

- ка. К., 1998. 6. Ліпкан В.А., Никифорчук Р.Й., Руденко М.М.. Боротьба з тероризмом. К., 2002. 7. Семикін М.В. Створення терористичної групи чи терористичної організації: кримінальне-правове дослідження / за заг.ред. проф.В.П. Смельянова. Х., 2003. 8. Панов Н.И. Способ совершения преступления и уголовная ответственность. Х., 1982. 9. Антипенко В. Поняття тероризму (кримінально-правове визначення)// Право України. 1999. №2. 10. Злобин Г.А., Никифоров Б.С. Умысел и его формы. М., 1972. 11. Никифоров Б.С. Объект преступления по советскому уголовному праву. М., 1960.

Надійшла до редакції 11.03.05

В.В. Рожнова

ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Проблема застосування аналогії у кримінальному процесі є дуже актуальною, оскільки вона безпосередньо пов'язана з можливістю виконання суб'єктами кримінального судочинства процесуальних обов'язків і реалізацією ними своїх процесуальних прав.

Аналогія закону – це застосування при розв'язанні судом конкретної справи закону, що регулює схожі (аналогічні) відносини [1, с.28]. До аналогії закону вдаються, коли у законодавстві немає спеціальної норми, розрахованої на врегулювання відносин, подібних тим, які розглядаються.

Стосовно можливості та доцільності такого застосування висловлені два діаметрально протилежні погляди. Так, існує точка зору, що застосування кримінально-процесуального закону за аналогією не припустиме, оскільки таке застосування не відповідає принципу законності, а прогалини у законодавстві мають заповнюватися лише законодавчим шляхом [2, с.43]. При цьому прибічники такого підходу не дають відповіді на питання, як треба здійснювати провадження у кримінальних справах у разі наявності у кримінально-процесуальному законодавстві прогалин. Інші автори вважають, що застосування аналогії в кримінальному процесі можливе, бо інакше низка питань у слідчій і судовій діяльності не мала б вирішення [3, с.30].

Взагалі застосування закону за аналогією у випадках наявності прогалин у чинному законодавстві — прийом досить правомірний. Так, у ст. 11 ЦПК України (яка, до речі, передбачає принцип законності) зазначено, що у разі відсутності закону, який регулює спірні відносини, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини, а за відсутності такого закону виходить із загальних засад і змісту законодавства України.

Доводиться констатувати, що кримінально-процесуальне законодавство нашої держави, на жаль, має прогалини, внаслідок чого виникає необхідність застосування процесуального закону, який регулює подібні відносини. Безумовно, аналогія у кримінальному процесі не повинна бути звичайним явищем (про це свідчить відсутність у КПК норми, аналогічної до змісту ст. 11 ЦПК), оскільки на відміну від цивільного права, де застосування аналогії права є можливим у виняткових випадках, застосування за аналогією кримінального права є неприпустимим. Разом з тим, якщо певне питання процедурного характеру, що виникло у слідчій чи судовій діяльно-

сті, не отримує прямого і чіткого вирішення у чинному кримінально-процесуальному законодавстві, а вирішення його необхідне, то є цілком можливим застосувати той процесуальний закон, який передбачає найбільш подібний випадок.

Для запобігання порушенням законності застосування аналогії у кримінальному процесі повинно мати місце лише у випадках істотності зазначених прогалин. До них слід віднести такі, незаповнення яких призводить або може призвести до прийняття незаконного або необґрунтованого процесуального рішення, а отже, й до порушення законних прав та інтересів осіб.

Таким чином, підставами для застосування кримінально-процесуального закону за аналогією є наявність істотних прогалин у чинному кримінально-процесуальному законодавстві. Якщо така прогалина може бути усунена шляхом змін у законі, то звичайно після їх внесення необхідність у застосуванні у відповідних випадках закону за аналогією відпадає. Але доки прогалина у законі не буде усунута у законодавчому порядку, така потреба завжди може виникнути.

Є випадки, коли без застосування аналогії обійтися неможливо. Це стосується, наприклад, порядку прийняття тих чи інших процесуальних рішень. Так, аналіз ст. 7³ КПК приводить до висновку, що у даній нормі закону підстави для поміщення особи у приймальник-розподільник для неповнолітніх не визначені взагалі. Хіба можна назвати підставою для застосування цього заходу сам факт вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке підпадає під ознаки діяння, за яке КК передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад п'ять років? За такого підходу поміщення неповнолітнього у приймальник-розподільник набуває ознак покарання, а не запобіжного і забезпечуючого заходу, наслідком чого є порушення конституційного права особи на свободу та особисту недоторканність.

Застосовуючи за аналогією ч. 4 ст. 447 КПК, практика йде таким шляхом: у стадії досудового розслідування неповнолітній поміщається у приймальник-розподільник на підставі фактичних даних, які свідчать про можливе ухилення неповнолітнього від слідства і суду, а також про можливе продовження ним протиправної діяльності.

Крім того, ч. 3 ст. 7³ КПК не дає чіткої відповіді на питання про порядок застосування даного заходу процесуального примусу. Більше того, у ній вбачається певне протиріччя. У відповідності з Конституцією України (ст. 29), ніхто не може бути обмежений у праві на свободу і особисту недоторканність інакше, як за вмотивованим рішенням суду. Це положення цілком торкається і випадків поміщення особи у приймальник-розподільник, тобто на стадії розслідування таке рішення повинен приймати тільки суд. Проте, у ч. 3 ст. 7³ КПК зазначено, що особу може бути поміщено у приймальник-розподільник за «постановою слідчого або органу дізнання, за згодою прокурора за вмотивованим рішенням суду». Про яку постанову поряд з вмотивованим рішенням суду говорять законодавець? Хіба можуть бути винесені два рішення, оформлені в різних документах, з одного питання? Очевидно, що у цій частині ст. 73 КПК потребує

змін. Однак сьогодні, задля забезпечення законності, порядок вирішення питання про поміщення особи в приймальник-розподільник на стадії досудового розслідування повинен бути аналогічним до порядку вирішення питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (ст. 1652 КПК).

Можна навести ще один яскравий приклад. Кримінально-процесуальний закон (ст. 108 КПК) надає органу дізнання право зупинити провадження дізнання у разі не встановлення особи, яка вчинила злочин, що не є тяжким. Зупинення дізнання відбувається з додержанням вимог, передбачених ст. 209 КПК. Регулюючи питання зупинення дізнання, закон не визначає підстав і порядку прийняття рішення про відновлення дізнання. На практиці співробітники органів дізнання у разі потреби відновити дізнання складають мотивовану постанову, на підставі ст. 210 КПК, що регулює питання відновлення досудового слідства, яку у даному випадку застосовують за аналогією.

У деяких випадках практичні працівники не в змозі обійтись без аналогії закону при виконанні окремих процесуальних дій. Наприклад, ч. 1 ст. 426 КПК зобов'язує органи дізнання у межах провадження за протокольною формою досудової підготовки матеріалів одержувати пояснення від правопорушника, очевидців та інших осіб. Разом з цим закон не визначає порядок відібрання пояснень та їх оформлення. Відбираючи пояснення в стадії порушення кримінальної справи або у межах протокольного провадження, практичні працівники правоохоронних органів діють за аналогією (з деякими винятками) до відповідних статей КПК, що регулюють порядок допиту свідка, потерпілого, обвинуваченого в стадії досудового розслідування.

Кримінально-процесуальне законодавство не передбачає участі педагога чи лікаря у допиті в судовому засіданні неповнолітнього підсудного. Їх участь передбачена тільки при проведенні допиту неповнолітнього обвинуваченого (ст. 438 КПК). Проте, якщо є необхідність участі педагога чи лікаря при допиті неповнолітнього обвинуваченого, то існує вона і в судовому засіданні. А тому за розсудом суду або клопотанням захисника чи законного представника допит неповнолітнього підсудного може проводитись з участю педагога, психолога або лікаря-психотерапевта.

Істотними можна визнати і ті прогалини кримінально-процесуального законодавства, що пов'язані із забезпеченням суб'єктам кримінального процесу можливості реалізації їх прав та виконання обов'язків. Так, ст. 73 КПК не дає відповіді на питання, чи оголошується неповнолітньому і його законному представнику постановою про поміщення в приймальник-розподільник, і чи роз'яснюється при цьому право на подачу апеляції і порядок його реалізації. Незважаючи на те, що участь захисника у цьому разі забезпечується з моменту поміщення неповнолітнього в приймальник-розподільник, з метою забезпечення права неповнолітнього на оскарження процесуального рішення така постановою має бути оголошена неповнолітньому і його законному представнику за аналогією з ч. 3 ст. 1651 КПК.

Стаття 426 КПК не містить вказівок щодо права правопорушника на заявлення клопотань при ознайомленні з матеріалами протокольного провадження. Немає, однак, у ній і заборони. За загальним правилом особи, чії суспільно небезпечні діяння встановлюються в кримінальному процесі, мають право заявляти клопотання (ст. ст. 43, 43¹ КПК). Навряд чи припустимо позбавляти правопорушника можливості просити, наприклад, про витребування певних документів, отримання пояснень від певних осіб тощо. Якщо заявлені клопотання мають суттєве значення, то встановлений законом десятиденний строк протокольного провадження не повинен бути перешкодою для їх задоволення. Незастосування за аналогією ст. 221 КПК (за відсутності чітко визначеного процесуального статусу правопорушника як суб'єкта кримінального процесу) призводить до обмеження права особи на захист, порушення принципу змагальності.

У межах підготовчої частини судового засідання головуєчий зобов'язаний роз'яснити права і обов'язки особам, що беруть участь у справі (ст. 295 КПК). Процесуальні права не роз'яснюються прокурору, адвокату чи фахівцю в галузі права, незалежно від того, є вони захисниками чи представниками сторін, оскільки вони за фахом та родом своєї роботи достатньо обізнані про процесуальні права і про свої повноваження зокрема. Разом з тим, хоча в законі це прямо не передбачено, бажано роз'яснювати права та обов'язки захисникам, законним представникам підсудного та потерпілого, коли вони не є адвокатами чи фахівцями у галузі права, з тим, щоб вони мали змогу більш ефективно здійснювати функцію захисту чи представництва.

Можна навести ще один приклад прогалини в кримінально-процесуальному законодавстві. У нинішній редакції ч. 4 ст. 57 КПК значиться, що коли до складу районного (міського) суду обрано одного суддю або коли відвід заявлено голові районного (міського) суду, питання про відвід вирішується постановою голови міжрайонного (окружного) суду. З 29 червня 2001 року міжрайонні (окружні) суди не діють. Вони ліквідовані. Тому у таких випадках слід застосовувати аналогію закону, а саме правила про порядок вирішення заявленого відводу голові військового суду гарнізону, який одноособово розглядає справу (речення четверте ч. 4 ст. 57 КПК). Отже, заявлений відвід судді, коли до складу районного (міського) суду обрано одного суддю або відвід голові районного (міського) суду повинні розглядатися та вирішуватися постановою голови чи заступника голови відповідного апеляційного суду області (міста), Автономної Республіки Крим.

Однак до застосування аналогії треба підходити обережно. Зокрема, це неприпустимо, коли законом заборонено вчинення певних процесуальних дій, якщо в законі містяться їх вичерпний перелік чи визначені дії, які можуть вчинити лише конкретні суб'єкти процесу, коли закон покладає певний обов'язок на конкретних учасників процесу. Наприклад, ст. 272 КПК передбачає видалення підсудного з залу судового засідання тимчасово або на весь час розгляду справи за неодноразове порушення порядку судового

засідання. Однак, виходячи з прямої заборони закону, що процесуальну санкцію не можна застосовувати як безпосередньо, так і за аналогією до потерпілого, свідка, цивільного позивача, цивільного відповідача, прокурора, адвоката та інших громадян.

В юридичній літературі висловлюються досить цікаві думки про можливість застосування за аналогією норм кримінального судочинства для заповнення деяких законодавчих прогалин при розгляді цивільних справ.

Зокрема, вважається доцільним застосування в цивільному процесі таких передбачених КПК України дій, як пред'явлення особи чи предметів для впізнання (ст.ст. 174, 175) [4, с.137].

Однак не можна вважати застосуванням за аналогією норм цивільно-процесуального права при розгляді цивільних позовів під час здійснення провадження у кримінальних справах.

Відсутність у КПК детальних вказівок про порядок розгляду і вирішення цивільних позовів у кримінальному судочинстві М.Г. Авдюков вважає прогалиною кримінально-процесуального законодавства, яка, на його погляд, може бути заповнена лише шляхом застосування за аналогією норм цивільно-процесуального права [5, с.26]. Проте це не так. Норми цивільно-процесуального права під час розгляду цивільного позову у кримінальному процесі треба застосовувати безпосередньо, а не за аналогією.

Цивільний позов у кримінальному судочинстві необхідно розглядати за нормами ЦПК, оскільки його сутність та ж сама, що й у цивільному процесі, за винятком, звичайно, особливостей, притаманних кримінально-процесуальному закону (звільнення від сплати державного мита, додаткові підстави залишення позову без розгляду тощо). Іншими словами, прогалини у кримінально-процесуальному законодавстві з питань розгляду і вирішення цивільного позову відсутні. Усі питання розгляду цивільного позову передбачені ЦПК. А повторювати норми останнього у КПК не має необхідності. Інакше до тексту КПК довелося б включити усі норми ЦПК, що недоцільно.

Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що підставами для застосування кримінально-процесуального закону за аналогією є наявність істотних прогалин у чинному кримінально-процесуальному законодавстві. Застосування кримінально-процесуального закону за аналогією передбачає суворе дотримання наступних умов:

1. Передбачений кримінально-процесуальним законом випадок повинен бути однорідним з тим, до якого закон застосовується за аналогією.

2. Застосування кримінально-процесуального закону за аналогією у жодному випадку не повинно призвести до обмеження процесуальних прав осіб, що беруть участь в процесі, або ж покладенню на них не передбачених законом обов'язків.

3. Застосування кримінально-процесуального закону за аналогією не повинно допускати вчинення органами дізнання та досудового слідства, прокуратури і судом дій, що виходять за межі їх компетенції.

Залишається тільки додати, що під час реформування кримінального судочинства слід уникати нечіткості і невизначеності у законі, що є підставою для аналогії закону і причиною його різнотлумачення у правозастосовчій діяльності.

Список літератури: 1. Юридичний словник / За ред. Б.М. Бабія, В.М. Корещького, В.В. Цветкова. К., 1974. 2. Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980. 3. Удалова Л.Д. Кримінальний процес України: загальна частина: конспект лекцій для слухачів НАВС. К., 2001. 4. Василюк С., Ломоносова О. Застосування аналогії в цивільному процесі // Право України. 2002. № 3. 5. Авдюков М.Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. М., 1970.

Надійшла до редколегії 19.04.05

В.В. Маліков

СУТНІСТЬ ТА ЗМІСТ ГРОМАДСЬКОГО ПОРЯДКУ

Поняття громадського порядку і його охорони має як наукове, так і практичне значення, оскільки зміст громадського порядку, ефективність його охорони певною мірою впливають на стабільність прав громадян, їх працю, всебічне задоволення їх матеріальних та духовних потреб. Для визначення змісту поняття «громадський порядок», з'ясування його взаємозв'язку з іншими суспільними явищами багато зробили видатні учені-кримінологи та криміналісти Н.Д.Дурманов, І.Н.Даньшин, В.Ф.Кириченко, Н.Ф.Кузнецова, а також представники науки адміністративного права О.М.Бандурка, Д.М.Бахрах, Є.О.Безсмертний, І.І.Веремєєнко, І.П.Голосніченко, О.П.Дагель, Є.В.Додін, А.П.Ключніченко, А.Т.Комзюк, О.С.Луньов, Л.Л.Попов, І.М.Пахомов, А.В.Серьогін та ін. Цінність їхніх досліджень визначається внеском в осмислення системи понять цієї сфери, формулювання найважливіших для законодавства, теорії та практики дефініцій, визначення переліку та складів правопорушень (у тому числі злочинів та адміністративних деліктів) у сфері громадського порядку, оскільки у чинному законодавстві відсутні не лише тлумачення поняття громадського порядку, а й вичерпний перелік порушень громадського порядку.

Аналіз чинного законодавства свідчить, що термін «громадський порядок» міститься в багатьох законодавчих актах і, у першу чергу, в Основному Законі України (ст. 34, 35, 38, 39, 92, 116, 138 Конституції України) [1]. Тому необхідно насамперед з'ясувати суть такого складного соціального явища як громадський порядок, розкрити зміст його окремих елементів, визначити напрямки розвитку. Розв'язання цієї проблеми має і прикладне значення для організації діяльності органів держави, на які покладено завдання щодо охорони та забезпечення громадського порядку. Звичайно, від того, який зміст вкладається в поняття «громадський порядок», від точного окреслення меж та сфери громадського порядку і залежить визначення компетенції органів внутрішніх справ і громадськості в сфері охорони громадського порядку та боротьби з правопорушеннями. На жаль, законодавство не має чіткого визначення громадського порядку, і тому дати його поняття можна лише на основі осмислення суспільних відносин, окремих