



УДК 343.13

ПРОГАЛИНИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

Забарний М.М., здобувач

кафедри кримінального права, кримінального процесу та криміналістики
Національний університет державної податкової служби України

Статтю присвячено з'ясуванню сутності прогалін у кримінальному процесуальному праві з позицій загальнотеоретичного підходу. Встановлено, що питання прогалін у праві безпосередньо пов'язане з поняттям і розумінням самого права як неоднозначного суспільного явища. Доведено, що питання встановлення прогалін у праві загалом та кримінальному процесуальному праві зокрема, а також способів їх усунення (подолання) мають важливе значення як для законотворчої, так і для правозастосовної діяльності. Особливого значення ця проблема набуває у сфері кримінального процесуального права як галузі публічного права, для якого характерним є спеціально-дозвільний тип правового регулювання.

Ключові слова: кримінальне процесуальне право, кримінальне процесуальне законодавство, прогаліни в праві, усунення прогалін у праві, англосаксонська правова система, романо-германська правова система.

Стаття посвячена установленню сутності пробелов в уголовном процессуальном праве с позиций общетеоретического подхода. Установлено, что вопрос пробелов в праве непосредственно связан с понятием и пониманием самого права как неоднозначного общественного явления. Доказано, что вопросы установления пробелов в праве в целом и уголовном процессуальном праве в частности, а также способов их устранения имеют важное значение как для законотворческой, так и для правоприменительной деятельности. Особое значение эта проблема приобретает в сфере уголовного процессуального права как отрасли публичного права, для которой характерным является специально-разрешительный тип правового регулирования.

Ключевые слова: уголовное процессуальное право, уголовное процессуальное законодательство, пробелы в праве, устранение пробелов в праве, англосаксонская правовая система, романо-германская правовая система.

Zabarniy M.M. GAPS IN A CRIMINAL PROCEDURAL LAW: GENERAL-THEORETICAL ASPECT

The article is devoted to establishment of essence of gaps in a criminal procedural law from positions of general-theoretical approach. It is established that the question of gaps in the right is directly connected with concept and understanding of the right, as ambiguous public phenomenon. It is proved that questions of establishment of gaps in the right in general, as well as in a criminal procedural law in particular, and also ways of their elimination are important, both for legislative, and for law-enforcement activity. This problem has special value in the sphere of a criminal procedural law, as branches of public law for which the special and allowing type of legal regulation is characteristic.

Key words: criminal procedural law, criminal procedural legislation, gaps in the right, elimination of gaps in the right, Anglo-Saxon legal system, Romano-German legal system.

Постановка проблеми. Проблема прогалін у праві є однією з найбільш актуальних у сучасній правовій дійсності. При цьому наявність прогалін у праві, законі слід сприймати як данину об'єктивної дійсності, що є невід'ємною складовою сучасного нормативного врегулювання суспільних відносин, які всебічно й динамічно розвиваються та ставлять перед законодавцем усе нові завдання. Водночас законодавцю варто вирішувати найбільш важливі правові питання вже під час прийняття нормативно-правових актів. Якщо ж певне питання не було вирішено безпосередньо під час створення закону, то оперативність подолання прогаліни, що виникла, стає необхідною складовою нормотворчої й правозастосовної практики задля повноцінної реалізації поставлених перед законом цілей і завдань.

Слід враховувати, що специфіка предметів і методів регулювання різних галузей права обумовлює й особливості прогалін у них, а також підходить до їх усунення, подолання. Знання про особливості прогалін у тій чи іншій галузі права є важливими для суб'єк-

тів правозастосування тією мірою, якою це є необхідним для виявлення таких прогалін, їх відмежування від уявних прогалін і вибору найбільш оптимальних шляхів їх усунення.

Водночас очевидним є факт, що така значна загальноправова категорія, як прогаліни в праві, зокрема й у кримінальному процесуальному праві, може найбільш повно та всебічно розкриватися з урахуванням її загальнотеоретичних аспектів.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПКУ), прийнятий у квітні 2012 року, як і попередній Кримінальний процесуальний кодекс України 1960 року, не позбавлений прогалін. Чинний КПКУ не усунув деякі прогаліни, що містилися у попередньому законі, а в окремих випадках містить також інші, на що вказано, до речі, у самому законі. Так, відповідно до ч. 6 ст. 9 КПКУ в разі, якщо положення КПКУ не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені в ч. 1 ст. 7 КПКУ.

Водночас питання щодо способів усунення прогалин, зокрема й у кримінальному процесуальному праві, належить до найбільш дискусійних. Ідеться про правову аналогію та її межі, судовий прецедент як джерело кримінального процесуального права тощо.

Необхідність дослідження проблеми прогалин у кримінальному процесуальному праві обумовлюється також доволі значною кількістю змін і доповнень, внесених до чинного КПКУ за менш ніж три роки його дії, що також підтверджує наявність у ньому прогалин, колізій.

Викладене свідчить про недостатність наукового дослідження відповідних питань як у теоретичній, так і в практичній площині, що вимагає їх більш глибокого аналізу й вивчення.

Стан розробленості теми. Дослідженню проблеми прогалин у праві загалом і кримінальному процесуальному праві зокрема присвячено праці багатьох юристів. Відповідні питання вивчалися як у площині загальної теорії права, так і в аспекті конкретної галузі права. Тією чи іншою мірою ці питання розглядалися у роботах С.С. Алексеєва, Ф. Бекона, А.Т. Боннера, М.І. Бажанова, С.І. Вікторського, С.І. Вільнянського, Ю.М. Грошевого, В.Г. Даєва, Д.С. Карєва, В.М. Савицького, В.К. Случевського, М.С. Строговича, Д.Г. Тальберга, А.Я. Фойницького, Г.Ф. Шершеневича та багатьох інших учених.

Серед сучасних вітчизняних науковців питання прогалин у праві й способів їх усунення на монографічному рівні аналізували В.Д. Бабкін, С.В. Бобровник, Я.М. Браїнін, Ж.О. Дзейко, Л.М. Кельман, О.В. Колотова, Л.А. Луць, Т.В. Малярчук, Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко, П.М. Рабінович, І.О. Рощина, С.О. Середа, О.Ф. Скакун, З.А. Тростюк, С.В. Шевчук, Ю.С. Шемшученко, С.В. Шмаленя, О.І. Ющик та інші автори. При цьому можна зазначити, що практично кожне наукове дослідження, присвячене проблемним питанням нормативного врегулювання тих чи інших суспільних відносин, зокрема й кримінальних процесуальних, певною мірою торкається питань прогалин у праві, формулювання способів їх усунення та подолання.

Водночас розвиток кримінальних процесуальних відносин, реформування кримінального процесуального законодавства, особливо останнім часом, зумовлюють необхідність більш глибокого аналізу та поглиблення знань про прогалини в кримінальному процесуальному праві, способів їх усунення й подолання, які відповідали б потребам сьогодення.

Безперечним є те, що дослідження цієї проблематики потребує комплексного підходу, врахування нових напрямів розвитку вітчизняної юридичної науки з одночасним переосмисленням наукових поглядів минулого, висвітлення прикладних аспектів цього напрямку дослідження.

Метою статті є з'ясування сутності прогалин у кримінальному процесуальному праві з позицій загальнотеоретичного підходу.

Виклад основного матеріалу. Насамперед слід зазначити, що питання прогалин у праві безпосередньо пов'язується з поняттям і розумінням самого права, що на сьогодні визнається неоднозначним суспільним яви-

щем. Не ставлячи за мету дослідження всіх концепцій праворозуміння, що не можливе в межах статті, зупинимось лише на характерних особливостях деяких правових концепцій, що є необхідним для розгляду означених проблемних питань.

В історії юридичної думки сформувався досить багато концепцій праворозуміння: теологічна, історична, соціологічна, психологічна, природна, нормативістська правові школи, а також сучасні правові школи (лібертарна, комунікативна, інструментальна, інтегративна) [1, с. 10].

За всього розмаїття думок основна суперечність між представниками цих правових шкіл полягає у вирішенні питання про те, чим є право: лише встановленими державою нормами або ширшим явищем, яке державною владою не обмежується. По-різному вирішується питання про співвідношення права й закону, а також про пріоритет одного перед іншим.

Юристи-філософи (Г.В.Ф. Гегель, Г. Гроцій, І. Кант та інші) розуміли право не лише як вираження волі держави, а швидше як багатоврівневу систему, однією з форм існування якої є закон. На думку ж представників позитивізму, право – це сукупність санкціонованих державою норм; тим самим право ототожнюється ними із законом. Саме такий підхід до розуміння права був переважаючим у радянській правовій науці, залишається він характерним і для сучасного праворозуміння, зокрема, для виділення окремих галузей права.

Водночас варто відмітити той факт, що учені-правознавці все частіше пропонують відійти від вузьконормативного розуміння права, що фактично є поверненням до природно-правових традицій [2, с. 319–330; 3, с. 11–12; 4, с. 5]. Таку тенденцію загалом слід визнати правильною, оскільки за цієї умови позитивне й природне право не протиставляються одне одному, а взаємно реалізуються: позитивне право прагне втілити в собі ідеї природного, а природне право допомагає подолати недосконалість позитивного. Відповідно, саме в такому розумінні природне право стає одним з основних орієнтирів у процесі подолання прогалин у праві позитивному.

Так, проявом цієї тенденції слід визнати поширення нормативного закріплення загальноправового принципу верховенства права на галузеве законодавство, зокрема й кримінальне процесуальне.

У системі засад кримінального провадження, що встановлена ст. 7 КПКУ, засада верховенства права розміщена законодавцем на першому місці, а тому виступає, так би мовити, «принципом принципів», основою для формулювання й законодавчого закріплення всіх інших засад кримінального провадження [5, с. 382]. При цьому важливим кроком на шляху до впровадження верховенства права в сучасну практику кримінального провадження визнається з'ясування співвідношення між традиційним для вітчизняного кримінального судочинства принципом законності та принципом верховенства права. Слід погодитись із тим, що верховенство права не скасовує принцип законності, а розвиває його до нової якості – панування права від суто формальних



вимог «дотримання закону» до інших, надпозитивних чинників змісту права [6, с. 28].

Отже, питання наявності чи відсутності прогалін у праві є певною мірою неоднозначним, оскільки його вирішення перебуває в площині тієї чи іншої концепції праворозуміння.

Варто зазначити, що прогаліни в праві можуть виникати лише в межах тієї сукупності відносин, фактів та обставин, які врегульовано правом.

Право – це явище світової цивілізації, у якій діє низка правових систем, що мають свою специфіку через відмінності політичного й економічного розвитку, релігійної системи тощо. Відповідно, правові системи різних континентів і держав є відмінними, тому й розуміння прогалін у праві в цих правових системах також буде різним. У цьому аспекті основними питаннями є такі: чи притаманні прогаліни будь-якій правовій системі? Чи є наявність прогалін недоліком правової системи? І хоча проблема полягає в специфіці певної правової системи, думки теоретиків права, правознавців із цих питань розділились.

Зазвичай вважають, що прогаліни в праві є характерними для романо-германської правової системи, до якої традиційно включають і правову систему України. Ця особливість романо-германської правової системи обумовлюється специфікою основного джерела права.

Як відомо, основним джерелом у романо-германській (відповідно, і вітчизняній) правовій системі є писане право, тобто юридичні правила, сформульовані в законодавчих актах держави. Приймаючи їх, законодавець романо-германської правової системи має усвідомити суспільні відносини, узагальнити соціальну практику (за необхідності – і відповідну судову практику), виділити типові життєві ситуації та лише після цього сформулювати в нормативно-правових актах загальні моделі поведінки. Таким чином, законодавець повинен максимально абстрагуватись від конкретних життєвих ситуацій задля формулювання максимально абстрагованих правових норм. У свою чергу суб'єкт правозастосування, ототожнюючи обставини справи з правовою нормою, здійснюючи процес кваліфікації, повинен, навпаки, з абстрактного виділити окреме та тим самим вирішити справу (прийняти рішення).

В англосаксонській правовій системі основним джерелом права виступає судовий прецедент, тобто судові рішення, яке надалі є взірцем для аналогічних справ, що розглядаються іншими судами. Специфіка цієї правової системи полягає в тому, що в ній практично відсутні кодифіковані галузі права, хоча до структури англійського права входить статутне право, тобто законодавство, кодифіковані нормативні акти, які можуть містити прогаліни. Розглядаючи конкретну життєву ситуацію, суддя англосаксонської правової системи за відсутності правової норми може вирішити справу за аналогією з вдало вирішеними ситуаціями, тобто скористатись прецедентом.

Така модель вирішення судових ситуацій виключає проблему прогалін у праві, оскільки

кожну конкретну ситуацію можна «підігнати» під аналогічну, яка вже вирішена, і тим самим доповнити систему права новою правовою нормою (правилом поведінки).

Порівнюючи романо-германську та англосаксонську правові системи, що є найбільш поширеними у світі, можна зробити висновок, що прогаліни властиві писаному праву, тобто джерелу права, яке закріплюється на законодавчому рівні. Саме тому, що нормативно-правовий акт спрямований на врегулювання найбільш типових відносин, розрахований на невизначено велику кількість ситуацій, адресований невизначено великій кількості осіб, він фактично «приречений» на наявність у ньому прогалін, зокрема й викликаних об'єктивними причинами. Так, достатньо швидкий розвиток і поява нових суспільних відносин, що входять до сфери правового регулювання, однак для яких відсутні відповідні правові норми, завжди будуть створювати прогаліну в праві, оскільки законодавець далеко не завжди може встигнути за швидкою зміною суспільного життя й відносин. Інша ситуація складається в так званому прецедентному праві, у якому сам суб'єкт правозастосування, суддя створює нову норму у випадку, якщо відповідне правило для вирішення конкретної життєвої ситуації відсутнє.

Кримінальне процесуальне право, що виступає однією із самостійних галузей правової системи України, має свій предмет правового регулювання та свій специфічний метод правового регулювання, своєрідність якого виявляється в особливій процедурі – кримінальній процесуальній формі, що забезпечує режим законності в кримінальному провадженні, правильне й ефективне застосування кримінального закону, а також виступає необхідною процесуальною гарантією прав, свобод і законних інтересів особи.

Відповідно до ст. 1 КПКУ порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України. Кримінальне процесуальне законодавство України складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, КПКУ та інших законів України.

Визначений нормами цих законодавчих актів порядок кримінального провадження (кримінальна процесуальна форма) є однаковим на всій території України. Він покликаний забезпечити на цьому етапі розвитку держави та суспільства найбільш оптимальні умови для виконання завдань кримінального провадження, а також створити умови й гарантії, які забезпечують особам, залученим до кримінального провадження, захист їх прав, свобод і законних інтересів [7, с. 11–12].

Для кримінального процесуального права як галузі публічного права характерним є спеціально-дозвільний тип правового регулювання, в основі якого лежить формула «дозволено лише те, що прямо передбачається законом» (на відміну від загальнодозвільного типу правового регулювання, в основу якого покладено формулу «дозволено все, що не

заборонено законом»). Відповідно, проблема прогалин у кримінальному процесуальному праві має неабияке теоретичне й практичне значення, оскільки їх наявність у кримінальному процесуальному законі ускладнює правозастосовну практику, знижує її ефективність, а тому вимагає якнайшвидшого їх усунення чи подолання уповноваженими суб'єктами.

При цьому варто зауважити, що прогалини в праві слід відрізняти від інших правових явищ (зокрема, «кваліфікованого мовчання законодавця», «темноти» правових норм), а також від випадків повної неврегульованості певної сфери суспільних відносин, яку може бути ліквідовано лише шляхом правотворчої діяльності.

Якщо прогалина в праві – це повна чи часткова відсутність нормативних приписів, необхідних для вирішення конкретних життєвих ситуацій, які входять до сфери правового регулювання, встановленої законодавцем, то «кваліфіковане мовчання законодавця» – це своєрідний прийом законодавчої техніки, коли законодавець навмисно залишає питання без правового регулювання, віддаючи його вирішення на розсуд суб'єкта правозастосування, а «темнота» правових норм – це їх неясність, невизначеність, яка долається за допомогою різних способів тлумачення.

Так, відповідно до ч. 4 ст. 46 КПКУ захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може доручатися захиснику, з моменту надання документів, передбачених ст. 50 КПКУ, слідчому, прокурору, слідчому судді, суду. При цьому ні в ст. 46, ні в ст. 42 (якою врегульовано процесуальне становище підозрюваного, обвинуваченого, у тому числі їх процесуальні права), ні в інших нормах КПКУ або інших джерел кримінального процесуального права законодавець не наводить перелік процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо та винятково підозрюваним, обвинуваченим і, відповідно, не може доручатися захиснику. Інакше кажучи, у правозастосовній практиці це питання має вирішуватись відповідним суб'єктом правозастосування, тобто слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом, що з огляду на дію засад змагальності й диспозитивності є доволі сумнівним. Таким чином, наявна прогалина в праві.

Серед обставин, які підлягають доказуванню в кримінальному провадженні, законодавець закріпив положення, згідно з яким підлягають доказуванню обставини, що характеризують особу обвинуваченого (п. 4 ч. 1 ст. 91 КПКУ). З огляду на те, що особистість кожного обвинуваченого є індивідуальною, відповідно, у кожному конкретному випадку перелік цих

обставин може бути дещо відмінним, питання щодо конкретного змісту цих обставин у кримінальному процесуальному законі залишається відкритим. Визначаючи лише деякі обставини (прізвище, ім'я та по батькові обвинуваченого, рік, місяць і день його народження, місце народження та місце проживання, заняття, освіта, сімейний стан), законодавець уповноважує суб'єкта правозастосування (слідчого, прокурора, суд) самостійно визначати, які саме обставини, що характеризують особу обвинуваченого, та інші відомості про особу обвинуваченого мають значення для справи (п. 4 ч. 2 ст. 374 КПКУ). У цьому разі наявне «кваліфіковане мовчання законодавця», що передбачає необхідність поширювального тлумачення приписів нормативно-правового акта.

Висновки. Питання щодо встановлення прогалин у праві загалом і в кримінальному процесуальному праві зокрема, а також способів їх усунення (подолання) мають важливе значення як для законотворчої, так і для правозастосовної діяльності. Особливого значення ця проблема набуває у сфері кримінального процесуального права як галузі публічного права, якій притаманний спеціальний-дозвільний тип правового регулювання.

У будь-якому разі в питанні встановлення прогалин у праві, «кваліфікованого мовчання законодавця» або «темноти» правових норм необхідним і важливим є встановлення сфери регулювання конкретного нормативного акта, уважне вивчення тексту закону, бланкетного регулювання, з'ясування основного змісту норми, що закладений законодавцем.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Колотова О.В. Прогалини у праві та шляхи їх подолання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / О.В. Колотова ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2010. – 19 с.
2. Нерсесянц В.С. Філософія права : [учебник для вузів] / В.С. Нерсесянц. – М. : Норма, 1997. – 652 с.
3. Культенко В.П. Історико-філософська реконструкція концепції природного права в контексті аналізу перехідних суспільств : автореф. дис. ... канд. філос. наук : спец. 09.00.05 / В.П. Культенко ; Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2004. – 17 с.
4. Маслак О.О. Ідея природного права в західній філософській традиції (соціально-філософський аналіз) : автореф. дис. ... канд. філос. наук : спец. 09.00.03 / О.О. Маслак ; Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2010. – 16 с.
5. Рожнова В.В. Верховенство права у системі принципів кримінального провадження / В.В. Рожнова // Університетські наукові записки: часопис Хмельницького університету управління та права. – 2012. – Вип. 4. – С. 381–387.
6. Петришин О.В. Верховенство права в системі правового регулювання суспільних відносин / О.В. Петришин // Право України. – 2010. – № 3. – С. 24–35.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України : [наук.-практ. коментар] / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.