные отношения. - М., 1975. - С. 89. Див. також: Муравин А.Б. Уголовный процесс. Учебное пособие. - Х., 2000. - С. 19. Слід зауважити на недопустимість "монополізації" тієї чи іншої проблеми представниками однієї галузі права, на що справедливо звертає увагу проф. Є.Л. Стрельцов. Див. Стрельцов Є.Л. Економічні злочини: внутрідержавні та міжнародні аспекти: Навчальний посібник. - Одеса, 2000. - С. 15.

³ Тихомиров Ю.А. Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // Журнал российского права. - 2001. - № 5. - С. 4. Див. детальніше: Тихомиров Ю. А. Публичное право. М., 1995.

не має «свого» (державного або суспільного) інтересу в даному процесі. Саме ці, внутрішньо збалансовані й несуперечливі, процесуальні форми повинні визначати надалі структуру, сутність і зміст усього кримінального судочинства. Тільки вони дозволять, нарешті, знайти розумний баланс інтересів особистості, держави й суспільства й забезпечити справжню реалізацію цілей і завдань кримінального судочинства, правосуддя й всієї правової системи.

Нарешті, існує дискусія щодо розподілу складів злочинів між провадженнями приватного і публічного обвинувачення.

На сьогодні провадження приватного обвинувачення можливе за трьома складами злочинів: умисне легке тілесне пошкодження – ст. 125 КК України, умисне завдання удару, побойів або вчинення інших насильницьких дій, які завдали фізичного болю і не спричинили тілесних ушкоджень (побой) – ч. 1 ст. 126 КК України та самоправство, тобто самовільне, всупереч установленому законом порядку, вчинення будь-яких дій, правомірність яких оспорується окремих громадянином або підприємством, установою чи організацією, якщо такими діями була заподіяна значна шкода інтересам громадянина, державним чи громадським інтересам або інтересам власника – ст. 356 КК України¹, а приватно-публічного обвинувачення – за одним – зґвалтуванням – ч. 1 ст. 152 КК України. Разом з тим, 34% опитаних слухачів Інституту підготовки професійних суддів² вказали на необхідність доповнення провадження приватного обвинувачення наступними складами злочинів: ухилення від сплати аліментів на утримання дітей (ст. 164 КК), ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків (ст. 165 КК).

Індивідуалістична концепція прав людини, покладена в основу Конституції України, ґрунтується на визнанні виняткової ролі окре-

відповідає сучасній природі кримінального процесу, що може спричинити неправильне формування нової концепції сучасного та демократичного кримінального судочинства.

2. Специфічні суб'єкти публічного права. Виходячи з формули Аристотеля, державу можна вважати «публічним спілкуванням людей», у якому живе і діє «політична людина». Держава як складна соціальна система виступає ведучим суб'єктом публічно-правових відносин — то в цілісному вигляді як офіційний представник суспільства, то через свої органи. Але устрій і життя держави не зводяться до державних органів.

Так і кримінальний процес — складна багатогранна правова діяльність, у якій беруть участь як відповідні державні органи, посадові особи, так і окремі особи, притягнуті у певній ролі до цієї діяльності. І в законі, і в науковій літературі особи, що приймають участь у кримінальному процесі мають різні назви: учасники процесу (гл. 3 КПК, п. 8 ст. 32, ст. 87 КПК); які беруть участь у справі (ст. 19, 20, 22, 53 КПК), особи, які беруть участь у кримінальному судочинстві (ст. 52¹ КПК України), суб'єкти кримінально-процесуальної діяльності¹, суб'єкти кримінально-процесуальних дій², суб'єкти кримінального процесу, учасники кримінального процесу³, учасники процесу⁴, учасники кримінально-процесуальної діяльності⁵, учасники досудового слідства⁶.

У залежності від завдань, змісту й обсягу кримінально-процесуальних прав і обов'язків, характеру і значення діяльності, а також інтересів і цілей участі в кримінальному процесі, відношення до результатів провадження у кримінальній справі, всіх осіб, що беруть участь у кримінальному процесі, розділяють на кілька груп.

Перша, — державні органи, посадові особи, у провадженні яких знаходиться кримінальна справа та відповідальних за її провадження.

¹ Проте попередній КПК УРСР 1927 року передбачав значно ширший перелік складів злочинів приватного обвинувачення. Так, ст. 11 КПК УРСР 1927 р. до цієї категорії злочинів відносила: ст. 150, ст. 146-147, ч. 2 ст. 151, ч. 1 ст. 153, ст. 154, ст. ст. 167, 168, 169, ст. 177 КК УРСР 1927 р., більша частина з яких на сьогодні є декриміналізованою (Кримінальний кодекс Української РСР, прийнятий другою сесією ВУЦВК X скликання 1927 р. Офіційний текст із змінами на 1 вересня 1958 р. та з додатками постатейно-систематизованих матеріалів. К.: Державне видавництво політичної літератури УРСР, 1958. - 162 с.). Крім того, до справ приватно-публічного обвинувачення ст. 12 КПК УРСР 1927 р. відносила: ст. 152, ч. 1 ст. 164, ст. 190, ст. 191 КК УРСР 1927 р.

² Респондентами були особи з вищою юридичною освітою, які мали стаж роботи за спеціальністю не менш як три роки.

¹ Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. - М., 1968. - Т.1. - С.170, Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України. - К., 1999. - С.324.

² Уголовный процесс БССР. - Минск, 1979. - С.345.

³ Советский уголовный процесс : / Под ред. А.С.Кобликова. М., 1972. - С. 315, Советский уголовный процесс. -Л., 1989. - С.172.

⁴ Советский уголовный процесс. М., 1980. - С.276; Курило М.П., Півненко М.П. Участь прокурора в слідчих діях. - Харків, 1998. - С.96.

⁵ Рахунов Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности.- М., 1959. - С.136.

⁶ Стрёмовский В.А. Участники предварительного следствия в советском уголовном процессе. - Ростов-на-Дону, 1966. - С.111.

До них відносять зокрема суд, суддю, слідчого, начальника слідчого відділу, орган дізнання, особу, яка проводить дізнання, прокурора тощо.

До другої групи включаються обвинувачуваний, підозрюваний, захисник, а також потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач і їхні представники. В КПК України (ст. 32) вони названі учасниками процесу.

Слід виокремлювати учасників процесу від осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві. Закон (ст. 52¹ КПК України) до кола останніх включає не тільки названих учасників процесу, а й особу, яка заявила правоохоронному органу про злочин або в іншій формі брала участь у виявленні, запобіганні і розкритті злочину або сприяла цьому; а також свідка, експерта, спеціаліста, перекладача, членів сімей і близьких родичів вказаних осіб, якщо шляхом погроз або інших протиправних дій щодо них вчиняються спроби вплинути на учасників кримінального судочинства.

До третьої групи осіб, що беруть участь у кримінальному процесі М. М. Михеєнко відносить: заявника про злочин, особу, яка дає пояснення органу дізнання, слідчому, прокуророві, судді; свідка, експерта, керівника експертної установи, спеціаліста; перекладача (особу, що може тлумачити знаки німого або глухого); понятого; поручителя; заставодавця; педагога; лікаря; батьків або інших законних представників неповнолітнього свідка, що присутні при його допиті; осіб, разом з якими пізнається пред'являється для впізнання, осіб, які беруть участь у відтворенні обстановки й обставин події; осіб, яких обшуковують або освідчують; особу, у якій беруть зразки для експертного дослідження; особу, яка займає приміщення, в якому проводиться обшук, огляд або опис майна; осіб, присутніх при проведенні обшуку або виїмки; особу, якій передано на збереження майно, на яке накладений арешт, секретаря судового засідання тощо¹.

Цей перелік не є вичерпним. До нього можна ще додати: посадових осіб, яким орган дізнання, слідчий, прокурор вносять подання про причини й умови, що сприяли вчиненню злочину; дипломатичних представників, що можуть дати згоду на проведення обшуку або виїмки в приміщенні дипломатичних представництв; начальника установи, що затримує кореспонденцію або знімає інформацію з каналів зв'язку і сповіщає про це слідчому; представників житлово-експлуатаційної організації або місцевої Ради, підприємств, установ або організацій, яким вручаються копії про-

бути припинений не на основі встановлення об'єктивної істини, а за формальними підставами.

Нарешті, при подібному розумінні цілей, завдань і соціального призначення процесу, він буде гранично логічний й у тій правовій ситуації, коли об'єктом злочинного зазіхання є винятково приватні інтереси, права й воля громадянина, що ставляться до категорії справ частки обвинувачення. У чинність приватних прав громадянина, що потерпів від подібного злочину, йому й тільки йому, як рівноправному (нарівні з державою) суб'єктові кримінально-правових відносин, належить право на кримінальний позов, на вимогу до держави (яка служить не більш ніж засобом захисту його інтересу), про захист свого порушеного права, про притягнення до відповідальності винного. Саме приватний інтерес потерпілого визначає в цій ситуації структуру, сутність і зміст: норми матеріального права, порушеної злочином; кримінально-правового відношення, покликаного охороняти цю норму, і вартість за нею інтерес; кримінально-процесуальної діяльності, як засоби реалізації інтересів потерпілого, втілених у кримінальний позов. Тому саме приватні суб'єктивні права потерпілого визначають початок і можливий результат процесу, реалізацію кримінально-правового відношення й самої кримінальної відповідальності, а його приватний інтерес припиняє кримінальне судочинство у випадку примирення з обвинувачуваним і держава визнає це право приватної особи, уважаючи його рівним собі.

Порушення подібного провадження з волі прокурора (ч. 3 ст. 27 КПК) може й повинне стати предметом негайного судового оскарження з боку громадянина. І якщо громадянин підтвердить у судовому засіданні своє небажання починати й вести кримінальний процес у цій правовій ситуації, суд просто зобов'язаний припинити судочинство й відгородити громадянина від диктату публічної державної влади, тому що у відповідності зі ст. 55 Конституції України права громадянина є безпосередньо діючими й забезпечуються безпосередньо правосуддям.

Звичайно, прокурор може підтримувати обвинувачення й по даній категорії справ. Але в цій правовій ситуації саме його обвинувачення похідне від обвинувачення приватної особи, носить субсидіарний характер і служить лише засобом, до якого звертається потерпілий для захисту своїх порушених прав. Тому відмова потерпілого від продовження суперечки, від захисту своїх прав й інтересів, за допомогою процедури кримінального судочинства, безумовно виключає в названій ситуації й субсидіарне обвинувачення прокурора, що взагалі

¹ Михеєнко М.М., Шибіко В.П., Дубинський А.Я., Кримінальний процес України.-К., 1999. - С.387

ного інтересу, думаючи що істина у справі встановлена, винність доведена й суд, у рамках наданих йому повноважень, просто зобов'язаний розв'язати питання про винність (або невинності) підсудного й міру його відповідальності за вчинене. Роль потерпілого в цьому процесі (якщо він, звичайно, є) вторинна, похідна від ролі прокурора, як органа держави, якому громадяни делегували частину своїх права й свобод й їхній захист. Його обвинувачення носить тут допоміжний (субсидіарний) характер, тому що державний обвинувач, обвинувачуючи від імені держави й суспільства, одночасно обвинувачує й від імені потерпілого. Вимагаючи захисту державного й суспільного інтересу, він одночасно захищає й інтерес приватної особи, що у цій ситуації, як правило, збігається з державним або суспільним інтересом, але все-таки потенційно враховується законодавцем і судом. Більше того, цей потенційний інтерес потерпілого із субсидіарного здатний втілитися (переродитися) в основний, у тих правових ситуаціях, коли прокурор відмовляється від обвинувачення в рамках судового розгляду (ст. 264 КПК), так як незважаючи на подібну відмову, потерпілий наполягає на захисті своїх інтересів і бере функцію обвинувачення на себе; коли правова суперечка залишається в наявності й ціль процесу не вичерпала себе, суд просто зобов'язаний продовжити розгляд справи, встановити об'єктивну істину, і на її основі ухвалити або винести обвинувальний вирок — і, тим самим, захистити особистість, що потерпіла від злочину, або виправдувальний вирок — захистивши підсудного від безпідставного обвинувачення. І в тому й в іншому випадку ціль процесу буде реалізованою. Особа — знайшла адекватний захист засобу процесу й правосуддя, а суд — виконав своє призначення в правовій державі.

Все логічно й у тих правових ситуаціях, коли потерпілий (при відмові прокурора від обвинувачення) у силу тих або інших причин й обставин (добровільне й повне відшкодування збитку, загладжування заподіяної шкоди й т. п.) не бажає взяти на себе функцію обвинувачення, не наполягає більше на продовженні процесу й захисту своїх інтересів, прав і свобод, за допомогою названої процедури, вважаючи свій інтерес відновленим, а права захищеними. У цій правовій ситуації ціль процесу (захист особистості) вичерпала себе й не вимагає більше здійснення завдань судочинства по встановленню істини, викриттю й покаранню винних. Немає більше необхідності й у правосудді, у вирішенні правової суперечки судом. Процес (як процесуальні засоби захисту особистості) повністю вичерпав себе й повинен

токолів обшуку або виїмки; осіб, які під час обшуку, виїмки увійшли в це приміщення й ін. На наш погляд, доцільно виділити в окрему (умовно четверту) групу колективних осіб, що беруть участь у кримінальному процесі: підприємства, установи або організації, колективам яких особа передана на поруки; приймачі-розподільники, куди поміщаються неповнолітні, які вчинили суспільно-небезпечні дії; службу у справах неповнолітніх, якій повідомляють про закриття справи.

Етимологічно учасник — і є той, хто бере участь у чому-небудь¹. До кримінального процесу учасники по-різному залучаються: одні — через публічність своєї посади, обов'язків (суддя, прокурор, слідчий, особа, яка проводить дізнання, начальник слідчого відділу); інші — у зв'язку з реалізацією суб'єктивних прав (потерпілий, цивільний позивач, їх законні представники); треті — за рішенням органа дізнання, слідчого, прокурора й інших компетентних осіб (підозрюваний, обвинувачуваний, свідок, експерт і т. п.); четверті — виконуючи доручення іншого суб'єкта (захисник, представник і т. п.²); п'яті — у зв'язку з проведенням слідчих дій (особа, що знаходиться в приміщенні, у якому проводиться обшук, виїмка, огляд, опис майна; особа, яка під час обшуку увійшла в це приміщення і не може виходити з нього до закінчення слідчої дії, і т. п.).

3. Для суб'єктів публічного права характерна наявність компетенції — предметів ведення і владних повноважень³. Їхні рішення і вказівки відображають веління влади як такої. Тому настільки важливо правильно визначити і розподілити владні повноваження — по «вертикалі» і «горизонталі». На жаль, на практиці у відповідних законах, положеннях про міністерства й ін. не завжди вдається закріпити баланс цілей, повноважень, взаємин і відповідальності державних органів. Вирішення суперечки про компетенцію вимагають своїх процедур.

4. Імперативний метод, має місце, коли суб'єкт із владними повноваженнями встановлює норми в однобічному порядку. Їхній спектр досить широкий — від норм-цілей і норм-принципів до норм-завдань і санкцій. Загальнообов'язковість правових норм задає ту або іншу програму правової поведінки, діяльності правозобов'язаних суб'єктів і як би визначає діапазон вибору ними варіантів правомірної поведінки. І тут важливо не зловживати

¹ Советский уголовный процесс. - М., 1980. - С.329.

² До цієї підстави залучення до процесу (виконання доручення) слід віднести органи дізнання і слідчого, які виконують доручення слідчого, у провадженні якого знаходиться кримінальна справа (ст.ст. 114, 118 КПК України).

³ См.: Тихомиров Ю. А. Теория компетенции. М., 2001.

твердими-імперативними і «наказними» нормами, а використовувати весь спектр норм. Існує необхідність розширення методів договірного регулювання в процесуальному праві. Окремі елементи договірного характеру встановлені вже в чинному КПК України. Мова йде про такі підстави для припинення провадження у справі як примирення потерпілого з обвинуваченим (п. 6 ч. 1 ст. 6 та ч. 1 ст. 27 КПК України) та примирення обвинуваченого з потерпілим (ст. 46 КК України, ст. 8 КПК України).

5. Кримінально-процесуальне право як публічна галузь права визначає основні питання формування правової системи і забезпечує її стійкість.

Рамки публічного права розширюються за рахунок більш широкої взаємодії національного і міжнародного права. Виникає новий вид «загальнопублічних» справ, у рішенні яких зацікавлені багато держав і світова співдружність у цілому. Тут доречно привернути увагу до об'єктів міжнародно-правового регулювання публічних відносин, в галузі кримінального судочинства до більш глибокого аналізу діяльності міждержавних об'єднань і інститутів, (Міжнародного Кримінального суду, Інтерполу) до співвідношення норм міжнародного і національного публічного права, до розвитку порівняльного правознавства в публічній сфері¹.

Виходячи з загального визначення галузі права та враховуючи особливості предмета правового регулювання – кримінально-процесуальної діяльності можна погодитися з наступним визначенням кримінально-процесуального права, як системи правил поведінки (норм права), які регулюють відносини, що виникають у зв'язку з провадженням у кримінальній справі, тобто відносини, які пов'язані з порушенням кримінальної справи, її розслідуванням та судовим провадженням кримінальних справ, з визначенням порядку виконання судових рішень, а також їх перевіркою².

¹ Виноградова О.І. Міжнародне співробітництво України у галузі боротьби зі злочинністю (кримінально-процесуальний аспект). - Автореф. дис....канд. юрид. наук. - Х., 2000. - С. 2; Пашковський М.І, Особливості доказування у кримінальних справах, пов'язаних з наданням міжнародної правової допомоги. - Автореф. дис....канд. юрид. наук. - К., 2002. - С. 2; Маланюк А.Г. Провадження у кримінальних справах, пов'язане з міжнародними відносинами, за законодавством України. - Автореф. дис....канд. юрид. наук. - К., 2004. - С. 4; Гавриш Т.С. Проблеми допустимості доказів, отриманих в ході міжнародної правової допомоги в кримінальних справах. - Автореф. дис....канд. юрид. наук. - Х., 2004. - С. 1; Сизоненко А.С. Використання доказів, отриманих на території інших країн, в кримінальному процесі України. - Автореф. дис....канд. юрид. наук. - К., 2004. - С. 6.

² Уголовный процесс. Элементарный курс / Под ред. Л.Н. Башкатова. - М.: 2001. - С.26

вовідносин: з особи, яка здійснює нагляд за провадженням розслідування, прокурор перетворюється на державного обвинувача (або покладає цей обов'язок на когось з його підлеглих). До речі, уявляється обґрунтованою пропозиція, щоб прокурор перед вирішенням питання про затвердження обвинувального висновку доручав ознайомлення з матеріалами справи саме тій особі, яка підтримуватиме державне обвинувачення¹.

По-друге, співобвинувачення полягає у диспозитивному праві потерпілого приймати участь у судових засіданнях з метою підтримання обвинувачення, здійснюваного прокурором як державним обвинувачем. Крім того, співобвинувачення набуває самостійного значення у випадку зміни прокурором обвинувачення у суді, коли у постанові прокурора ставиться питання про застосування кримінального закону, який передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин, чи про зменшення обсягу обвинувачення. В такому випадку суд роз'яснює потерпілому та його представнику їх право підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі, що надає йому самостійного значення.

Субсидіарне обвинувачення має місце у випадку продовження потерпілим підтримання обвинувачення, коли прокурор відмовився від обвинувачення (ч. 3 ст. 264 КПК України).

Безумовно, громадянське суспільство вправі розраховувати на захист своїх інтересів, прав і свобод у тих правових ситуаціях, коли злочинне діяння зазіхає на державний або суспільний інтерес. Для відособленого розсуду приватної особи тут немає правових і моральних підстав. Публічна природа порушеного інтересу й публічний кримінальний позов з вимогою про встановлення й покарання винного, порушуваний від імені держави й суспільства, і справедливо підтримуваний державним обвинувачем, об'єктивно вимагають публічної кримінально-процесуальної діяльності по порушенню, розслідуванню й судовому розгляду цієї кримінальної справи.

У наявності правова суперечка між державною владою, що вимагає встановлення й покарання винного, і підсудним, обвинуваченим цією владою в здійсненні злочину, охоронюваного в публічному порядку. У повній відповідності зі ст. 3 Конституції України державний обвинувач жадає від суду належного захисту державного й суспіль-

¹ Бурдук В. Участь державного обвинувача у кримінальному судочинстві: Як організувати роботу в районній прокуратурі // Вісник прокуратури. - 2000. - № 3. - С. 82.

ної сили обвинувачений (підсудний) державою не обвинувачується. Обвинувачення формулюється слідчим від його імені і тому має публічний, а не державний характер. Таку логіку важко зрозуміти. Якщо навіть визнати, що обвинувачення висувають органи слідства і дізнання, все одно не треба забувати, що вони уповноважені на це державою. Тим більше, категорично не можна погодитись з тим, що суд під час розгляду кримінальних справ здійснює так зване судово обвинувачення.¹ Судовий вирок, тим більше виправдувальний, є не актом обвинувачення, а актом здійснення правосуддя.

Безумовно, діяльність органів дізнання і досудового слідства певною мірою впливає на формування державного обвинувачення, проте безпосереднім суб'єктом останнього все ж є прокурор. Його обвинувальну діяльність можна поділити на два етапи: 1) порушення державного обвинувачення; 2) підтримання обвинувачення при розгляді справи судом першої інстанції, а в разі потреби – і в контрольних стадіях судового розгляду.

Порушення державного обвинувачення, як правило, пов'язують із затвердженням прокурором обвинувального висновку у справі або зі складанням останнього самим прокурором (якщо він провів розслідування або не згоден з висновком, складеним слідчим), а також з врученням підсудному копії обвинувального висновку (статті 229, 230, 254 КПК України).

Правильно визначив момент виникнення державного обвинувачення В.С.Зеленський: «Державне обвинувачення виникає у тому процесі, де прокурор досліджує обвинувальний висновок і всі матеріали кримінальної справи».² Він вважає, що діяльність прокурора, пов'язана із затвердженням обвинувального висновку, є самостійним процесом, самостійною стадією у загальній системі розвитку кримінально-процесуальної діяльності і цей процес слід назвати «стадією порушення державного обвинувачення».³ Дійсно, затвердивши зазначений акт, прокурор формулює своє переконання у винності конкретної особи. Приймає рішення про затвердження обвинувального висновку і, таким чином, про порушення державного обвинувачення.

Затвердження прокурором обвинувального акта – це юридичний факт, який істотно змінює характер кримінально-процесуальних пра-

Проведення по кримінальній справі ведеться посадовими особами та державними органами, які здійснюють відповідну діяльність як визначену державну функцію. Тому — кримінально-процесуальне право, на думку більшості процесуалістів та теоретиків права, це публічне право, так як регулює відношення суб'єктів, один з яких наділений владними повноваженнями, в тому числі і на застосування засобів примусу.

Таким чином, інтереси, що виникають та реалізуються в кримінальному судочинстві слід розглядати як детермінанти кримінально-процесуальної діяльності взагалі (кримінальне судочинство як вид державно-правової діяльності) і в окремій кримінальній справі та класифікувати їх на публічні і приватні, що дає можливість сформулювати основні висновки щодо висловлених в першому розділі зауважень.

В розділі було подано аналіз розвитку вчення про публічність та диспозитивність в процесуальній теорії (кримінально-процесуальній та цивільній процесуальній), публічності у кримінальному процесі, визначено погляди сучасних авторів на вказані правові категорії, що дозволило зробити висновок про різний рівень розкриття змісту вказаних понять у теорії кримінального процесу.

Досліджено дискусію про широке та вузьке визначення поняття публічності в кримінальному судочинстві, яке не повинно ототожнюватися з принципом законності процесуальної діяльності або її гласності. Крім того, процесуальний принцип публічності виходить за межі зв'язку з матеріально-правовим принципом невідворотності відповідальності, і полягає не стільки в обов'язку порушити провадження у кримінальній справі, а в особливому характері (мотиві) діяльності процесуальних органів, зобов'язаних діяти від імені держави, суспільства та в їх інтересах.

В національному кримінальному процесі має місце певна гіпертрофізація публічного інтересу, яка знаходить своє вираження в повноваженнях прокурора порушувати кримінальні справи т. зв. приватного обвинувачення, в призначенні в примусовому порядку захисника у справах про довільне ув'язнення особи; в „обвинувальних» правах судді (зокрема, в праві повертати справу на додаткове розслідування за окремими підставами, пов'язаними з доповненням, зміною (фактичними або формальними) обвинувачення; в перегляді справи в ревізійному порядку (в чому проявляється недовіра до позиції громадянина, що ставить під сумнів інститут його процесуальної дієздатності).

Питання, дослідженні в цьому розділі дозволяють прийти до на-

¹ Шумський П.В. Прокуратура України. - К., 1998. - С. 105.

² Зеленський В.С. Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе. - Харьков, 1979. - С. 16.

³ Там само. - С. 21.

ступних висновків: а) існує дуалістична природа публічності в кримінальному судочинстві: як принципу кримінального судочинства та як основної ознаки державного кримінального переслідування; б) положення публічності і диспозитивності слід вирізняти з положеннями про змагальність та законність процесу; в) слід диференціювати матеріально-правові та формальні сторони публічності та диспозитивності кримінального процесу України (перші стосуються порушення та закриття справи (тобто розпорядження кримінально-, та цивільно-процесуальними правами), другі – використання сторонами у справі своїх процесуальних повноважень).

З метою розмежування публічності і диспозитивності як правового явища в кримінальному судочинстві слід розрізняти їх як принципи кримінального процесу і елементи методу кримінально-процесуального правового регулювання.

Публічність як принцип кримінального судочинства полягає в обов'язку процесуальних органів діяти в інтересах держави та суспільства, визначається завданнями кримінального судочинства і виходить за межі зв'язків з кримінально-правовим принципом невідворотності покарання.

Диспозитивність як принцип кримінального процесу є можливістю суб'єктів кримінального процесу самостійно або за допомогою захисників/представників обирати засоби, форми захисту і реалізації своїх суб'єктивних прав і законних інтересів.

Принцип диспозитивності є міжгалузевим (процесуальним) принципом кримінального процесу, який полягає в свободі здійснення (або відмови від здійснення) учасниками процесу своїх матеріальних і процесуальних прав.

Цей принцип не є лише функціональним принципом кримінального процесу, тому що визначає також процесуальний статус учасників процесу (не тільки потерпілого, але й інших учасників процесу – цивільного позивача, цивільного відповідача, обвинуваченого, захисників та представників вказаних осіб). Суб'єктний склад осіб, поведінку яких регламентує принцип диспозитивності, включає учасників процесу, та, в певній мірі, інших суб'єктів процесу, які не мають державно-владних повноважень у кримінальному судочинстві (наприклад, свідків – у частині реалізації ними права на захист від самообвинувачення відповідно до ст. 63 Конституції України). В той час як діяльність суду, прокурора, слідчого, органу дізнання та особи, яка провадить дізнання, обумовлена принципом публічності.

Що вказує на центральне положення у визначенні матеріально-правової сторони публічності і диспозитивності такої категорії як обвинувачення.

На сьогодні, в залежності від характеру здійснюваного у кримінальному судочинстві обвинувачення слід виділяти наступні групи кримінальних справ:

- справи публічного обвинувачення;
- справи приватного обвинувачення;
- справи приватно-публічного обвинувачення;
- справи публічно-приватного обвинувачення¹.

Питання про підстави диференціації більшості вказаних категорій справ знайшли відповідне розкриття в спеціальній літературі², а тому вважаємо за необхідне зупинитися на питанні про види самого обвинувачення.

Вважаємо, що на сьогодні в кримінально-процесуальному законодавстві України можна виділити наступні види обвинувачення: державне (публічне), співобвинувачення (субсидіарне) обвинувачення та приватне обвинувачення.

По-перше, існує проблема сутності державного обвинувачення.

Так, П. В. Шумський пропонує відмовитись від самого терміну «державне обвинувачення», замінивши його поняттям «публічне обвинувачення», оскільки, на його погляд, до набрання вищою законом

¹ Див.: Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України: Навч. посібник для студентів юрид. спеціальностей вищих закладів освіти/ за ред. Ю.М. Грошевого. - Харків, 2002. - С. 49-50.

² За результатами дослідження інституту приватного обвинувачення можна виділити його основні ознаки в матеріально-правовому аспекті: а) твердження про здійснення у відношенні його злочину для захисту своїх приватних інтересів може мати місце тільки з боку потерпілого; б) таке твердження є офіційним і робиться перед відповідним органом (судом), наділеним повноваженнями по розгляду скарги потерпілого; в) злочин включений у перелік, переслідування за здійснення яких у кримінальному порядку державою передано на розсуд потерпілих (ст.ст. 125, 126 ч. 1, 356 КК України). До основних ознак приватного обвинувачення в процесуальному аспекті варто віднести наступні обставини: а) воно є особливим видом кримінально-процесуальної діяльності, що має свої специфічні риси при порушенні справи, підтримки обвинувачення в суді; б) ця кримінально-процесуальна діяльність здійснюється в рамках спеціальної правової процедури, що дозволяє приватному обвинувачеві виразити свою волю щодо необхідності залучення кривдників до кримінальної відповідальності; в) актом залучення особи до кримінальної відповідальності є скарга потерпілого та постанова суду (судді) про порушення кримінальної справи. Детальніше див.: Дорошков В.В. Частное обвинение: правовая теория и судебная практика. - М., 2000. - 144 с.

цевому рахунку до падіння ефективності правового регулювання.

Узгодити протилежні інтереси в кримінальному процесі – значить зняти протиріччя між ними або знайти спільний знаменник, взаємовигідну уступку в своїх інтересах, що свідчить про закінчення комбатантних або конфліктних (войовничих) процесуальних відносин. Нонкомбатантність відносин насамперед виявляється в зміні «знаку» публічності процесу, що більше не асоціюється з верховенством одного лише державного інтересу. Вона перестає бути офіційністю, тобто історично успадкованою ще від побудови процесу за розшуковим (інквізиційним) типом вимогою вести справу лише з обов'язку служби (*ex officio*), не зважаючи на інтереси громадян — учасників процесу. Публічність відтепер — на службі всього громадянського суспільства, на відміну від публічно-позовного судочинства, де вона мала характер вузькодержавний і в цьому змісті обслуговувала, у першу чергу, корпоративний інтерес політико-економічних еліт.

В сучасному судочинстві виділяють декілька аспектів зміни „знаку” публічності і посилення диспозитивних засад: 1) поширення інституту доцільності кримінального переслідування; 2) введення медіаційних процедур; 3) поширення договірного правосуддя (угод у кримінальному судочинстві щодо визнання вини чи спрощення провадження).

Однак перш ніж перейти до розгляду питань про можливості посилення диспозитивності кримінально-процесуальної діяльності доцільно звернутися до аналізу існуючих форм публічності і диспозитивності кримінального судочинства.

2.2. Відображення публічності та диспозитивності у змісті та формі кримінально-процесуальної діяльності

Як вже відзначалося, у структурі і диспозитивності, і публічності, як принципів кримінального судочинства можна виділити так звану матеріальну і формальну (процесуальну) сторони.

Матеріальна публічність та диспозитивність кримінального процесу проявляється в наступних питаннях кримінального судочинства:

- порушення провадження у справі;
- формулювання та здійснення обвинувачення (подання та підтримання цивільного позову);
- визнання вини у вчиненні злочину;
- відмова від обвинувачення та закритті провадження кримінальної справи.

Структуру принципу диспозитивності складають не лише вертикальні, але й горизонтальні рівні. Останні полягають у виділенні елементів, пов'язаних з реалізацією учасниками процесу матеріальних вимог і здійсненням процесуальних прав.

Сфера дії принципу диспозитивності (матеріального його елементу) визначається в залежності від виду кримінального провадження (приватного, приватно-публічного, публічно-приватного або публічного обвинувачення).

Публічність як принцип кримінального процесу має домінуючий характер в кримінальному судочинстві, у зв'язку з чим дія диспозитивності має обмежуючий публічність характер.

Від публічності та диспозитивності як принципів кримінально-процесуального права слід відрізнити імперативний та диспозитивний методи правового регулювання кримінально-процесуальних правовідносин. Імперативний метод полягає у встановленні категоричного правила поведінки для суб'єктів права, зміст якого визначено джерелом права і не може змінюватися за розсудом суб'єктів права. Диспозитивний метод, навпаки надає суб'єктам певну альтернативну можливість вибору варіантів поведінки в межах закону, виходячи з певних інтересів, що відповідно проявляється в дискреційних повноваженнях публічних суб'єктів судочинства і в диспозитивних правах приватних суб'єктів процесу.

В цьому розділі з'ясовуються джерела вказаних кримінально-процесуальних явищ і ними бачаться не лише інтереси суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, а й інтереси суспільства у функціонуванні певного рівня судочинства. Інтерес виступає причиною, що примушує суб'єкта кримінально-процесуального права вступати в правовідносини, та є невід'ємною частиною кримінально-процесуальної діяльності.

Про існування інтересів у кримінальному процесі та їх правове значення для кримінально-процесуальної діяльності згадується в Конституції та законах України, а також в КПК України. Так, про інтереси держави мова йде в ст. ст. 4, 20, 29 і т. д. КПК, про інтереси учасників процесу – в ст. ст. 2, 27, 44, 52 і т. д. КПК, про заінтересованих осіб – в ст. ст. 80, 81, 90, 99, 127 і т. д. КПК, аналогічне положення спостерігається і в проекті КПК України, що знаходиться на розгляді в Верховній Раді України. Проте визначення поняття інтересу, встановлення системи інтересів, їх диференціації ні нормативно-правові акти, ані теоретичні дослідження в галузі кримінального су-

дочинства не містять, що може ускладнити правозастосовчу практику, зокрема в частині визначення цінності окремого інтересу в контексті виконання завдань кримінального судочинства.

Будь-який інтерес є взаємопов'язаним з певною потребою особи чи певної спільноти осіб, які разом виступають в якості рушійних сил як окремої людини, так і суспільства в цілому. Проте категорія „потреба» є біосоціальним терміном і використовується на цей час не лише суспільствознавчими, але й біологічними науками, а інтерес має місце лише з соціальними процесами і є продуктом суспільних відносин. Інтерес на відміну від потреби, властивий лише людському суспільству.

В спеціальній літературі виділяють наступні властивості інтересу в аспекті правового регулювання: об'єктивність, нормативність, диспозитивність.

Викладене дозволяє погодитися з висновком про те, що під інтересами слід розглядати усвідомлену необхідність задоволення потреб, що склалися і розвиваються в межах існуючих суспільних відносин¹. В аспекті досліджуваної теми інтерес викликають публічні і приватні інтереси. Приватні інтереси є віддзеркаленням державної кримінальної політики. Визначення приватного (особистого) інтересу як потреби окремих учасників кримінального судочинства з охорони процесуальних прав у зв'язку з залученням їх у кримінальний процес², бачиться не вірною, тому що вказані особи можуть переслідувати у кримінальному процесі приватні інтереси, не пов'язані зі здійсненням процесуальних прав (наприклад, інтерес адвоката у отриманні гонорару тощо), або інтереси протиправні.

Для кримінального судочинства мають значення соціальні інтереси, які можна диференціювати за їх носіями: на публічні та приватні. Останні можуть бути щодо їх правового значення законними та протиправними, які разом з тим мають правове значення для правового регулювання кримінально-процесуальної діяльності. Так, законні інтереси мають в кримінальному процесі захищатися, а їх реалізація має бути забезпеченою процесуальними гарантіями. Протиправні інтереси повинні попереджуватися шляхом викорінення потреби в їх виникненні та встановлення юридичної відповідальності за їх реалі-

Таким чином, конфлікт інтересів держав в галузі кримінального судочинства існувати може, а вирішення його доцільно будувати на врахуванні системи інтересів держав та інших учасників кримінального судочинства.

З огляду на те, що співробітництво поліцейських і судових органів у кримінально-правовій сфері розглядається як одна з трьох існуючих «опор» Європейського Союзу, а також приймаючи до уваги особливу природу права Європейського Союзу, його механізмів і інструментів, безсумнівний інтерес і практичну цінність має вивчення законодавства і практики Європейського Союзу в цій сфері, в тому числі, з точки зору адаптації до нього відповідного законодавства та правозастосовної практики України.

Вивчення юридичної літератури і матеріалів судової та слідчої практики не лише України, але й іноземних держав показує, що питання взаємодії правоохоронних органів країн світу в боротьбі зі злочинністю на сьогодні є надзвичайно актуальним, що обумовлено сучасними викликами часу (насамперед, активізацією терористичної та організованої злочинної діяльності). Злочинність не знає кордонів, їй байдужий інститут громадянства. Піддані різних держав вчиняють злочини в різних країнах. У зв'язку з цим виникає необхідність притягнення до кримінальної відповідальності іноземних громадян, які вчинили злочин в певній державі, але на момент досудового слідства або судового розгляду залишили її територію і перебувають під юрисдикцією іншої держави. Під час провадження у кримінальних справах виникає також необхідність збирання доказів на території інших держав, або виконання в них іноземних судових рішень, що не є можливим без відповідного нормативного та інституційного забезпечення.

Таким чином, конфлікти інтересів обумовлюються тим, що кримінальне судочинство визначається як певного роду діяльність, яка як і будь-яка інша діяльність спрямована на задоволення певного інтересу або групи інтересів. У зв'язку з тим, що кримінально-процесуальна діяльність здійснюється не одним, а декількома суб'єктами судочинства, є ймовірними (а щодо окремих суб'єктів і неминучими) неузгодженість або навіть конфлікт інтересів.

Небажання або нездатність зважати на первинність інтересу, «силовий» юридичний тиск на носіїв інтересів, а тим самим підміна регулювання їхніх взаємин керуванням людьми, неминуче веде на практиці саме до зворотного ефекту — применшення ролі права в житті суспільства, зниження його престижу в очах громадян і в кін-

¹ Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория. - СПб., 2004. - С. 25

² Ноздріна М.О. Диспозитивність як елемент принципу змагальності у кримінальному процесі України. - Автореф. дис....канд. юрид. наук. - Х., 2004. - С. 11.

кримінальної справи. Вказане положення дозволить послідовно вирішити і питання щодо встановлення і дотримання цивілізованими державами принципу *non bis in idem*, розуміючи під ним положення про заборону притягнення особи до кримінальної відповідальності двічі за одне й те ж діяння не залежно від того, де й ким вона вперше притягувалася до відповідальності за те ж діяння.

Одним з прикладів виваженого компромісу щодо юрисдикції держави відносно злочину є відома «справа Локербі» про обвинувачення громадян Лівії у підриві цивільного літака. Лівія видала своїх громадян для притягнення їх до кримінальної відповідальності за умови, що суд буде проходити в Нідерландах. На початку 2001 року троє судів з Шотландії винесли вирок за яким одного з лівійців було визнано винним у скоєнні терористичного акту, а іншого виправдано¹. Вказаний прецедент дозволяє говорити про можливість застосування у кримінальному судочинстві договірної юрисдикції, а відповідно і підсудності *ad hoc*.

Стосовно видачі, якщо прохання про видачу надходять від декількох країн, то держава, до якої звернене прохання, вирішує це питання виходячи з принципів «кращої юрисдикції».

Поява кримінально-процесуальних відносин з іноземним (міжнародним) елементом може викликати колізію (конфлікт) як юрисдикцій (системи повноважень щодо криміналізації, розслідування, вирішення кримінальних справ і покарання осіб, винних у вчиненні злочинів), так і законів (кримінальних і кримінально-процесуальних).

Колізія кримінально-процесуальних юрисдикцій повинна вирішуватися за правилом зручного місця розгляду справи, яке ґрунтується на концепції врахування інтересів у кримінальному судочинстві, спрямованій на концентрацію кримінального провадження в межах однієї правової системи (чи то національної, чи міжнародної).

До системних інтересів в процесі слід віднести: інтереси учасників кримінального процесу (близькість (за громадянством) учасника процесу до установи юстиції, близькість до захисту чи представництва, близькість до місця виконання процесуального рішення у справі); інтереси держави (ефективного захисту учасників кримінального судочинства та покарання осіб, винних у вчиненні злочинів); інтересів юстиції (близькість до місця вчинення злочину, близькість до права, близькість до доказів, близькість до місця виконання рішення у справі).

зацію та за зловживанням процесуальними правами.

З огляду на перспективи подальшого розвитку досліджень у даному напрямку, слід зазначити, що окремого дослідження потребують питання про вплив принципу диспозитивності на поліформізм кримінального судочинства, та креативне його значення для кримінально-процесуальної форми; узгодження диспозитивних та публічних засад кримінального процесу, обумовлених приватними та публічними інтересами судочинства через новий (з точки зору нормативного визначення у національному праві) загальноправовий принцип – принцип пропорційності.

¹ «Справа Локербі» майже завершена // Урядовий кур'єр. - 2001. - 2 лютого. - С. 3.

РОЗДІЛ 2. ПРОБЛЕМИ УЗГОДЖЕННЯ І РЕАЛІЗАЦІЇ ІНТЕРЕСІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Як вже вказувалося в попередньому розділі монографії, об'єктивна діяльність створює ґрунт для виникнення численних, різноманітних і суперечливих інтересів, які ми намагалися виявити та класифікувати. Разом з тим, слід погодитися з Г.Х. Шахназаровим про те, що якщо є важким виявлення інтересів, то тим складнішим є їх узгодження, коли влада вимушена робити вибір між однаково обґрунтованими і справедливими інтересам, вибрати один з них¹.

Розділ другий розкриває особливості реалізації матеріально-правового та процесуального (формального) елементів публічності і диспозитивності на різних стадіях кримінального процесу.

Саме тому, питанню узгодження інтересів в кримінальному судочинстві присвячено окремий розділ роботи.

2.1. Правова природа конфлікту публічних та приватних інтересів у кримінальному судочинстві, шляхи їх узгодження

Вирішення юридичних справ, пов'язаних з різного роду правовими конфліктами, традиційно у всьому світі здійснюється за допомогою державного механізму.

Як вже відзначалося процесуальна діяльність пов'язана, як правило з стиканням, конфліктом інтересів осіб, які приймають участь у процесуальній діяльності (зокрема держави та її органів з одного боку і особи, яка притягується до кримінальної відповідальності з іншого).

Існують три підходи до вирішення таких конфліктів:

- з позиції сили (як правило, застосовується у вирішенні військових конфліктів);
- з позиції права (при застосуванні традиційних форм судочинства);
- з позиції інтересів (при застосуванні альтернативних традиційним процесуальних форм вирішення правових конфліктів)².

Вирішення правових конфліктів (особливо кримінально-правових) з позиції сили бачиться неприйнятним, а тому наш аналіз буде при-

ло зручного місця розгляду справи (*forum conveniens*)¹. Вказане правило, виходячи з вказаних вище інтересів в кримінальному процесі, спрямоване на досягнення так званої концентрації провадження (Х. Шак), тобто зосередження в одній правовій системі переважного кількості його суб'єктів, доказів та об'єкту дослідження (злочину) і його елементів.

У випадках існування конкуруючих юрисдикцій питання про застосування юрисдикції тієї або іншої держави повинно вирішуватися лише на підставі відповідних міжнародних договорів або ж міжнародно-правових звичаїв² за наявності механізму встановленого національним законодавством. Наприклад, в Австрії передбачена, як окремий вид, особлива підсудність при вчиненні злочинів за кордоном держави (§ 54 КПУ Австрійської республіки).

В той же час норми деяких міжнародних угод з цього приводу не є досконалими. Так, стаття 77 Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 року передбачає наступний шлях вирішення юрисдикційної колізії. При обвинуваченні однієї чи групи осіб у вчиненні декількох злочинів справи, які підсудні судам двох чи більше Договірних Сторін, розглядає їх компетентний суд тієї Договірної Сторони, на території якої закінчене досудове розслідування. У цьому випадку справа розглядається за правилами судочинства цієї Договірної Сторони.

Але ця норма не вирішує основного питання: як визначити місце закінчення досудового розслідування, коли злочин розслідувався у кримінальних процедурах декількох держав.

Відповідно до правила зручного місця судового розгляду справи держави, під кримінальною юрисдикцією яких опиняється вчинений злочин, повинні узгодити остаточно місце закінчення досудового слідства і провадження судового розгляду кримінальної справи.

Зацікавлені держави мають передати кримінальне провадження щодо особи (групи осіб), обвинуваченої у вчиненні транснаціонального злочину, і видати самого обвинуваченого державі, на території якої має бути закінчене досудове слідство та пройде судовий розгляд

¹ Шахназаров Г.Х. Социалистическая демократия: некоторые вопросы теории. - М., 1972. - С. 49.

² Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. - М., 2005. - С. 25.

¹ *Forum conveniens* - лат. зручне місце розгляду справи, протилежність *forum non conveniens* - лат. незручне місце розгляду справи, принцип за яким, якщо інтереси правосуддя вимагають розгляду спору в іншому місці, суд може не прийняти справу до провадження і направити її в іншу юрисдикцію. Див. Правовая система Нидерландов. - М., 1998. - С. 301.

² Большой юридический словарь. - М., 1998. - С. 783

захисті суспільних відносин від кримінальних посягань та покарання осіб, винних у вчиненні злочинів.

Разом з тим держава повинна забезпечити учасникам кримінального судочинства (незалежно від громадянства) ефективний правовий захист.

В. Інтереси юстиції. Під інтересами юстиції маються на увазі інтереси слідчого, суду та інших представників юстиції (в тому числі і захисників), пов'язані з реалізацією поставлених перед ними кримінально-процесуальним законодавством завдань.

Перш за все установи юстиції заінтересовані розглядати кримінальні справи про злочини, в яких близькість місця вчинення злочину до цієї установи юстиції є найбільшою.

Це ж положення стосується й близькості установи юстиції до переважної більшості доказів та їх джерел¹. Слідчий, обвинувач, захисник, суд, в такому випадку зможуть оцінювати більшість доказів не звертаючись до фахівців з метою отримання необхідної інформації про матеріальне і процесуальне право (в тому числі доказове) іноземної держави. Крім того, установа юстиції зможе самостійно, без звертання за міжнародною правовою допомогою, зібрати та перевірити більшість доказів. В зв'язку з чим, для судового розгляду гарантується і забезпечується безпосередність дослідження більшості доказів у справі.

Вагоме місце займає і дієвість кримінально-процесуального механізму держав, які мають юрисдикцію над вчиненим злочином (в тому числі можливість виконання вироку).

Як зазначає німецький дослідник Х. Шак, інтересам суду відповідає «... близькість до права; гарантія правильності та авторитет рішення, як правило, вище, якщо суд застосовує не чуже, а йому знайоме право»².

Близькість установи юстиції до місця виконання рішення (вироку) у кримінальній справі виключає необхідність у кримінальному судочинстві процедури визнання вироків (інших процесуальних рішень), тобто іноземний суд не повинен займатися знову цією ж справою.

Вищевикладене дозволяє запропонувати закріпити у міжнародних договорах та національному процесуальному законодавстві з метою вирішення конфлікту кримінально-процесуальної юрисдикції прави-

¹ При цьому слід зважати на якісну і кількісну більшість доказів і їх джерел. Перевага повинна надаватися прямим і первинним доказам.

² Шак Х. Международное гражданское процессуальное право: Учебник. / Пер. с нем. - М., 2001. - С. 96.

свячено двом іншим подходам.

Вирішення конфлікту¹ лише з позиції права є в певній мірі небезпечним з того погляду, що вже містить по суті основу зародження нового конфлікту, навіть не зважаючи на те, що право є компромісним, „обдуманим» варіантом узгодження різнорідних інтересів². Право є ідеальною моделлю суспільних відносин, під яку повинні підводитися фактичні відносини, що складаються у реальному світі, та право не може бути таким же динамічним як інтереси учасників правовідносин. Тому ігнорування всієї множинності фактичних ситуацій, а особливо ігнорування інтересів суб'єктів, яких стосується ця ситуація, може призвести до їх незадоволення станом правового регулювання, а відповідно і процесуальним рішенням, заснованим на правових нормах.

Наприклад, ч. 1 ст. 75 КК України передбачає можливість звільнення винного від відбування покарання з випробуванням, якщо суд при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання. І в прийнятті такого рішення можуть бути заінтересовані, наприклад, як підсудний (тому що щодо нього реально покарання застосовуватися не буде), так і потерпілий (тому що він має надію на те, засуджений, знаходячись на волі буде мати змогу більш швидко відшкодувати шкоду, завдану злочином). Однак характер обов'язків, що можуть бути покладені на засудженого, звільненого від покарання (ст. 75 КК України), не враховують інтереси потерпілого щодо відшкодування завданої шкоди (так, наприклад, засуджений не зобов'язується у найкоротший термін працевлаштуватися та здійснити заходи з відшкодування шкоди, завданої злочином або власної працею відновити пошкоджені злочином матеріальні об'єкти), що вже створює підґрунтя для незадоволення потерпілим вирокіом суду, а відповідно породжує новий правовий конфлікт,

¹ Слід звернути увагу на те, що у кримінальному судочинстві розглядаються правові конфлікти, що виникли поза його межами, наприклад, злочин щодо якого ведеться кримінальна справа, а також конфлікти, що виникли під час здійснення кримінально-процесуальної діяльності - допит особи щодо її певної поведінки, проведення виїмки документів на підприємстві, застосування до обвинуваченого запобіжного заходу тощо.

² Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория. - СПб., 2004. - С. 34.

який виражається в апеляційному оскарженні рішення суду про звільнення особи від покарання з випробуванням.

В умовах демократичного суспільства, посилення захисту інтересів людини, особливо кримінально-правовими і кримінально-процесуальними заходами, бачиться необхідним застосування в кримінальному судочинстві також і останньої позиції вирішення правових конфліктів, що виникають або розглядаються у кримінальному судочинстві – позиції інтересів (особливо у справах про нетяжкі злочини, а також злочини середньої тяжкості)¹.

Слід звернути увагу на особливість реалізації та узгодження публічних та приватних інтересів.

Публічні інтереси, на наш погляд, в межах однієї правової системи не можуть бути колізійними між собою, а приватні, навпаки, як правило, вступають в суперечність один з одним. Так, як це має місце у випадку з так званим колізійним захистом, тобто захистом підозрюваних, обвинувачених, інтереси яких прямо суперечать². В одній з постанов пленуму Верховного Суду України встановлена навіть презумпція колізійності інтересів неповнолітнього та дорослого співучасників злочину у кримінальному судочинстві³.

Кримінально-процесуальна діяльність – це владна діяльність. Вона спрямована на задоволення суспільної потреби, яка проявляється в тому, щоб особи, які вчинили злочин, з додержанням демократичних правил процедури були визнані винними та понесли справедливе покарання. З цим пов'язана вимога не допустити притягнення до відповідальності невинної особи.

Суспільний інтерес в даному випадку є визначаючим. Ним визначенні в кримінально-процесуальному праві завдання судочинства та

по-новому підійти до визначення межі дій національного процесуального закону і національної процесуальної юрисдикції в просторі.

Критерій правової близькості, тобто найбільш тісний зв'язок установ кримінальної юстиції між собою, з учасниками процесу, з доказами та самою подією злочину.

А. Інтереси в процесі учасників кримінального процесу (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного та потерпілого).

Учасники кримінального процесу (маються на увазі перш за все особи, які притягуються до кримінальної відповідальності, а також потерпілі), як правило заінтересовані, щоб їх справа розглядалася та вирішувалася у межах юрисдикції держави їх громадянства. Це перш за все обумовлено, певним рівнем знання національної правової системи, мовним, ментальним¹, майновим факторами. Слід враховувати, що наприклад, не кожен громадянин України спроможний запросити іноземного адвоката до участі у кримінальній справі у якості захисника чи представника, а участь вітчизняного фахівця права в іноземному процесі може бути виключеною на підставі відповідного положення іноземного законодавства². Крім того, виникає проблема з адаптацією нашого співвітчизника в іноземному мовному середовищі (у випадку застосування до нього запобіжних заходів або міри покарання, пов'язаних з обмеженням волі).

Таким чином, потрібно враховувати близькість (за громадянством) учасника процесу до установи юстиції, до захисту чи представництва, близькість учасника процесу до місця виконання процесуального рішення у справі.

Б. Інтереси держави в процесі. Кримінальне судочинство спрямоване на забезпечення публічного інтересу, тобто інтересу держави в

¹ З іншого боку під час розгляду кримінальних справ про тяжкі злочини доцільно формувати і середню позицію, коли справа буде вирішуватися з врахуванням і публічних, і приватних інтересів у межах встановлених традиційних правових форм судочинства.

² Кипнис Н.М. Допустимость доказательств по новому УПК. В кн.: Возможности защиты в рамках нового УПК России: материалы Науч.-практ. конф. адвокатов, провед. Адвокат. палатой г. Москвы при содействии Коллегии адвокатов «Львова и партнеры» 17 апреля 2003 г. / Под ред. Г.М. Резника, Е.Ю. Львовой]. - М., 2004. - С. 10-46. - С. 19.

³ Так, в п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 16 квітня 2004 року „Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх ” вказано, що здійснення захисту неповнолітнього і дорослого співучасників злочину одним і тим самим захисником не допускається.

¹ Під менталітетом (від англ. Mentality -спрямування, склад розуму) ми розуміємо сукупність та специфічну структуру, склад різних психічних властивостей, якостей, особливостей та проявів, що використовуються для позначення оригінального способу мислення, складу розуму і розумонастрою. Див. Політологічний енциклопедичний словник. - К., 1997. - С. 196.

² Так, в кримінальному судочинстві Англії здійснювати захист вправі лише адвокати - баристери і соліситори. Відповідно до § 138 КПК ФРН як захисники можуть бути запрошені адвокати, допущені в одному з німецьких судів до професійної діяльності після складання відповідних іспитів, а також викладачі права вищих навчальних закладів. Інші особи, запрошені обвинуваченим, можуть бути допущені тільки з дозволу суду. Стаття 114 КПК Франції встановлює, що слідчий суддя роз'яснює обвинуваченому право обрати захисника з числа внесених у список адвокатів, або з числа адвокатів-стажистів, або з числа повірених, або в разі неможливості зробити вибір сам призначає захисника.

розв'язання колізії кримінально-процесуальної юрисдикції, яка має вирішуватися процесуальними та міжнародно-правовими засобами.

Таким чином, конфлікт кримінально-процесуальної юрисдикції пов'язаний з вирішенням наступних питань:

- про підвідомчість (слідність і підсудність) кримінальної справи про злочин;
- про виконання рішення у кримінальній справі;
- про провадження процесуальних дій за межами державної території України.

В той же час вирішення конфлікту кримінально-процесуального закону пов'язане з питаннями про можливість застосування іноземного процесуального закону на території України і, навпаки, застосування українського процесуального законодавства на території іноземної держави (що має безпосередній зв'язок з оцінкою доказів).

Стаття 3 КПК України встановила, що провадження у кримінальних справах на території України здійснюється за правилами цього Кодексу незалежно від місця вчинення злочину, а норми КПК застосовуються при провадженні в справах про злочини іноземних громадян і осіб без громадянства, за винятком осіб, які користуються правом дипломатичної недоторканності.

Ми вважаємо, що увагу слід звернути на два основних принципи кримінально-процесуальної юрисдикції:

- територіальний – відносно простору, щодо якого діє відповідна юрисдикція;
- особистий (національний) – відносно громадянства особи, які приймають участь в кримінально-процесуальній діяльності.

В кримінально-процесуальному праві (не лише України) традиційно тривалий час вважалося, що воно має суворо визначену просторову сферу дії, обмежену територією відповідної держави. Наприклад, в Італії це положення було сформульовано в 1969 році рішенням Римського апеляційного суду у вигляді правила: суд не вправі проводити допит осіб, що знаходяться на території іншої держави, навіть за згоди останньої, тому що це буде порушенням права Італії і суверенітету іноземної держави¹. Подібні ж правила передбачало законодавство чи судова практика багатьох інших країн світу.

Процеси глобалізації спонукали піддати ревізії вказане правило і

шляхи їх реалізації, а також обсяг суб'єктивних прав окремих осіб при провадженні в кримінальній справі.

Разом з тим, в інтересах суспільства порядок провадження в кримінальній справі має бути врегульований таким чином, щоб захистити права та інтереси окремої особи від необґрунтованого застосування засобів державного примусу, в тому числі кримінального покарання. За особою визнається право відстоювати самостійно свій особистий інтерес в кримінальній справі.

Нашою правовою наукою теза про те, що в умовах радянської держави (... яка служить інтересам народу) і права (... що виражає волю народу) інтереси окремої особистості настільки повно, органічно й адекватно зливаються з інтересами держави та суспільства, що в принципі немає й не може бути ніякої істотної різниці, а тим більше антагоністичних протиріч, між приватними інтересами окремого індивіда й публічними інтересами держави й суспільства. Відповідно до цього принцип пріоритетної охорони державних і суспільних інтересів домінував у галузях матеріального права, а принцип публічності не просто пронизував сферу кримінально-процесуальної діяльності, що служили не лише єдиними засобами реалізації норм і положень кримінального права, а буквально придушували усяке інше, не державне, розсуд в основних моментах процесу¹.

Вказаний висновок підтверджується і теорією кримінально-правових відносин, відповідно до якої суб'єктами кримінально-процесуального відношення могли бути лише держава й злочинець; змістом — публічні права й обов'язки його суб'єктів; об'єктом — кримінальна відповідальність за вчинене; а реалізація й припинення цього відношення цілком залежали від волі й розсуду самої держави².

Інтерес особи, яка постраждала від злочину, не говорячи вже про інтерес особи, яка притягується до відповідальності, при цьому практично не приймався до уваги, а сама ця особа навіть не сміла мріяти про те, щоб коли-небудь стати рівноправним суб'єктом зазначених відносин, чия воля й чий інтерес міг би реально визначати їх зміст, реалізацію або кінцевий момент³.

¹ Ковтун Н.Н. Частная жизнь и частный интерес гражданина как категория уголовно-процессуального права // Государство и право. - С. 17.

² Див.: Огурцов Н.А. Правоотношения и ответственность в советском уголовном праве. Учебное пособие. - Рязань, 1975. - С. 15.

³ Див.: Ковтун Н.Н. Соотношение частных и публичных начал в уголовном судопроизводстве РФ: время выбора. // Государство и право. - 1995. - № 11. - С. 66-70.

¹ Italian Yearbook of international Law. Vol. 1. 1975. P. 261 et seg.

Багато в чому подібне положення особистості було характерно й для сфери кримінально-процесуальних відносин, де категорії «диспозитивності», «змагальності», «кримінального позову», визнані як ведучі засади кримінального судочинства практично всією системою англосаксонського, і частково континентального права, у нашому процесі й процесуальній науці неминуче піддавалися публічному остракізму, а будь-яка спроба досліджувати їх апріорі визнавалася марною, науково неспроможною й ідеологічно шкідливою¹.

Наприклад, в Російській Федерації погляд на кримінальний процес, як на позовне провадження², де рушійним і визначальним началом процесуальної діяльності є категорія «обвинувачення-позову» (публічного — з боку держави, відстоюваного й підтримуваного, як правило, прокурором; і в ряді випадків: самостійного, але безумовно рівного йому, приватного позову — особи, яка потерпіла від злочину), виявився настільки забутим, що повернутися до його розгляду не змогли (або не захотіли?) ні розробники концепції судово-правової реформи в Російській Федерації, ні автори нового КПК. Аналогічне відношення спостерігається і в Україні. В результаті у процесі, а також у законодавстві, як і раніше, домінує публічність, а окремі спроби ввести змагальність і диспозитивність у вітчизняне кримінальне судочинство не приносять помітних успіхів.

Узгодження можна подати як „зважування” інтересів, та є способом виявлення стану взаємозв’язків між ними³. Цьому питанню присвячено широке коло філософських праць⁴, та перед нами стоїть завдання вирішення прикладного завдання стосовно кримінального судочинства. У зв’язку з цим бачиться доцільним імплементувати практику Європейського Суду щодо узгодження протилежних інтересів у кримінальному судочинстві (як правило, такими конфліктни-

кону співпадають¹, то межі дії кримінально-процесуального закону України і кримінально-процесуальної юрисдикції можуть відрізнятися.

Кримінальний Кодекс України від 5 квітня 2001 року встановив наступні принципи дії кримінального закону і, відповідно — кримінальної юрисдикції України: територіальний (стаття 6 Кодексу), громадянства (стаття 7)², персональний та універсальний (стаття 8). Останні два принципи відносяться до екстериторіальних принципів, тому що не пов’язані з територією держави, яка встановлює юрисдикцію над злочинцем. До числа вказаних принципів слід додати пасивний персональний принцип, який враховує громадянство потерпілої особи (резидентність юридичної особи) і витікає з обов’язку держави захищати своїх громадян та юридичних осіб за кордоном; та міжнародну кримінальну юрисдикцію міжнародних судових органів³.

Існування в законодавстві так званих екстериторіальних принципів юрисдикції безумовно може спричиняти конфлікт юрисдикції декількох держав. Цілком ймовірною може бути ситуація, за якої декілька держав (в тому числі й Україна) будуть зацікавлені і правомочні притягнути до кримінальної відповідальності певну особу (групу осіб), яка порушила їх кримінальне законодавство⁴. У зв’язку з цим, установи юстиції вказаних держав, що уповноважені приймати рішення про порушення, розслідування та вирішення справи щодо цієї особи, зобов’язані будуть здійснити відповідно до свого статусу необхідні процесуальні дії. Нарешті, щодо вказаної особи може бути винесені вироки у декількох державах, але кінцевої мети кримінального права — покарання злочинця зможе досягти лише одна держава, яка залучить вказану особу до своєї юрисдикції. Таким чином, правосуддя більшості вказаних країн спрацьовує вхолосту, безрезультатно. Вирішенню цієї проблеми має бути направлений інститут

¹ Див.: Давыдов П.М. Обвинение в уголовном процессе. // Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1973. - С. 11; и др.

² Див.: Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство. - Изд.: "Право". (3-е пересмотренное). СПб., 1916. С. 1-18, 268-270, 291-299; Михайловский И.В. Основные принципы организации уголовного суда. - Томск, 1905. - С. 87-94.

³ Червонюк В.И., Гоймак-Каминский И.В. Согласование интересов как вид современных законодательных технологий // Государство и право. - 2004. - № 8. - С. 34.

⁴ Ще Аристотель вказував на первинність загального інтересу в порівнянні з приватним. Див.: Аристотель. Никомахова етика. Соч.: в 4 т. Пер. с древнегреч. / Общ. Ред. А.И. Довантура. - М.: Мысль, 1983. - Т. 4. - С. 55-293. - С. 55; Аристотель. Политика. Соч.: в 4 т. Пер. с древнегреч. / Общ. Ред. А.И. Довантура. - М.: Мысль, 1983. - Т. 4. - С. 375-644. - С. 379.

¹ Навіть у випадку передачі до України іноземного кримінального провадження, чи видачі іноземною державою обвинуваченого, суспільно-небезпечна дія буде кваліфікуватися як злочин за кримінальним законодавством України.

² Цікавим є приклад з кримінального законодавства Франції. Стаття 113-6 КК Франції 1992 р. встановлює, що французький громадянин, який вчинив злочин за межами території Республіки, повинен нести відповідальність, якщо ці дії підлягають покаранню за законодавством тієї країни, де вони скоєні.

³ Дослідженню міжнародної кримінальної юрисдикції присвятили значну частину своєї праці І.П. Бліщенко та І.В. Фісенко. Див. Международный уголовный суд. - М., 1998. - С. 153-175.

⁴ Згадаймо справу Августо Піночета, коли за вчиненні ним злочини, були порушені кримінальні справи у декількох країнах світу: Чилі, Іспанії, Франції і т.д.

У вітчизняній теорії держави і права поняття «юрисдикція» визначається більш вузько, як встановлена законом або іншим нормативно-правовим актом сукупність правових повноважень відповідних державних органів вирішувати правові суперечки і справи про правопорушення, а також оцінювати дії особи або іншого суб'єкта права з точки зору їх правомірності, застосовувати юридичні санкції до правопорушників¹. Стосовно кримінального судочинства можливо зазначити на певному взаємозв'язку терміну «юрисдикція» у приведеному вище значенні з терміном «підвідомчість» (підслідність та підсудність) кримінальних справ, але якщо перший є характеристикою правового статусу певних установ юстиції, то останній (підвідомчість) – сукупністю властивостей кримінальної справи². На це вказує зокрема, інше визначення юрисдикції (держави) як права судових і адміністративних органів держави з розгляду і вирішення справ відповідно до їх компетенції³.

Судова юрисдикція держави стосовно вчинених злочинів полягає у кримінальній юрисдикції – повноваженні держави встановлювати кримінально-правові заборони і карати винних осіб, і в кримінально-процесуальній юрисдикції – сукупності повноважень держави в особі її органів з розслідування факту суспільно-небезпечної дії, встановлення і переслідування винної особи, вирішення кримінально-публічного позову по суті.

Трохи вище нами було наголошено на первинності кримінально-правових відносин щодо кримінально-процесуальних, а тому слід порівняти межі повноважень держави, які охоплюються кримінальною і кримінально-процесуальною юрисдикцією.

Правовій науці відомо три параметри дії закону та владних повноважень держави: у просторі, у часі, та щодо кола осіб.

І якщо межі кримінальної юрисдикції і межі дії кримінального за-

ми інтересами є публічні і приватні інтереси), що передбачає такий інструмент як їх пропорціоналізацію.

Слід вказати на те, що в практиці Європейського Суду з прав людини врахування публічного і приватного інтересу пов'язано з дією нового для нас принципу судочинства – пропорційності (відповідності), тобто мінімальне і достатньо необхідне для досягнення поставлених перед судочинством цілей використання будь-яких процесуальних засобів. Цей принцип забезпечує рівновагу між публічними та приватними інтересами з метою уникнення конфлікту між ними.

Так, статті 8-11 Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р. дозволяють втручання у матеріальні права лише тією мірою, якою воно є «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення конкретних законних цілей¹.

Це означає, що має існувати нагальна суспільна потреба для такого заходу, і що цей захід має бути пропорційним меті, яку він переслідує.

Зазначається, що концепція демократичного суспільства є домінуючою у Конвенції і визнається основною рисою європейського

¹ Звісно, що таке втручання має бути передбачене законом. У преамбулі до Конвенції та у Статуті Ради Європи є посилання на принцип верховенства права, який був важливою рушійною силою у формуванні системи Конвенції (Див., наприклад, рішення у справі Голдер проти Сполученого Королівства (Golder v UK) (1975) // 1 EHRR 524, п. 34.). Отже, принцип правової певності є властивим усьому праву Конвенції (Див., наприклад, рішення у справі Маркс проти Бельгії (Marckx v Belgium) (1979-80) // 2 EHRR 330, п. 58.). Наприклад, статті 8-11 вимагають, щоб будь-яке втручання у права було "відповідним до закону або передбаченим законом". Згідно зі статтею 5 будь-яке тримання під вартою має бути законним та "у відповідності з процедурою, встановленою законом", стосовно як процесуального, так і матеріального права. Стаття 7 вимагає певності норм кримінального права. Це означає, що правова підстава (включаючи первинне, вторинне законодавство, загальне право та правову систему Ради Європи) для будь-якого втручання у права, закріплені Конвенцією, має бути достатньо зрозумілою та сформульованою досить чітко, щоб надати особі можливість регулювати свою поведінку: особа "повинна мати змогу, а якщо виникне потреба, з відповідною порадою, - розумною за даних обставин мірою, передбачити наслідки, що можуть впливати з даної дії" (Рішення у справі Sunday Times проти Сполученого Королівства (Sunday Times v UK) (No. 1), (1979-80) // 2 EHRR 245, п. 49). Отже, вимога щодо законності не лише потребує конкретної правової норми або режиму, який дозволяє втручання, але також стосується і якості конкретної норми внутрішнього положення. Якщо норми внутрішнього права передбачають свободу дій, вони мають також визначати обсяг такої свободи (Рішення у справі Сільвер проти Сполученого Королівства (Silver v UK) (1983) // 5 EHRR 347, пп. 88-89).

¹ Див. Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия /Под ред. М.Ю. Тихомирова, М., 1998. - С. 504.

² Див.: Подследственность уголовных дел /З. З. Зинатуллин, М. - С. , Салахов, Л. Д., Чулюкин; Науч. ред. И. Х. Хамидуллин. - Казань, 1986.

³ Большой юридический словарь. - М., 1998. - С. 783. Існують також й інші, більш вузькі, тлумачення юрисдикції, наприклад, лише як виконавчої. Так, М.Ю. Черкес обмежує коло юрисдикційних повноважень лише можливістю застосування примусу і говорить про юрисдикцію як можливість застосування примусу в межах певної території і відносно підвладної особи. Див. Черкес М.Е. Международное право: Учебное пособие. - Одесса, 1998. - С. 6.

громадського порядку: «демократія... виявляється єдиною політичною моделлю, передбаченою Конвенцією¹, а, отже, і єдиною сумісною з нею². На цю модель є посилання у преамбулі до Конвенції, та існує вимога, що будь-яке обмеження прав, наданих статтями 8-11, має бути «необхідним у демократичному суспільстві».

Отже, Європейський Суд з прав людини приділяє особливу увагу відстоюванню прав, які стосуються цієї концепції. Наприклад, вважається, що свобода політичної дискусії лежить в основі концепції демократичного суспільства, але вона також торкається свободи преси загалом і може застосовуватися у рішеннях у справах, пов'язаних з правом на свободу мирних зібрань, свободу думки, совісті та віросповідання, а також правом на вибори.

Оцінюючи пропорційність конкретного заходу, Європейський Суд з прав людини розглядає питання, чи існують альтернативні засоби захисту відповідного громадського інтересу без будь-якого втручання взагалі, або щодо обсягу такого втручання³, а також оцінює, чи є підстави для такого втручання „доцільними» та „достатніми» для його виправдання. Ще однією вимогою є те, що процес прийняття рішення щодо заходів втручання має бути справедливим. Існування ефективного контролю за заходами, яких вживають органи влади, є також чинником, що має відношення до оцінювання пропорційності. При оцінюванні пропорційності державі дозволяється певна свобода дій або „обсяг свободи дій держави при обмеженні прав».

При оцінюванні пропорційності конкретного втручання у будь-яке право, гарантоване Конвенцією, Суд застосовує концепцію обсягу свободи дій держави при обмеженні прав: у принципі, державні органи можуть краще прийняти рішення щодо необхідності обмеження⁴.

Крім його застосування у межах концепції пропорційності, закріп-

¹ Рішення у справі *Обершлік проти Австрії* (*Oberschlick v Austria*) (1991) 19 EHRR 389, п. 58.

² Рішення у справі *Об'єднана Комуністична партія та інші проти Туреччини* (*United Communist Party and Others v Turkey*) (1998) 26 EHRR 121, п. 45.

³ Це положення вказує не лише на можливість застосування будь-якого примусового заходу у кримінальному судочинстві взагалі, але й на можливість самого кримінального судочинства у традиційній публічній формі, коли є можливість розв'язати кримінально-правовий конфлікт (обвинувачення) у межах альтернативних (диференційованих) форм кримінально-процесуальної діяльності, наприклад, шляхом провадження за приватним обвинуваченням або з застосуванням процедур з примирення (медіації) тощо.

⁴ Це суперечливе поняття, яке наражалося на критику як неправильне в принципі та невизначене щодо застосування.

ства пов'язаний з вирішенням наступних питань:

а) вирішення питання про місце провадження досудового розслідування та судового розгляду у випадку можливості розгляду справи установами юстиції декількох держав;

б) встановлення можливості виконання процесуальних дій та застосування на території іноземної держави заходів примусового характеру, передбачених законодавством держави, у якій провадиться кримінальне судочинство;

в) визначення процесуального закону, відповідно до якого повинні збиратися та оцінюватися докази, отримані в межах іноземної (по відношенню до місця провадження кримінальної справи) юрисдикції.

Незважаючи на те, що вітчизняне процесуальне законодавство ігнорує поняття «юрисдикція»¹, аналіз загальнотеоретичної і галузевої правової літератури дозволяє зробити висновок про два підходи до визначення поняття юрисдикція: широкого та вузького.

Інститут юрисдикції (від лат. *iurisdictio* – «право» + «говорю», «судочинство») набув найбільшого розвитку в галузі міжнародного права, де під ним розуміють широке правове явище і пояснюють його як визначену державою можливість і допустимість очікувати і вимагати здійснення своїх правових велінь (приписів та заборон) і забезпечувати їх здійснення². Зважаючи на неоднорідність вказаних повноважень держави виділяють наступні три їх основні функціональні групи:

а) повноваження ухвалювати закони відносно осіб, речей або подій, про які йдеться (законодавча юрисдикція);

б) повноваження судів та інших юрисдикційних органів держави заслуховувати справи, що стосуються осіб, майна або подій, про які йдеться (судова юрисдикція);

в) повноваження на фізичне втручання, здійснюване виконавчими органами, щодо осіб або майна, про які йдеться (виконавча юрисдикція)³.

¹ В той же час Конституція України в ст. 124 передбачає, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі, а також говорить про суди загальної юрисдикції.

² Черниченко С.В. Теорія міжнародного права. Т. 1. - М., 1999. - С. 147. Деякі вчені-міжнародники цілком справедливо зазначають на необхідність обережного вживання терміна «юрисдикція», що може означати і певну територію, і певну компетенцію, і систему повноважень, які здійснює держава відносно осіб, майна або подій. Див. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / Пер. з англ. - Х, 2000. - С. 163.

³ Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / Пер. з англ. - Х, 2000. - С. 163.

Слід зазначити, що наявність у правовідносинах іноземного елементу викликати так звані «колізійні питання», пов'язані з необхідністю вирішення проблеми застосування «колідуючих» (стикаючихся) законів декількох держав (як матеріальних норм, так і процесуальних): закону кримінальної справи (суду, слідчого) та закону іноземного елементу, тобто закону тієї держави, до якої відноситься іноземний елемент у кримінальній справі або права міжнародної організації¹. Та «колізійні питання» не вичерпуються лише проблемою вибору матеріально-правової чи процесуальної норми, тому що існує ще дилема вибору юрисдикції, в якій повинен вирішуватися відповідний правовий спір (тобто проводиться розслідування, здійснюватись правосуддя у певній кримінальній справі).

У зв'язку з цим, потрібно зробити висновок, що конфлікт публічних інтересів декількох держав є результатом конфлікту їх законів та конфлікту юрисдикцій щодо конкретної кримінальної справи, хоча інший, більш загальний інтерес щодо протидії злочинності взагалі і розкриття злочину, покарання винного, зокрема може бути єдиним.

Вчинення злочину, обтяженого іноземним елементом², знаходження об'єкта кримінально-процесуальної діяльності за межами України, як правило, пов'язане з колізією юрисдикцій. Конфлікт юрисдикцій пов'язаний з вирішенням питання про державу суду (а в кримінальному судочинстві — і органу досудового слідства, обвинувача), який компетентний розглядати правовий спір³ (кримінальну справу) і порядок її розгляду.

Як правило, конфлікт юрисдикцій⁴ у галузі кримінально судочин-

¹ Як зазначав Л.А. Лунц стосовно до міжнародного приватного права, потрібно зробити так званий «вибір між колідуючими законами». Див.: Лунц Л.А. Международное частное право. - Т. 1. - С. 21.

² М.І. Пашковським іноземний елемент визначається як властивість кримінально-процесуальних відносин (кримінальної справи) однієї правової системи мати зв'язок з правовими відносинами, що виникають, змінюються або припиняються у іншій правовій системі. Пашковський М.І. Особливості доказування кримінальних справ, пов'язаних з наданням міжнародної правової допомоги. Автореф. дис....канд. юрид. наук. - К., 2003. - С. 4.

³ Див.: Иссад М. Международное частное право. - С. 208.

⁴ В правових системах світу по-різному ставляться до проблеми конфлікту юрисдикцій (конкуруючої юрисдикції). Наприклад, у Франції, Бельгії, Італії під нею розуміють питання визнання та виконання іноземних судових рішень; у ФРН питання про місце провадження справи, коли вона може бути порушена в судах декількох держав. Див.: Фединак Л.С. Питання цивільного процесу у міжнародному приватному праві: Текст лекцій. - Львів, 1998. - С. 3-4.

леної у статтях 8-11, обсяг свободи дій держави також має відношення в інших контекстах, наприклад, до статті 5 (наприклад, при вирішенні питання, чи слід затримувати особу, яка є „психічнохворою»¹), статті 6 (наприклад, при вирішенні питання про обмеження права доступу до суду²), статті 14 (у визначенні, якою мірою відмінності у подібних ситуаціях виправдовують різне поводження за законом³), статті 15 (при визначенні наявності надзвичайної ситуації), статті 1 Протоколу 1 (наприклад, при визначенні меж права органів влади забезпечувати дотримання законів щодо контролю за використанням майна⁴) та статті 3 Протоколу 1 (наприклад, при визначенні обмежень на право голосувати на виборах та право виставляти свою кандидатуру під час виборів⁵).

Обсяг свободи дій держави буде змінюватися залежно від контексту. Наприклад, держава має широку свободу дій щодо виправдання втручання у право на володіння майном (відповідно до статті 1 Протоколу 1) та оцінювання наявності надзвичайної ситуації (відповідно до статті 15), але ці межі є вузькими стосовно заходів, спрямованих на підтримання авторитету та безсторонності суду (згідно зі статтею 10).

У справі Клас та інші проти Німеччини⁶ Європейський Суд встановив, що втручання в межах кримінального судочинства є припустимим „лише в такій мірі, яка необхідна для безпеки демократичних інститутів» і „при виняткових умовах, необхідних у демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки і попередження заворушень або злочинів».

Далі Суд у справі Клас й інших проти Німеччини вказав, що він „у

¹ Див, наприклад, рішення у справі Люберті проти Італії (Luberti v Italy) (1984) // 6 EHRR 440, п. 27.

² Див, наприклад, рішення у справі Люберті проти Італії (Luberti v Italy) (1984) // 6 EHRR 440, п. 27.

³ Див, наприклад, рішення у справі Петровік проти Австрії (Petrovic v Austria) // 1998-II 579, п. 38.

⁴ Див, наприклад, рішення у справі Шасану та інші проти Франції (Chassagnou and Others v France) (1999) // 29 EHRR 615, п. 75.

⁵ Див, наприклад, рішення у справі Гітонас проти Греції (Gitonas v Greece) (1997) // 26 EHRR 691, п. 39.

⁶ У справі Клас та інші проти Німеччини заявники вказували на порушення їх права на повагу приватного життя і кореспонденції на тій підставі, що у ФРН діють правові норми, які дозволяють вести таємний нагляд за особами без повідомлення відповідних сторін, за дозволом і під контролем державних органів, які не є судовими.

своїй оцінці контексту захисту, пропонованого Статтею 8, не може не брати до уваги двох важливих фактів. Перший полягає в технічних нововведеннях, зроблених у цілях шпигунства й, відповідно, спостереження; другий — у розвитку тероризму в Європі в цей час. Демократичні суспільства в цей час знаходяться, перед складними формами шпигунства й тероризмом, так що в підсумку держава повинна бути здатною ефективно протистояти таким погрозам, розпочати негласне спостереження підривних елементів, які працюють у межах її юрисдикції. Суд повинен тому припустити існування деякого законодавства, що надає заходи секретного спостереження за поштою й передачею даних, при виняткових умовах, необхідних у демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки або для запобігання безладдя чи злочину»¹.

Так, у справі Німітц проти Німеччини² суд встановив, що мало місце порушення статті 8 у зв'язку з тим, що застосований захід щодо заявника не відповідав серйозності мети, з яким він був розпочатий.

Суд вказав, що порушення, у зв'язку з яким був проведений обшук, з огляду на те, що порушення полягало не лише в образі, але також і в спробі тиснути на суддю, не може бути кваліфіковане як незначне. З іншого боку, ордер містив розширювальні поняття, у яких передбачався обшук і вилучення „документів», без будь-якого обмеження, вказуючи лише тотожність автора образливого листа³.

Цей пункт має особливе значення, тому що в Німеччині, обшук офісу адвоката не супроводжується будь-якими спеціальними процедурними гарантіями, типу присутності незалежного спостерігача. Більш важливо, маючи відношення до матеріалів, які були фактично оглянуті, обшук зазіхав на професійну таємницю в мірі, що здається

¹ Судове рішення у справі Клас та інші проти Німеччини від 6 вересня 1978 р. // Series A, No. 28, р. 48

² Рішення від 16 грудня 1992 р. Німецький адвокат Німітц, який проживав в м. Фрайбурзі, кілька років був головою місцевої політичної партії, у складі якої діяла антиклерикальна робоча група. 9 грудня 1985 р. на ім'я судді районного суду у Фразінге з поштового відділення Фрайбурга факсом було надіслано лист від імені антиклерикальної робочої групи щодо кримінальної справи, яка перебуває на розгляді суду. Лист було підписано „Клаус Вегнер”, як потім стало відомо, вигаданим прізвищем. Була порушена кримінальна справа проти Клауса Вегнера. Оскільки пошта для партії спрямовувалася через абонентську скриньку у поштовому відділенні, а потім до 1985 р. пересилалася в офіс адвоката Німітца, було видано ордер на обшук офісу заявника з метою знайти які-небудь документи, що розкривали б особу Вегнера.

³ Рішення від 16 грудня 1992 р. - п. 37

непропорційної в сформованій ситуації. Це має значення у зв'язку з тим, що вторгнення в професійну таємницю може мати наслідки на належному відправленні правосуддя й отже на правах, гарантованих Статтею 6 Конвенції.

Крім того, „реклама», що супроводжує будь-який обшук, мабуть, була здатна несприятливо впливати на професійну репутацію заявника, в очах його існуючих клієнтів і публіки на волі.

У зв'язку з цим можна запропонувати новий для кримінального процесу України принцип пропорційності (відповідності) в наступній редакції:

„Стаття ____ . Принцип пропорційності

Використання процесуальних засобів примусу повинно бути мінімальним і достатньо необхідним для досягнення поставлених завдань кримінального судочинства».

Незважаючи на вказану нами раніше неможливість конфлікту публічних інтересів між собою, це твердження обмежене лише певною правовою системою. У випадку, коли до кримінального судочинства притягуються декілька публічних порядків (правових систем декількох держав) цілком можливою може бути ситуація конфлікту інтересів декількох держав у галузі кримінального судочинства, зокрема, при взаємодії цих держав з процесуальних питань.

Так, наприклад, ч. 1 ст. 3 Договору між Україною та Канадою про взаємодопомогу у кримінальних справах у якості підстави для відмови в наданні допомоги розглядає виконання запиту в порушення суверенітету запитуваної держави, її безпеки, публічного порядку чи основоположних державних інтересів¹. Аналогічні положення містять і інші міжнародні договори та конвенції з вказаних питань.

Що є причиною виникнення вказаного конфлікту інтересів?

Предметом правового регулювання у цьому випадку є з однієї сторони, відносини між державами, відносини з участю міжнародних організацій, пов'язані з виконанням обов'язків передбачених міжнародними угодами та принципами міжнародного права, а з іншої сторони — кримінально-процесуальна діяльність (кримінально-процесуальні відносини, як форма цієї діяльності) державних органів та індивідів, підприємств, установ і організацій у зв'язку з реалізацією потенціалу міжнародної взаємодії в галузі кримінального судочинства і виконанням міжнародно-правових зобов'язань держави.

¹ Договір між Україною та Канадою про взаємодопомогу у кримінальних справах від 23.09.96 р.