



*В.Г. Гончаренко,
доктор юридичних наук
(Академія адвокатури України)*

Принцип науковості як методологія юридичного нормотворення

Ключові слова: *правове регулювання, науковість правових норм, природні права, теорія конституціоналізму, системність, психологія, шкідлива занормованість.*

Практика застосування законів та будь-яких інших нормативних актів свідчить, що переважна більшість аномалій у правозастосовчій діяльності через несистемність та колізійність правових норм, їхню теоретичну необґрунтованість, пробіли в законодавстві, правову некомпетентність суб'єктів відбувається внаслідок нерозуміння законодавцями або навмисного ігнорування ними об'єктивних закономірностей і тенденцій існування та розвитку відносин, які повинні регулюватися створюваними правовими нормами. Крім того, і, на нашу думку, це є найбільш важливим, законотворці у своїй діяльності дуже мало і вкрай поверхово спираються на усталені й активно сприйняті світовим співтовариством норми моралі й справедливості, основоположні права людини з пріоритетом її природних прав, зрештою — на принцип верховенства права в суспільстві, який знайшов декларативне відображення в Конституції України і який потребує ще ретельного вивчення і наповнення конкретним змістом та вироблення механізмів практичного застосування [7, xii]. Нарешті, на жаль, зустрічаються випадки кричущої відірваності правових норм, що приймаються, від системи законодавства, породження серйозної (часом — навмисно) колізійності, семантичної безграмотності формулювань, лексико-

філологічного свавілля. Між іншим, хиби останнього розряду часом так спотворюють сенс нормативного акту, що унеможливають однозначне його тлумачення і, таким чином, створюють патову правозастосовчу ситуацію.

Всього цього можна було б поступово позбутися і вивести законодавство (в широкому розумінні слова) на пристойний в цивілізованому суспільстві рівень, якби в країні запанувала чітко і досить жорстко висловлена політична воля щодо твердого переконання у необхідності утвердження **реального** принципу верховенства права, зокрема, через зміцнення законності (саме законність через верховенство права, а не навпаки [7, 3, 7, 31, 47]), розроблені конкретні і **реальні** джерела економічного забезпечення, перш за все, — в стратегічному вимірі, теоретично на системному ґрунті і грамотно технічно встановлена відповідність норм прогресивним правовим доктринам і досягненням інших наук: логіки, історії, соціології, психології, інформатики, медицини, лінгвістики тощо.

Вважаючи, що питання прийнятності для народу політики, моральності та економічної обґрунтованості в законотворенні можуть бути вирішені прозоро і однозначно, ми зосередимось на факторі **науковості**, який, істотно впливаючи на досконалість законодав-

ства, досить часто залишається поза увагою законотворців.

Перш за все, слід завжди органічно мати на увазі, що право, як особлива форма суспільного життя, має об'єктивні закономірності виникнення, розвитку, функціонування, структурної побудови. Право, як і релігія, не має власної історії і проявляється в загальних закономірностях розвитку даного суспільства, вписується в контекст цих закономірностей. В той же час тут чітко визначаються зв'язки, що відбивають значення права як елемента даної суспільної системи, складової частини надбудови, політичної системи суспільства, системи нормативного регулювання [2, 123]. Право не може суперечити об'єктивним закономірностям розвитку суспільства, бо інакше воно буде суб'єктивним і волюнтаристським, адже право — це не піднесена до рівня закону воля панівного класу, як вчив нас марксизм-ленінізм, а система правових доктрин і цінностей, що виникла у даному суспільстві, та сформована на цій основі система формально-визначених загальнообов'язкових правил поведінки, встановлених або санкціонованих державою [32, 443]. Тому більш науково привабливим здається погляд на право з позицій соціального натуралізму, коли соціальні явища розглядаються в межах дії законів природи як вища форма розвитку природи [21, 4]. У всякому разі такий підхід, не будучи єдино можливим, має відчутні переваги над позитивістською школою права, оскільки вона неминуче веде до ототожнення права і закону [7, 30, 33], наприклад, право визначається як сформована і відібрана світовим співтовариством система принципів і правил поведінки [27, 124].

Таким чином, першим кроком у слідуванні по шляху науковості для законодавця повинно бути чітке розуміння права як прояву загально-визначеної людством ідеї справедливості — об'єктивного закону спілкування людей, націй і народів [4, 364; 27, 16]. Оскільки ідея справедливості є стрижнем права, то, цілком очевидно, що це об'єктивне соціальне утворення повинно мати панівний і визначальний вплив на регулювання будь-яких суспільних відносин на рівні і в межах всього світового співтовариства, тобто незаперечно у відносинах, що вимагають регулювання,

повинен діяти принцип **верховенства права** [7; 22; 27, 123]. Тому у законодавця були всі підстави задекларувати у ч. 1 ст. 8 Конституції України: “В Україні визнається і діє принцип верховенства права” [20, 5]. В цьому поза сумнівом необхідному приписі міститься дуже небезпечне твердження, що в Україні не лише визнається, а й діє принцип верховенства права. При цьому не дається навіть натяку, а як же цей принцип діє? Зовсім не дивно, що останнім часом у нас, спираючись на конституційну норму про дію принципу верховенства права, обґрунтовують важливі рішення уявним “духом” Конституції, суб'єктивістським “здоровим глуздом” або вигаданою “необхідністю” чи, що ще гірше, — кон'юнктурною “доцільністю”. Таким шляхом освячений людством принцип всезагальної справедливості перетворюється на нічим не приборкане знаряддя волюнтаризму і автократії.

Все це відбувається через відсутність загальноприйнятого визначення генезису та змісту верховенства права, яке відповідало б самому сенсу цього філософського і правового феномена. Адже, як цілком відповідально зазначають С.П. Головатий та М.В. Костицький, практично всі спроби вчених підійти до проблеми верховенства права (понад 200 публікацій) знаходились в руслі позитивістської методології та нормативізму, “верховенство права” неодмінно пов'язувалось з “верховенством” закону, трактуючи їх зв'язок як зв'язок цілого і частини, не завжди пов'язуючи верховенство права з ліберальною доктриною держави і права, в якій верховенство права є однією з головних підсистем, верховенство права досліджується винятково в рамках предмета правознавства без зв'язку з видатними досягненнями гуманітарних та природничих наук і животворними нормами релігійних вчень, моралі, звичаїв [7, 1-59; 22, 3]. Існує ще одна такого ж гатунку досить невпевнена спроба визначення верховенства права як пріоритету загально-визначених принципів і норм права міжнародного співтовариства (міжнародного права) перед внутрідержавним (національним) законодавством [27, 126].

Шлях до розуміння верховенства права повинен пролягати через використання понят-

тя **природного права**, яке означає сукупність принципів і прав, що випливають з природи людини і є незалежними від соціальних умов. В законотворчості та в застосуванні законів буде торжество верховенства права, якщо буде повністю враховуватись пріоритет людини в суспільстві з її невідчужуваними, притаманними їй від природи правами, насамперед, правом на життя, правом на свободу, правом на честь [32, 475]. Можна без застережень підтримати думку, що “віра у всесильність людського закону, його єдину вірність, правильність і визначальність є абсурдна. Потрібним є лише той закон, який відповідає природному праву, перебуває у гармонійному зв’язку з іншими соціальними нормами, а через природне право пов’язаний із всезагальними, космічними законами” [22, 4]. Як видно, природні права мають філогенетичний характер — тому вони зрештою і є природними. В той же час ніяк не можна погодитись з віднесенням до цієї категорії права на безпеку, бажання щастя, на власність і опір пригніченню, на розвиток і рідну мову тощо [27, 66, 75], адже вони здобуваються у онтогенезі, а деякі з них належать скоріше до передвиборчих гасел, ніж до юридичних норм.

Зроблений аналіз дозволяє побачити, що дія принципу верховенства права повинна відбуватися в сенсі служіння захисту прав людини, які є її природними правами або повністю узгоджуються з ними чи не протирічать ним. В цьому плані можна погодитись з припущенням, що влада будь-якого рівня, яка нехтує основними правами і свободами людини, поступово втрачає свою легітимність, так само, як і нормативні акти, які вона приймає [18, 244]. Не випадково останнім часом все більш наполегливо лунає пропозиція про глибоке вивчення і теоретичне обґрунтування положення про неправові закони, які не забезпечують права і свободи людини, не є носіями принципу справедливості і з цієї причини не відповідають праву. Такі закони запропоновано називати квазізаконодавством [27, 129].

Як підсумок розгляду філософських та загальноправових питань, можна вважати доведеною і теоретично (науково) обґрунтованою необхідність законодавцю у своїй діяльності зафіксувати у Конституції України

не лише декларацію про наявність в нашій країні принципу верховенства права, а й поняття цієї етико-правової категорії та умови і способи його реалізації на практиці під час врегулювання окремих конкретних відносин. Це можна здійснити лише спираючись на природні права людини і прийняті у всьому світі критерії справедливості, що, з одного боку, зміцнить правову основу законодавства, а з іншого — принцип верховенства права з декларації перетвориться на інструмент прямої дії з прозорими і прийнятними для суспільства справедливими результатами вирішення спірних питань. У такому разі цілком нормальним і навіть необхідним буде прийняття рішень, які не відповідатимуть приписам нормативних актів, а, можливо, й суперечитимуть ним, якщо таке рішення ґрунтуватиметься на доведеній необхідності захисту прав і свобод конкретної людини, бо недолугий, недосконалий або аморальний закон позбавляє людину надійного захисту її прав. Очевидно, що такі рішення не можуть не викликати в суспільстві почуття задоволення. Спірні ж питання з цього проводу можуть вирішуватись на рівні Палат Верховного Суду.

З цих роздумів про право органічно впливає питання про місце людини в державі та суспільстві з огляду на чинне законодавство. Людина в Україні проголошена найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції). В той же час за традицією радянської ідеології у ст. 1 проголошується **державою** Україна як суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова [20, 4]. Простий логічний аналіз цієї маленької системи норм показує, що, проголосивши пріоритет людини в суспільстві, Конституція констатує пріоритет держави, адже спочатку утверджується наявність держави з дуже привабливими епітетами, а потім виявляється, що у цій державі є гідні люди і суверенний народ. Це — не арифметична і нічого не значуща перестановка понять, а принциповий розподіл цінностей, коли місце поняття показує його значення. Не зайве навести теоретичне обґрунтування такого розташування соціальних цінностей радянської доби. Один з відомих теоретиків права М.В. Вітрук писав: “Право суб’єкта і правоздатність є можливості, але можливості різ-

ного порядку” [5, 103]. Ця “різниця” порядку полягає не в тому, що правоздатність не можна розглядати як суб’єктивне право, — пояснює також відомий теоретик права С.С. Алексєєв, — “а в тому, що вона є суб’єктивним правом в площині *державно-правового регулювання*” [3, 141]. Ось і виходить з такої, на перший погляд, безневинної перестановки, що людей правами наділяє держава, а не люди, народ створюють державу, щоб вона, зокрема, захищала їхні права і неухильно дотримувалась їх. З цієї теоретичної “безневинності” випливають досить серйозні речі, які дуже важко назвати науково обґрунтованими.

У цьому плані можна навести безліч прикладів, які свідчать про далеке від досконалості знання законодавцями теорії конституційного права, а, можливо, й достатнє знання, але з певних причин знехтуване. Викликають почуття незручності, а то і протесту висловлювання окремих поважних представників державної влади щодо розуміння ними потреб “пересічного” громадянина і, особливо, бажання допомогти “маленькому” українцю (така собі монарша милість). Людина, яка оголошується найвищою соціальною цінністю і про гідність та права якої заявляється у величезному розділі Конституції (ст. 21 – 68), не може бути ні “пересічною”, ні “маленькою”, бо вона є великою хоча б вже тому, що вона — Людина.

Продовжуючи цю тему, обов’язково слід звернути увагу на зафіксовані в Конституції питання влади, які в теоретичному сенсі вирішені дуже спірно, а в практичному — розраховані на “маленького” українця. В цьому контексті не можна не нагадати слова Марка Тулія Цицерона, що тільки те суспільство, в якому народ користується верховною владою, є істинним вмістилищем свободи. Стаття 5 Конституції проголошує, що “...єдиним джерелом влади в Україні є народ” [20, 4]. Термінологічний і логічний аналіз свідчить, що український народ не має влади, адже він являє собою лише її джерело, з якого власник (господар) влади черпає свої сили. Це — не помилка, а навмисність, і наступна фраза ч. 1 ст. 5 Конституції [20, 4] про те, що народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самовря-

дування, не впливає з першої. Якщо народ є лише *джерелом* влади, то він залежить від держави та її структур, а якщо він є джерелом і єдиним *носієм* влади, то тоді держава з її всіма апаратами буде підпорядкована народу, причому наявність в тексті теоретично точного і ємного конституційного постулату, що всі державні органи і посадові особи виконують владні функції виключно за дорученням народу як його представники (представницька влада), — чого немає в Конституції — усунула б всі сумніви, невизначеності щодо поділу влади, її узурпації, значення результатів референдуму тощо.

Необхідно пам’ятати, що влада, як складний соціальний феномен, має численні структурні та функціональні характеристики. Єдність, неподільність влади є одним із принципів її реалізації, втілення в реальні суспільні відносини. Оскільки влада за визначенням цілком і повністю належить народу, він не повинен ділити її з ким-небудь, бо інакше втрачається сам зміст, сутність суверенітету — його не можна мати частково. Лише народ, здійснюючи належну йому владу, визначає, як, яким чином забезпечити реалізацію свого національного, народного та державного суверенітету. У той же час багатоплановість і динамізм влади вимагають передачі владних повноважень представницьким органам, які здійснюють *функції* влади за умови унеможливлення узурпації влади завдяки створенню для цього механізму чіткого розмежування повноважень, нормативізації взаємних стримувань і співробітництва. Тому теорія “поділу влад” першої половини XVIII століття, яка була спрямована на повалення абсолютизму, в ст. 6 Конституції України кінця XX століття, коли сувереном є не абсолютний монарх, а народ, застосована безпідставно, бо, по-перше, влада належить народу, і завдання його усунення від влади не стоїть, по-друге, функції влади не обмежуються законодавчою, виконавчою та судовою як це **абсолютно** вичерпно зазначається в ст.6, а є набагато ширшими і не менш важливими, бо влада вочевидь не може здійснюватись без установчої, контрольної, інформаційної, виховної та багатьох інших функцій, по-третє, за такого поділу, наприклад, Президент, Генеральний прокурор

(прокуратура), Національний банк не мають функцій державної влади, що є нонсенс.

Надання народу текстуально статусу джерела влади з неминучістю привело до аморфного викладу питань референдуму, зміст якого нічим не нагадує про “народне волевиявлення” у формі “безпосередньої демократії” [20, 27]. В розділі III Конституції йдеться про право народу на референдум, процедуру його призначення і проведення, виключну його компетенцію щодо питання про зміну території України, заборону його проведення з питань податків, бюджету та амністії і жодного слова немає про основне — як же реалізується *влада народу*, висловлена в результатах референдуму? На цю явну невідповідність не звертають увагу і відомі вчені-конституціоналісти [наприклад, 25, 45]. А треба було з точки зору наукового конституціоналізму написати, що результати референдуму, набувають силу закону (конституційного чи ординарного) з моменту опублікування в офіційному виданні постанови Центральної виборчої комісії про те, що референдум з таких-то питань і з такими-то результатами *відбувся*, незалежно від позиції Президента, Верховної Ради, Кабінету Міністрів і без будь-яких процедур узгодження або затвердження. За результатами референдуму окремі їх положення без обмовок імплементуються в чинне законодавство, а окремі нормативні акти відповідним чином узгоджуються і редагуються тими органами, у компетенції яких знаходиться видання даних нормативних актів. Затвердження чи уточнення встановлених референдумом норм залежними від народу його представниками є не що інше, як узурпація влади.

Юридичне нормотворення є одним з видів людської діяльності, ефективність і прогресивність якої багато в чому залежать від професіоналізму та моральності суб’єктів [16, 19]. Правові ж норми в суспільстві значною мірою залежать від наукових розробок та міркувань правознавців [17, 79–101]. Юридична діяльність має досить багато видів і форм, серед яких можна виділити законотворення, правосуддя, досудове слідство, прокурорський нагляд, захист з використанням праці адвокатів, охорона державної безпеки,

контрольно-ревізійна робота, підготовка юридичних кадрів тощо [14, 21; 16, 116]. І вся діяльність повинна бути найвищого рівня науково забезпечена.

Ми вже дали, на нашу думку, достатньо ґрунтовний загальнотеоретичний аналіз наукового забезпечення юридичної діяльності у законотворенні, в основному, з позицій принципу верховенства права. Тепер є необхідність зосередитись на конкретних галузях правотворчості, яка являє собою об’єктивно обумовлену завершальну і конститутивну стадію формування права [2, 307]. Ми схильні вважати правильною точку зору, що правотворчість слід розглядати головним чином в аспекті її фактичного змісту, організаційних дій, що її утворюють, і тоді вона буквально відповідає поняттям “правотворча діяльність” або “правотворчий процес” [31, 6]. В такому сенсі правове регулювання і застосування права об’єктивно залежить від правотворчості, і саме застосування діючих норм права виконує, в основному, правозабезпечну функцію [2, 321; 29, 12; 35, 6]. Спробуємо поглянути далі, як з наукових позицій реалізується ця правозабезпечна функція.

В системі правових інститутів особливо важливу, стабілізуючу роль повинен виконувати Конституційний Суд України (КС), який є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні [20, 70], вирішуючи питання про відповідність Конституції України законів та інших правових актів, а також і дій низки суб’єктів [25, 116; 32, 282]. Визначення відповідності законів та інших правових актів Конституції, що віднесено до компетенції КС, сприяє правильному і одноманітному застосуванню нормативних актів різних рівнів, мінімізує прояви недотримання законності і бюрократичного свавілля, і це — великий позитив. Але не можна залишити без принципового законотворчого втручання норми ст. 147 і 150 Конституції, які не відповідають канонам теорії права та конституційного права [20, 70, 71]. По-перше, КС наділений правом офіційного нормативного *автентичного* тлумачення законів, які приймає Верховна Рада, котра цим самим позбавлена такого абсолютно притаманного їй права, в той час як КС міг і повинен бути наділений

правом офіційного підзаконного делегованого *легального* тлумачення [3, 290, 310]. По-друге, рішення КС є остаточними і не підлягають оскарженню, що ліквідує принцип противаг і стримувань, впровадженням якого так пишались наші демократи. Жоден орган в країні, жодна посадова особа не можуть мати статус непорочного оракула, який явно узурпує компетенцію іншого суб'єкта в системі державної влади і до того ж не може навіть скасувати своє власне рішення [8]. На цьому фоні дивно звучить пропозиція В.Д. Вознюка про необхідність розширення повноважень КС “як органу конституційної юрисдикції відповідно до принципів правової держави” [6, 8].

В галузі кримінального права привертають увагу кілька принципових і технічних невідповідностей, які є дуже сумнівними з позицій науки. Перша з них стосується встановленої ст. 20 КК так званої обмеженої осудності. Тут мова йде про кримінальну відповідальність осіб, які через психічні розлади повною мірою не були здатні усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними. У ч. 2 ст. 20 зазначається, що визнання особи обмежено осудною враховується при призначенні покарання і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру.

Тут є все, що вимагається теорією кримінального права — і медичний критерій (психічний розлад), і юридичний критерій, який складається з інтелектуальної (нездатність усвідомлювати) та вольової (нездатність керувати) ознак, але немає і в першому наближенні критеріїв визначення “не повної міри усвідомлення” (відсотки, градації, ступені?) чи призначення покарання (як призначається? чи обов'язково пом'якшується?). Крім того, у даному разі мова йде про осіб із здоровою, хоча й дещо ущербною, психікою, а тому в юридичному сенсі вони є осудними, а медичний критерій не може відігравати ніякої визначальної ролі, тим більше, що суд ніяким чином не обмежений у праві враховувати при визначенні міри покарання будь-які пом'якшувальні обставини (ст. 66 КК, в якій дається перелік обставин, що пом'якшують покарання, підлягає поширювальному тлу-

маченню). Отже, невизначеність понять цієї норми робить її застосування повністю суб'єктивістським аж до сваволі, відкриває широкий шлях для неконтрольованих зловживань, прикритих авторитетом висновків судових експертів, які (висновки) не можуть в принципі бути конкретними, а тому є непридатними для встановлення точного *юридичного* факту. Сказане дає нам підставу стверджувати, що інститут обмеженої осудності в кримінальному праві повинен бути скасований.

Друга стосується емоційних станів людини, які певною мірою враховуються при конструюванні деяких норм КК, а інші враховуються в оцінці ходу і результатів окремих слідчих та судових дій і, крім того, при призначенні покарання [1, 281]. Кримінальним кодексом України передбачена значно пом'якшена відповідальність за умисне вбивство (ст. 116) або умисне тяжке тілесне ушкодження (ст. 123), вчинені в стані сильного душевного хвилювання. Цей стан визначено в законі на побутовому рівні, він має споглядальний психологічний вимір і не може бути встановлений експериментально, бо немає чітко видимих категоріальних діагностичних критеріїв, а тому повинен бути усунутий із текстів законів. Цілком зрозуміло, що законодавець мав на увазі не всяке сильне душевне хвилювання, яке досить часто відчують у своїй діяльності і актори, і студенти, і лектори, і рибалки, і спортсмени, і хто завгодно, а такий стан, за якого інтенсивна емоція протягом короткого часу стає домінуючою, значно знижуючи здатність людини усвідомлювати свої дії і керувати ними, майже повністю втрачається функція самоконтролю, звужується до мінімуму вольова сфера, організм значною мірою переходить на інстинктивні механізми керування. Цей стан в момент виникнення, протікання і за наслідками має чітко виражені психо-фізіолого-медичні ознаки, і його наявність може бути встановлена лише за допомогою психологічної експертизи. Він має точно сформульовану, науково обґрунтовану назву — фізіологічний афект [12, 33].

Третя пов'язана з визначенням поняття “вбивство”. В ч. 1 ст. 115 КК вказано: “Вбивство, тобто умисне протиправне заповдіння

смерті іншій людині”. Є всі підстави визнати таку дефініцію науково обґрунтованою. Проте ст. 119 КК має назву “Вбивство через необережність”, яку шляхом елементарної підстановки варто було б назвати “Умисне позбавлення життя людини через необережність”, що є нонсенс. Очевидно, через необережність може вчинюватись не вбивство, а заподіюється смерть.

Особливої уваги потребує наукове забезпечення кримінального судочинства, оскільки тут зі всією гостротою постає питання про захист прав людини. Можна побачити кілька важливих концептуальних проблем, які повинні вирішуватись з позицій загальної теорії права, сучасних ідей конституціоналізму і усталених засад вітчизняного кримінального судочинства. Ми зупинимось на кількох принципових питаннях: порушення кримінальної справи, меж функції обвинувачення, інституту досліджування і допустимості впливу на учасників процесу.

Кримінальний процес за своєю сутністю є процесом обвинувальним і починається з порушення кримінальної справи проти конкретного чи гіпотетичного суб'єкта. В той же час кримінальну справу, крім прокурора, судді, слідчих чотирьох відомств, можуть порушувати ще безліч органів дізнання, чим створюються великі випробовування для принципу об'єктивності судочинства і робиться майже безпредметним дійсний прокурорський нагляд за законністю дізнання і досудового слідства. Теорія права, принципи і логіка судочинства, прогресивна світова практика вимагають, щоб в демократичній державі порушувати кримінальні справи за сигналами, поданнями, матеріалами міг лише один представник народу і держави — прокурор, бо інакше в країні встановлюється режим неконтрольованого тотального кримінального переслідування. Цей висновок стосується і справ приватного обвинувачення, порушувати які повинен мати право не суддя, а лише їх ініціатор — потерпілий, а суддя має тільки відкривати судові провадження, якщо для цього будуть фактичні та юридичні підстави [11, 32].

Регулювання кримінально-правових відносин у суспільстві здійснюється, в основно-

му, через кримінальний процес, який має три визначальні функції: обвинувачення, захисту і вирішення справи по суті. З порушенням кримінальної справи виникає зразу ж функція обвинувачення, яка детермінує негайну появу функції захисту і вирішення справи. Проте в Конституції України серед повноважень прокуратури називається підтримання обвинувачення в суді (ст. 121) і ні слова не говориться про досудове слідство. Але як же може здійснюватись обвинувальний процес в період досудового слідства, яке інколи триває роками, без обвинувача? До речі, якщо немає обвинувача, то не повинно бути і захисника. На практиці фактично публічну функцію обвинувачення здійснюють особи, які порушують кримінальні справи, провадять дізнання і ведуть досудове слідство. Не говорячи вже про принципову неприпустимість існування такої різношерстої армії обвинувачів, які персонально від імені держави взагалі не мають права здійснювати обвинувачення, зазначимо, що ці особи (перш за все — слідчий) повинні за ознаками злочину шукати і досліджувати факти, які *підтвердили* б або *спростували* обвинувачення — об'єктивно і неупереджено. Оскільки принцип змагальності є принципом усього кримінального процесу, а не лише стадії судового розгляду, здійснювати обвинувачення від порушення кримінальної справи і до закінчення процесу повинна одна державна посадова особа — прокурор, який до того ж може й відмовитись від обвинувачення, обумовивши цим закриття процесу (якщо на його продовженні не наполягатиме потерпілий). Весь цей час обвинуваченню процесуально протистоїть захист в особі адвоката, іншого захисника та самого підозрюваного, обвинуваченого, підсудного. Тому в ст. 121 Конституції положення про те, що на прокуратуру, серед іншого, покладається обов'язок підтримання обвинувачення, потрібно змінити, вилучивши з тексту слова “в суді” [9, 31].

Тривалий час науковці, законодавці і практичні працівники суду та слідства з задоволенням (дехто, правда, досить критично) обґрунтовували й користувалися можливістю направляти із зали суду справи органам розслідування для виправлення помилок, усунення пробілів, здобування додаткових

обвинувальних доказів, щоб під час нового розгляду справи будь-що, за всяку ціну постановити обвинувальний вирок. Адже інакше справу по суті можна було вирішити ще під час першого слухання, постановивши виправдувальний вирок, бо за канонами презумпції невинуватості недоведена вина є доведеною невинуватістю. Інститут дослідження [24, 564] є кричущим порушенням принципу об'єктивності, бо перетворює суд з неупередженого арбітра в заангажованого обвинувача, тому цю неприємну сторінку тоталітарного минулого треба безжалісно вирвати. Можна себе тішити поки що лише тим, що у проектах нового КПК цей інститут не згадується.

Наш законодавець, явно не бажаючи розставатись з “принадами” діючого КПК, під загрозою необхідності скасування інституту дослідження доповнив КПК статтею 315¹, якою передбачив право і можливість суду в ході судового слідства доручати органу, який проводив розслідування, виконати певні слідчі дії для **перевірки і уточнення** фактичних даних, одержаних під час досудового слідства [24, 629], тобто відтворив пресловуте додаткове розслідування, не повертаючи справу органам слідства, а під невинною ширмочкою “перевірки” і “уточнення” все-таки здобути додаткові докази **обвинувачення**, щоб будь-що постановити щодо підсудного обвинувальний вирок.

Цей антиконституційний пасаж законодавця одностайно засудили в глибоко аргументованих виступах на засіданні Науково-консультативної ради при Верховному Суді України її члени О.М. Бандурка, Т.В. Варфоломєєва, Ю.М. Грошевий, Е.О. Дідоренко, В.В. Комаров, А.О. Селіванов, В.М. Сущенко, М.Є. Шумило, а Голова Верховного Суду В.Т. Маляренко виступив з критичною статтею, в якій з гіркою ясністю зазначив, що і в новому проекті КПК слово в слово перенесено зміст ст. 315¹ і ч. 3 ст. 66 КПК, тобто те ж нехтування правами людини і конституційними принципами правосуддя закладається і на майбутнє [26, 2–7].

У ч. 3 ст. 22 КПК міститься імперативний припис, що забороняє “домагатись показань обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у справі, шляхом насильства, погроз та

інших незаконних заходів” [19, 49; 24, 63]. Ця норма у науковому відношенні є надто недосконалою і тому викликає на практиці великі труднощі у її застосуванні. Справа в тому, що в кримінальному й адміністративному законодавстві незаконними можуть бути визнані лише конкретні діяння, заборонені конкретними нормами закону. Вираз “інші незаконні заходи” в цих галузях права є неприпустимим, бо незаконними, а отже — караними, можна ситуативно чи волонтаристськи визнати будь-який захід слідчого, що протирічить елементарним положенням теорії права. Очевидно, слід встановити якийсь критерій допустимості впливу, яким, наприклад, психологія визначає можливість для людини, на яку здійснюється вплив, зробити альтернативний і вільний вибір варіантів поведінки, вчинків, утворення висновків [24, 66].

Включення особи в систему правового регулювання відбувається на фоні широкого психологічно значущого контексту, який об'єднує об'єктивно існуючі соціально-правові умови й обставини, від яких значною мірою залежить її правове становище [30, 85]. Багато норм КПК облямовано етико-психологічними чинниками, але вони чомусь постійно знаходяться поза увагою законодавця, що у окремих напрямках процесуальних відносин суб'єктів поступово доводить до рівня підсвідомості тривожне відчуття нерівності сторін, причому на “користь” обвинувачення і на шкоду захисту прав людини. Це явище не таке вже й безневинне, як може здатися на перший погляд, бо створює начебто ненавмисно деяку атмосферу судочинства, яка не сприяє творенню справедливого правосуддя. Багато що в цій ситуації залежить від незнання законодавцем даних психологічної науки або небажання враховувати такі дані. Такий негативний вплив на суб'єктів кримінального процесу можна побачити на кількох прикладах, взятих з їх безлічі.

В ч. 4 і 5 ст. 384 КПК записано право прокурора подавати касаційне **подання** (причому це стосується, в основному, прокурора, який брав участь у розгляді справи судом першої чи апеляційної інстанцій як сторона обвинувачення) на вироки, ухвали і постанови апеляційного суду, а в ч. 1, 2 і 3 цієї ж статті

іншим учасникам процесу дозволяється подавати касаційні *скарги* [24, 760]. У прихованій формі це ж стосується і ст. 348 КПК “Особи, які мають право подати апеляцію”, бо на неї робиться посилання в ст. 384 [24, 688]. Неважливо помітити, що якщо одна сторона процесу — обвинувачення — в особі прокурора подає з державницьких позицій до вищестоящих інстанцій суду авторитетні пропозиції щодо перегляду судового рішення нижчої інстанції, то інша, рівноправна за визначенням сторона — захисту — шанобливо скаржитись невідомо на кого, хіба що — на гірку свою долю, бо скаржитись можна на уявного чи дійсного кривдника, а чиєсь рішення слід оспорювати (рівноправний для сторін, передбачений законом спір). От і виходить в очах звичайного громадянина, що один з формально рівноправних учасників процесу — вимагач, а інший не менш формально рівноправний учасник — прохач. Неважко зрозуміти, яке ставлення до справедливого правосуддя виробляється в суспільстві.

Ще більш загрозливим для суспільної свідомості і об’єктивного правосуддя є введена законодавцем в КПК нова ст. 61¹ “Усунення захисника від участі у справі” [24, 182], причому серед обставин, що виключають участь у справі захисника в ст. 61 КПК зазначаються випадки, коли проти захисника порушено кримінальну справу та коли захисник, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини в справі, затягує розслідування чи судовий розгляд справи [24, 180–183]. Підстава при усунення захисника у зв’язку з порушенням проти нього кримінальної справи є явно незаконною, бо грубо протирічає конституційному принципу презумпції невинуватості [23, 306]. Що ж стосується другої підстави, то вона відрізняється цілеспрямованою упередженістю, бо оціночні судження, закладені в ній, можуть бути за першої-ліпшої нагоди витлумачені проти захисника, наприклад, якщо він заявляє дуже багато клопотань, що, за висновком слідчого або судді, перешкоджає встановленню істини або затягує перебіг розгляду справи. До речі, такі ж претензії цілком можна пред’явити в окремих випадках і до слідчого або судді, наприклад, коли слідчий протягом двох міся-

ців розслідування умудряється провести 2-3 слідчі дії. А обвинувачений сидить в СІЗО! Можна зробити загальний висновок з аналізу наведених норм КПК, які, не до честі законодавця, дозволяють усунути будь-якого захисника на будь-якій стадії процесу, якщо, на думку охоронців прав людини, цей захисник перешкоджає “встановленню істини у справі” (якої саме істини, коли ще немає вироку суду, що набрав законної сили?).

Однією з наріжних умов наукової нормотворчості є забезпечення системності законодавства, інакше колізія норм може завдати шкоди правозастосовчій діяльності. Для прикладу наведемо практику організації побачень адвоката зі своїм підзахисним, який перебуває під вартою. Практика рясніє випадками неправомірної поведінки слідчих, яка породжує численні заяви адвокатів і втручання найвищих судових і прокурорських інстанцій. Справа в тому, що ст. 43 КПК встановлює право обвинуваченого, серед іншого, мати захисника і побачення з ним до першого допиту, ст. 48 встановлює, що захисник, крім іншого, з моменту допуску його до участі в справі має право до першого допиту підозрюваного чи обвинуваченого мати з ним конфіденційне побачення, а після першого допиту — такі ж побачення без обмеження їх кількості та тривалості, а ст. 162 встановлює право особи або органу, які провадять справу, дозволяти побачення родичам або *іншим особам* з заарештованим не більше одного разу на місяць тривалістю від однієї до чотирьох годин [24, 105, 129, 381]. Слідчі роблять вигляд, що до числа “інших осіб” належать і захисники, які повинні кожного разу для одержання права на побачення з заарештованим просити дозволу у слідчого, бо він є “особою, яка провадить справу” (ст. 162). Завдяки величезним зусиллям Спілки адвокатів України вдалося одержати напівофіційну високу вказівку слідчим давати один раз дозвіл адвокату для побачень із заарештованим підзахисним на весь час досудового слідства у даній справі. Адвокати були раді й цьому, але тут треба поставити остаточну науково обґрунтовану крапку над “і”, бо назване рішення нічого спільного з правом і правилами тлумачення правових норм не має.

Справа в тому, що норма про право слідчого дозволяти побачення з заарештованим “іншим особам” є загальною стосовно спеціальної щодо неї норми, яка передбачає необмежене право адвоката на будь-яку кількість побачень, не обумовлених необхідністю одержання дозволу, а у таких випадках теорія права передбачає пріоритет спеціальної норми. Таким чином, адвокат *взагалі* не повинен просити у слідчого дозволу на побачення зі своїм заарештованим клієнтом і навіть повідомляти його про це побачення. Інакше за логікою адвокат повинен був би запитувати дозволу на побачення з клієнтом у слідчого, який для цієї особи обрав будь-яку міру запобіжного заходу (наприклад, підписку про невиїзд), що є і юридичною, і життєвською дурницею. Всі свої відвідини заарештованого клієнта адвокат має робити лише у відповідності з режимом місця ув’язнення.

Необхідно звернути увагу ще на одну хибу законодавства, у всякому разі — з точки зору автора статті, яку можна назвати шкідливою занормованістю способів одержання доказової інформації на досудовому слідстві. Вона полягає в тому, що законодавець не враховує особливостей змісту роботи слідчого, яку трохи претензійно, але, в цілому, вірно порівнюють з мистецтвом. Під час розслідування при проведенні окремих слідчих дій застосовуються вироблені криміналістикою і такі, що виникають інтуїтивно, тактичні прийоми [15; 34, 28; 36, 5], які відрізняються високою ситуативністю [34, 125] і індивідуальним підходом до учасників слідчих дій [36, 31]. Можна сказати, що слідча тактика — це своєрідний інструментарій слідчого, а тому істотне обмеження кола тактичних засобів, що застосовуються під час розслідування злочинів, яке часто робить законодавець, неминуче призводить до звуження можливостей слідчих працівників у збиранні надійної доказової інформації [36, 79]. Важливо також врахувати ту обставину, що в ході проведення окремих слідчих дій надзвичайно велику роль відіграє використання психологічних засобів спілкування, що взагалі неможливо змістово врахувати в правових нормах [19, 128–135; 34, 87–111]. На цю тему постійно ведуться дискусії між процесуалістами і криміналіс-

тами, під час яких розглядаються питання допустимості тактичних прийомів у судочинстві та необхідності надання слідчому в розумних межах свободи у застосуванні тактичних засобів розслідування злочинів і виявленні осіб, що їх вчинили. Ми, безумовно, проти пропозицій щодо використання в розслідуванні гіпнозу, екстрасенсів, обману, які іноді з’являються на сторінках спеціальних видань, але і проти правових норм, які всупереч моральним і привабливим тактичним альтернативам не дають можливості слідчому розгорнути справді творчу роботу в пошуках істини.

Наведемо лише один приклад, висновки з якого підкріплюються власним досвідом автора статті, здобутим під час його роботи слідчим районної прокуратури і прокурором-криміналістом обласної прокуратури.

В ст. 143 КПК міститься імперативна для слідчого норма, за якою він під час допиту обвинувачених в одній справі повинен допитувати їх окремо і вживати заходів, щоб обвинувачені не могли зноситися між собою [24, 348]. Така ж вимога сформульована і в ст. 167 щодо допиту свідків [24, 399]. Благі наміри законодавця запобігти змові про певні неправдиві показання допитуваних обвинувачених і свідків у одній справі шляхом їх розосередження і позбавлення можливості спілкуватися під час допиту натикаються на великі, часом нездоланні труднощі організаційного характеру, а також, що є основним негативом, не враховують психологізму неправди і пов’язаних з її викриттям тактичних можливостей слідчого.

Відносно першого нашого зауваження слід нагадати, що забезпечити роздільне перебування обвинувачених, а особливо — свідків в ході їх допиту в одній справі в умовах помешкання слідчого підрозділу практично неможливо, бо навряд чи знайдеться для кожного з допитуваних окрема кімната та ще й, мабуть, з вартовим, не говорячи вже про дуже сумнівну з точки зору прав людини заборону вільного пересування обвинувачених, що не знаходяться під вартою, і свідків. Це можна формально забезпечити в умовах СІЗО, але надійний тюремний “телеграф” зведе нанівець застороги законодавця.

Що ж до другого зауваження, то слід знати, що неправда являє собою феномен спілкування з навмисним перекрученням дійсного становища речей, процес її формування має всі риси творчості, яка полягає в пристосуванні до правди окремих неправдивих елементів, у монтуванні в правду вигідних брехуну деталей [34, 313]. Чиста брехня не має сенсу, бо вона розсипається вже в момент виголошення.

Для викриття брехні криміналістикою розроблено немало бездоганих з точки зору закону прийомів [19, 199; 34, 282]. Серед них — мовчазне неперешкодження або навіть конклюдентне заохочення до спілкування та можливої змови, і неправда тоді зовні досить легко викриваються на констатації повної стереотипності відповідей на основні запитання і великих розбіжностей в деталях. Практика неодноразово підтверджувала ефективність цього прийому, який безпідставно, але й нереально забороняє використовувати законодавець.

Нарешті, в контексті наших вимог до нормотворчості варто торкнутися проблеми юридичної техніки, яка є сукупністю засобів і прийомів, що використовуються у відповідності з прийнятими правилами у виробленні й систематизації правових актів для забезпечення їхньої досконалості. Вона передбачає використання правильної юридичної термінології, засобів юридичного виразу волі законодавця, засобів словесно-документального викладу змісту нормативного акта, абстрактного і казуїстичного техніко-юридичних прийомів, законодавчої стилістики тощо [3, 267–288]. Вона виступає як комплекс методів і прийомів, покликаних надавати відповідну форму змісту правових норм [28, 144]. Все це повинно забезпечуватись процедурою підготовки і

прийняття законодавчих актів від їх розробки, експертування, розгляду в Комітетах Верховної Ради та під час читань на пленарних засіданнях [16, 214; 25, 68–78].

Ми зупинимось лише на двох з безлічі порушень вимог юридичної техніки, які псують законодавчі акти. Редакція ст. 62 Конституції України викликає серйозне зауваження, адже фраза “Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду” призводить до абсурдного висновку, що всі громадяни України лише *вважаються* невинуватими, якщо вони навіть дійсно ні в чому не винні, не скоювали ніяких серйозних правопорушень, а тим більше — злочинів [13, 147; 33, 555].

У п. 11 ст. 32 КПК України до близьких родичів зараховуються батьки, дружина, діти, рідні брати і сестри, дід, баба, внуки [24, 94]. Тут виникає кілька дійсно технічних (лінгвістичних) запитань: а) чи можна віднести до категорії близьких *родичів* дружину, яка не має ні з ким кровної спорідненості, адже ця ознака є визначальною в понятті “родичі”? б) хто мається на увазі під терміном “дружина”, кожен з подружжя чи лише жінка (якщо останнє, то чому дискримінується чоловік)? в) чому батьки, діти, внуки, брати, сестри перелічені в множині, а дід і баба, яких може бути по двоє, — в однині?

І це можна назвати нормою права?

Підсумовуючи сказане, можна побачити, що лише ретельно відпрацьоване на засадах верховенства права і сучасної правової науки та інших суспільних і природничих наук законодавство може бути надійною основою для прогресивного розвитку особи, суспільства і держави.

Список літератури:

1. Авраменко О.В. Психологічна характеристика окремих емоційних станів особи та їх кримінально-правове значення // Наукові записки. Серія “Право”. — Острого: Вид-во Нац. ун-ту “Острозька академія”, 2004. — Вип. 5.
2. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т. Т. I. — М.: Юрид. лит., 1981. — 360 с.
3. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — 360 с.
4. Васильчук В.О. Справедливість як категорія міжнародного права // Наукові записки. Серія “Право”. — Острого: Вид-во Нац. ун-ту “Острозька академія”, 2004. — Вип. 5.

5. *Витрук Н.В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. — М.: Юрид. лит., 1979. — 160 с.
6. *Вознюк В.Д.* Конституційне правосуддя в Україні: уроки, проблеми, перспективи // Вісник Верховного Суду України, 2005, № 8(60).
7. *Головатий Сергій.* Верховенство права: У 3-х кн. Книга 1. Верховенство права: від ідеї — до доктрини. — К.: Фенікс, 2006. — xxxiii-xlii, С. 61–624.
8. *Гончаренко В.Г.* Абсолютна істина чи глухий кут? // Український юрист, 2005, № 8.
9. *Гончаренко В.Г.* Загубився обвинувач // Український юрист, 2005, № 6.
10. *Гончаренко В.Г.* Українське прислів'я — квінтесенція звичаєвого права // Вісник Академії адвокатури України. — 2006. — Вип. 2(6).
11. *Гончаренко В.Г.* У семи няньок... // Український юрист, 2005, № 7.
12. *Гончаренко В.Г.* Чужа душа — темний ліс // Український юрист, 2005, № 9.
13. *Гончаренко В., Сегай М.* Наукова рецензія на “Ненаукові нотатки” // Право України, 2006, № 2. — С. 145–147.
14. *Горшенев В.М.* Правовые формы деятельности в общенародном государстве. — Харьков: Юрид. ин-т, 1985. — 230 с.
15. *Гусаков А.Н.* Следственные действия и тактические приемы: Автореф. дисс... канд. юрид.наук. — М., 1972. — 19 с.
16. *Гусарев Г.Д.* Юридична діяльність. Методологічні та теоретичні аспекти. — К.: Знання, 2005. — 375 с.
17. *Карташов В.Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. — Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1989. — 220 с.
18. *Ковальчук В.Б.* Права людини як критерій легітимності державної влади // Наукові записки. Серія “Право”. — Острог: Вид-во Нац. ун-ту “Острозька академія”, 2004. — Вип.5.
19. *Коновалова В.О., Шепітько В.Ю.* Юридична психологія. Академічний курс. — К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2004. — 424 с.
20. Конституція України. — К.: Преса України, 1997. — 80 с.
21. *Костенко О.М.* Соціальний натуралізм як методологічний принцип для нової юриспруденції. — К.: Академічні читання КРЦ АПрНУ, 2007. — Випуск 7.
22. *Костицький М.В.* Філософські питання верховенства права. — К.: Академічні читання КРЦ АПрНУ, 2007. — Випуск 6.
23. *Крикунов О.В.* Актуальні проблеми залучення та усунення захисника // Наукові записки. Серія “Право”. — Острог: Вид-во Нац. ун-ту “Острозька академія”, 2004. — Вип. 5. — С. 299–308.
24. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. — К.: Юрисконсульт, КНТ, 2007. — 896 с.
25. *Лисенков С.Л.* Основы конституційного процесуального права України: Курс лекцій. — К.: Форум, 2005. — 237 с.
26. *Маляренко В.Т.* Про судові доручення в кримінальній справі // Вісник Верховного Суду України, 2005, № 7(59).
27. *Мучник А.Г.* Комментарий к Конституции Украины. — К.: Парламентское изд-во, 2000. — Кн. 1. — 254 с.
28. *Нашиц А.* Правотворчество. — М.: Юрид. лит., 1974. — 150 с.
29. *Недбайло П.Е.* Применение советских правовых норм. — М.: Юрид. лит., 1960. — 230 с.
30. *Новик Ю.И.* Психологические проблемы правового регулирования. — Минск: Университетское, 1989. — 135 с.
31. *Пиголькин А.С.* Теоретические проблемы правотворческой деятельности: Автореф. дисс... докт.юрид.наук — М., 1972. — 32 с.
32. Правознавство. Словник термінів / За ред. В.Г. Гончаренка. — К.: Юрисконсульт, КНТ, 2007. — 636 с.

33. *Розовский Б.Г.* Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: Эссе. — Луганск: РИО ЛАВД, 2004. — 600 с.
34. *Шепітько В.Ю.* Криміналістична тактика. Системно-структурний аналіз. — Харків: Харків юридичний, 2007. — 432 с.
35. *Шикин Е.П.* Основные условия эффективности применения права: Автореф. дисс... канд.юрид.наук. — Свердловск, 1971. — 21 с.
36. *Якушин С.Ю.* Тактические приемы при расследовании преступлений. — Казань: Изд-во Каз. ун-та, 1983. — 103 с.

РЕЗЮМЕ

В статье с привлечением идей научности эффективной человеческой деятельности рассматриваются вопросы нормотворчества в Украине, недостатки действующего законодательства и пути его совершенствования.

SUMMARY

The article deals with the topics of normative formation in Ukraine, the drawbacks of current Ukrainian legislation and the ways of its improvement. It attracts the ideas of scientific effective human activity.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 22.11.07