



**Проблеми надмірності та недостатності
«зворотного зв'язку» між положеннями
Кримінального та Кримінального процесуального
кодексів України**

*Задоя Костянтин Петрович,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук*

УДК: 343.2

Набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК) 2012 року, безумовно, стало важливим етапом розвитку вітчизняної правової системи. Осмислення змісту та значення положень цього нормативно-правового акта, очевидно, триватиме ще не один рік. Про це свідчить хоча б гостра дискусія між науковцями та юристами-практиками, що розгорнулася на шпальтах друкованих та електронних видань, відносно змісту та практики застосування окремих норм-новел КПК [1–6].

Однак, на наш погляд, не менш важливим є питання про те, яким чином положення (норми) новоприйнятого КПК «взаємодіють» із положеннями (нормами) Кримінального кодексу України (далі – КК) та чи завжди така «взаємодія» є вдалою. Вітчизняні криміналісти розглядали окремі аспекти вказаного питання, однак переважно у зв'язку з особливостями кримінального провадження на підставі угод [7–10]. У даній публікації ми спробуємо дослідити його повністю, а головне – виділити проблемні складові.

Відзначимо, що, на наш погляд, взаємодія між положеннями (нормами) КК та КПК має щонайменше два рівні: а) техніко-юридичний; б) спеціально-юридичний (змістовний). Перший рівень зводиться переважно до узгодженості термінології КК і КПК та до бланкетних зв'язків між положеннями цих кодексів.

Ст. 2 КПК проголошує, що одним із завдань кримінального провадження є забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини. У свою чергу, частина друга ст. 1 КК вказує, що цей Кодекс визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовують до осіб, що їх вчинили. Таким чином, можна дійти висновку, що «взаємодія» між вказаними нормативно-правовими актами на спеціально-юридичному рівні полягає у тому, що положення (норми) КПК забезпечують (або принаймні повинні забезпечувати) належний процесуальний порядок застосування положень (норм) КК. Однак в Особливій частині КК (насамперед у її розділі XVIII) міститься цілий ряд норм, що передбачають кримінальну відповідальність за злочини, вчинені учасниками кримінального провадження або щодо них. Тобто, беручи під кримінально-правову охорону суспільні відносини, правовою формою яких є кримінальне провадження, положення (норми) КК тим самим забезпечують (повинні забезпечувати) належний порядок реалізації (застосування) положень (норм) КПК. Отже, можна говорити, що положення (норми) КК та КПК утворюють нормативну систему¹, в межах якої норми одного нормативно-правового акта забезпечують належну реалізацію (застосування) норм іншого нормативно-правового акта.

Подібна кругова взаємодія між окремими елементами системи називається у кібернетиці «зворотним зв'язком (feedback)» [12, с. 83]. Нормальними проявами «зворотного зв'язку» між положеннями КК та КПК є, наприклад: а) «взаємодія» між положеннями ст. 91 КК, що передбачають підстави для зняття судимості, та положеннями статей 538 та 539 КПК, які визначають процесуальний порядок такого заходу; б) частина перша ст. 36 та частина п'ята ст. 40 КПК закріплюють заборону втручання у діяльність прокурора та слідчого, а ст. 343 КК встановлює кримінальну відповідальність

¹ У кібернетиці системою у найбільш спрощеному вигляді вважають комплекс компонентів, що взаємодіють [11, с. 29, 61].

за порушення такої заборони. Однак, на жаль, у ряді випадків «зворотний зв'язок» між нормами КК та КПК може набувати некоректного, – надмірного чи недостатнього, – характеру.

Недостатність «зворотного зв'язку» між положеннями КК та КПК як наслідок недосконалості норм КПК. Подібні випадки мають місце тоді, коли положення кримінального процесуального закону не забезпечують належного процесуального порядку реалізації (застосування) відповідних положень КК. Наприклад, згідно з частиною п'ятою ст. 74 КК особа може бути за вироком суду звільнена від покарання на підставах, передбачених ст. 49 цього Кодексу. Водночас ст. 374 КПК, яка врегульовує зміст вироку, не містить жодного орієнтиру, який би свідчив про врахування наведеного вище положення КК. У п. 2 частини четвертої ст. 374 КПК міститься згадка про «звільнення від відбування покарання», але, з огляду на кримінально-правовий зміст даного формулювання, поширювати його на випадки, передбачені частиною п'ятою ст. 74 КК, очевидно, некоректно.

Уваги заслуговує також і ситуація із процесуальним порядком реалізації дискреційних повноважень суду, передбачених у нормах частини другої ст. 66 та частини другої ст. 67 КК. Перше із цих положень передбачає, що «при призначенні покарання суд може визнати такими, що його пом'якшують, і інші обставини, не зазначені в частині першій цієї статті»; а друге, – що «суд має право, залежно від характеру вчиненого злочину, не визнати будь-яку із зазначених у частині першій цієї статті обставин, за винятком обставин, зазначених у пунктах 2, 6, 7, 9, 10, 12 такою, що обтяжує покарання, навівши мотиви свого рішення у вироку». Таким чином, у другому випадку прямо обумовлений обов'язок суду мотивувати рішення про визнання певної обставини такою, що не обтяжує покарання, та, очевидно, що про подібний обов'язок контекстуально вказується й у першому випадку. Однак п. 2 частини третьої ст. 374 КПК прямо не відображає жодного із цих двох обов'язків суду, абстрактно говорячи про необхідність зазначати у мотивувальній частині вироку «обставини, які пом'якшують або обтяжують покарання».

Продовжуючи, відзначимо, що положення КПК недостатньо коректно вирішують питання про фіксацію у вироці суду міри покарання: а) п. 2 частини четвертої ст. 374 КПК передбачає, що вказівка на міру покарання є обов'язковою у випадку визнання особи винуватою, але принаймні частина третя ст. 88 КК не виключає можливості засудження особи без призначення їй покарання; б) відповідно до ст. 54 та частини другої ст. 55 КК окремі види додаткових покарань можуть бути призначені особі у випадках, не передбачених положеннями Особливої частини КК, що, очевидно, потребує спеціальних застережень в обвинувальному вироці суду. На жаль, у ст. 374 КПК подібні застереження не згадуються².

Ще одним прикладом недостатності «зворотного зв'язку» є те, що в КПК прямо та чітко не вказано, яким правозастосовчим актом вирішується питання про заміну призначеного покарання більш м'яким у порядку частини четвертої ст. 83 КК. Очевидно, у даному разі слід або розширено тлумачити п. 4 частини першої ст. 537 КПК, в якому йдеться про «звільнення від відбування покарання...», або орієнтуватись на п. 14 частини першої ст. 537 КПК, в якому вказано, що суд вирішує інші питання про всякого роду сумніви і протиріччя, які виникають при виконанні вироку.

Нарешті звернімо увагу на ситуацію із процесуальним порядком звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням до нього примусових заходів виховного характеру. Ст. 105 КК припускає можливість застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру й у випадку звільнення його від покарання. З огляду на те, що відповідно до частини першої даної статті КК питання про звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру повинно вирішуватись на «момент постановлення вироку», правозастосовчим актом, в якому «фіксується» рішення суду про доцільність застосування до особи примусових заходів виховного характеру, у даному разі повинен бути

² Зауважимо, що в частині четвертій ст. 335 Кримінального-процесуального кодексу України 1960 року це питання було вирішено хоча б відносно до ст. 54 КК.

обвинувальний вирок суду. Однак п. 2 частини четвертої ст. 374 КПК, який формулює вимоги щодо юридичного змісту резолютивної частини таких правозастосовчих актів, взагалі не містить згадки про можливість застосування ст. 105 КК.

Недостатність «зворотного зв'язку» між положеннями КК та КПК як наслідок недосконалості норм КК. У даному разі йтиметься про ситуації, які є результатом того, що положення кримінального закону не забезпечують належного порядку реалізації відповідних положень КПК. Наприклад, відповідно до частини другої ст. 385 КК не підлягає кримінальній відповідальності особа за відмову давати показання під час провадження досудового розслідування або в суді щодо себе, а також членів її сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. Водночас у п. 3 частини першої ст. 66 КПК передбачено, що свідок має право відмовитися давати показання щодо себе, близьких родичів та членів своєї сім'ї, що можуть стати підставою для підозри, обвинувачення у вчиненні ним, близькими родичами чи членами його сім'ї кримінального правопорушення, а також показання щодо відомостей, які згідно з положеннями ст. 65 цього Кодексу не підлягають розголошенню.

Очевидно, що положення частини другої ст. 385 КК повинно вирішувати питання про кримінально-правові наслідки відмови свідка давати показання у певних ситуаціях, але, на жаль, у цій частині кримінальний закон передбачає вкрай невдалу «реакцію» на відповідні положення КПК.

По-перше, п. 3 частини першої ст. 66 КПК передбачає право особи відмовитись давати показання щодо відомостей, які згідно з положеннями ст. 65 цього Кодексу не підлягають розголошенню. У частині другій ст. 65 КПК перераховано ряд категорій осіб, що не можуть бути допитані з приводу певних обставин (адвокати, нотаріуси, медичні працівники та ін.), а частина третя цієї ж статті передбачає, що окремі категорії осіб можуть бути звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю. На жаль, не дуже зрозуміло, чи стосується п. 3 частини першої ст. 66 КПК усіх осіб, вказаних у частині другій

ст. 65 КПК, чи лише тих із них, які звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю. Однак у будь-якому разі положення частини другої ст. 385 КК не повною мірою враховує зміст п. 3 частини першої ст. 66 КПК.

По-друге, частина друга ст. 385 КК не враховує також і те, що відповідно до частини четвертої ст. 65 КПК особи, які мають право дипломатичної недоторканості, а також працівники дипломатичних представництв, можуть відмовитись давати показання.

Таким чином, частина друга ст. 385 КК не виключає кримінальної відповідальності окремих категорій осіб, які відповідно до положень КПК мають право відмовитись від давання показань як свідки (не можуть бути допитані як свідки).

Надмірність «зворотного зв'язку» між положеннями КК та КПК, що виражається у нормах КПК. Ознайомлення з положеннями КПК свідчить, що окремі з його положень: а) необґрунтовано ускладнюють процесуальний порядок застосування деяких норм КК; б) за своєю юридичною природою взагалі є кримінально-правовими.

Прикладом першої ситуації можуть бути частини друга, третя ст. 285 КПК, які встановлюють, що звільнення від кримінальної відповідальності можливе лише за наявності згоди підозрюваного, обвинуваченого. З цього приводу О.О. Дудоров зазначив, що «законодавче положення про відсутність відповідного заперечення з боку обвинуваченого (підсудного) – це фактично невідома КК додаткова умова звільнення від кримінальної відповідальності, закріплення якої у КПК (у даному випадку О.О. Дудоров має на увазі Кримінально-процесуальний кодекс 1960 року – К.З.) породжує запитання, чи не втрутився тут кримінально-процесуальний закон у предмет регулювання кримінального закону» [13, с. 734]. На нашу думку, згода підозрюваного, обвинуваченого на звільнення від кримінальної відповідальності все ж має кримінально-процесуальну, а не кримінально-правову природу. Однак з О.О. Дудоровим однозначно слід погодитись у тому, що в КК немає жодного

«натяку» на необхідність включення у процесуальний порядок звільнення від кримінальної відповідальності зазначеної вище особливості.

Прикладом ситуації другого типу може бути частина п'ята ст. 598 КПК, яка передбачає, що у випадку кримінального провадження у порядку перейняття покарання, яке призначається судом, не повинно бути суворішим від покарання, передбаченого законом запитуючої держави за таке ж кримінальне правопорушення. Дане положення за своєю природою є безумовним кримінально-правовим орієнтиром, що має враховувати суд при призначенні покарання засудженому поряд із відповідними нормами КК.

Так само кримінально-правовим за своєю суттю є положення про дострокове звільнення особи від примусового заходу виховного характеру, передбачене частиною першою ст. 502 КПК. Питання про дострокове припинення застосування будь-якого заходу кримінально-правового впливу є насамперед питанням кримінального права, оскільки його вирішення безпосередньо впливає на динаміку та зміст кримінально-правових відносин. На рівні ж кримінального процесуального закону має бути передбачений лише процесуальний порядок вирішення відповідного питання. Відзначимо, що ст. 105 КК не передбачає можливості дострокового звільнення від будь-якого із примусових заходів виховного характеру.

Надмірність «зворотного зв'язку» між положеннями КК та КПК, що виражається у нормах КК. Положення КК, у свою чергу, можуть: а) не повною мірою гарантувати реалізацію положень КПК; б) мати кримінально-процесуальний характер.

Вище ми вже наголошували на неузгодженостях частини другої ст. 385 КК з положеннями КПК. На жаль, цей перелік слід продовжити. На рівні п. 3 частини першої ст. 66 КПК відмова свідка давати показання допускається у випадках, коли такі показання «можуть стати підставою для підозри, обвинувачення у вчиненні ним, близькими родичами чи членами його сім'ї кримінального правопорушення». Однак частина друга ст. 385 КК не передбачає як окрему умову виключення кримінальної відповідальності

здатність показань особи бути підставою для підозри щодо неї самої, її близького родича чи члена сім'ї. Вважаємо, що в даному випадку йдеться не просто про техніко-юридичні розбіжності, а про ситуації з різним правовим змістом. Положення частини другої ст. 385 КК, якщо тлумачити його буквально, поширюється на всі випадки, коли особа відмовляється давати будь-які показання як свідок щодо себе, близького родича чи члена сім'ї. Таким чином, на сьогодні частина друга ст. 385 КК виключає кримінальну відповідальність особи в окремих випадках, коли вона відповідно до положень КПК не має права відмовитись від давання показань як свідок у кримінальному провадженні. Очевидно, це не можна вважати належною гарантією реалізації завдань кримінального провадження, визначених у ст. 2 КПК.

Насамкінець відзначимо, що, на наш погляд, суто кримінально-процесуальний характер мають положення щодо порядку продовження, зміни чи припинення застосування примусових заходів медичного характеру, зафіксовані у другому–п'ятому реченнях частини другої ст. 95 КК. Підтвердженням нашого висновку може бути те, що у частині третій ст. 514 КПК вказано, що розгляд питання про продовження, зміну чи припинення застосування примусових заходів медичного характеру здійснюється за поданням представника медичного закладу (лікаря-психіатра), де тримається дана особа, у передбаченому ст. 95 КК та ст. 512 КПК порядку. Тобто у частині третій ст. 514 КПК прямо вказується на те, що у ст. 95 КК вирішується питання, по суті, кримінально-процесуального характеру.

З огляду на все сказане вище, доводиться констатувати, що «зворотний зв'язок» між положеннями КК та КПК характеризується цілим рядом проблемних аспектів, які виявляються у його надмірному чи недостатньому характері.

Один із творців теорії систем Н. Вінер свого часу відзначав, що: «Механізми зворотного зв'язку в основному сприяють одноманітній дії системи незалежно від навантаження. Суворо кажучи, це вимагає суттєвого застереження. Якщо навантаження виявиться надмірним або зворотний зв'язок,

що вимагається навантаженням, буде надмірним, то механізм зворотного зв'язку буде, швидше, дестабілізувати дію системи, аніж стабілізувати її» (перекладено мною – К.З.) [14, с. 127].

На жаль, це твердження абсолютно актуальне і щодо нормативної системи, яку складають КК та КПК. Надмірність та недостатність «зворотного зв'язку» між положеннями цих кодексів «перевантажує» утворювану ними систему, утруднюючи її функціонування (реалізацію, застосування). Конкретними аспектами цього явища є: а) різного роду юридичні колізії (неузгодженості чи суперечності), – зокрема змістовні та темпоральні; б) «відмирання» окремих норм; в) відсутність уніфікованої практики реалізації (застосування) положень кримінального та кримінально-процесуального законів. Зрозуміло, що кожен із цих аспектів потребує окремого наукового дослідження.

Список використаних джерел

1. Банчук О. 7 міфів про новий КПК / О. Банчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/articles/2013/01/10/6980670/>. – Назва з екрана.
2. Банчук О. КПК і європейські цінності : опозиція хоче назад до СРСР? / О. Банчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/columns/2013/04/9/6986406/>. – Назва з екрана.
3. Баганець О. Таємна мета нового КПК / О. Баганець [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/articles/2013/05/12/6989372/>. – Назва з екрана.
4. Хавронюк М. Зміни потрібно вносити не до КПК, а в голови тих людей, котрі за ним працюють / М. Хавронюк [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/14721-zmini_potribno_vnositi_ne_do_kpk_a_v_golovi_tih_lyudey_kotri.html. – Назва з екрана.

5. Власенко С. «Читав і засуджую». Протестовано на собі / С. Власенко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://gazeta.dt.ua/LAW/chitav-i-zasudzhuyu-protestovano-na-sobi-kilka-sliv-pro-noviy-kpk-.html>. – Назва з екрана.

6. Портнов А. «Не читав, але засуджую...» / А. Портнов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://gazeta.dt.ua/LAW/ne-chitav-ale-zasudzhuyu-proplyusi-novogo-kpk-ta-minusi-yogo-zastosuvannya-.html>. – Назва з екрана.

7. Марін О.К. Кримінально-правові проблеми нового КПК України / О.К. Марін // Кримінальний кодекс України : проблеми застосування і практики удосконалення : тези доповідей та повідомлень учасників міжнародного симпозиуму, 21–22 вересня 2012 р. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 140–144.

8. Бурдін В.М. Вплив нового Кримінального процесуального кодексу України на інститути матеріального кримінального права / В.М. Бурдін // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 4. – С. 255–263.

9. Міщенко М. Принцип індивідуалізації покарання при укладенні угод про примирення та визнання винуватості / М. Міщенко // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 11–12 жовтня 2012 р. – Х. : Право, 2012. – С. 214–217.

10. Тютюгин В.И. Некоторые вопросы назначения наказания по соглашению сторон в связи с принятием нового Уголовного процессуального кодекса Украины / В.И. Тютюгин // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 11–12 жовтня 2012 р. – Х. : Право, 2012. – С. 81–86.

11. Берталанти Л. фон. Общая теория систем – критический обзор / Л. фон Берталанти; пер. с англ. Э.Г. Юдина // Исследования по общей теории

систем : сборник переводов / общ. ред. и вст. ст. В.Н. Садовского и Э.Г. Юдина. – М. : Прогресс, 1969. – С. 23–82.

12. Эшби У.Р. Введение в кибернетику / У. Росс Эшби ; пер. с англ. Д.Г. Лахути ; под ред. В.А. Успенского ; с предисл. А.Н. Колмогорова. – М. : Изд-во иностр. лит., 1959. – 432 с.

13. Кримінальне право. Загальна частина : підручник / [А.С. Беніцький, В.О. Гацелюк, М.К. Гнетнев, В.С. Гуславський та інші]; за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К. : Істина, 2011. – 1112 с.

14. Винер Н. Индивидуальный и общественный гомеостазис / Н. Винер; пер. с англ. М.Н. Грачева // Общественные науки и современность. – 1994. – № 6. – С. 127–130.

Задоя К.П. Проблеми надмірності та недостатності «зворотного зв'язку» між положеннями Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України

Автор аналізує проблеми «зворотного зв'язку» між положеннями Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України. Наводить приклади, коли «зворотний зв'язок» має некоректний характер.

Ключові слова: «зворотний зв'язок», Кримінальний кодекс України, Кримінальний процесуальний кодекс України.

Задоя К.П. Проблемы избыточности и недостаточности «обратной связи» между положениями Уголовного и Уголовного процессуального кодексов Украины

Автор анализирует проблемы «обратной связи» между положениями Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов Украины. Приводит примеры, когда «обратная связь» имеет некорректный характер.

Ключевые слова: «обратная связь», Уголовный кодекс Украины, Уголовный процессуальный кодекс Украины.

Zadoya K.P. The problems of redundancy and lack of «feedback» between the provisions of the Criminal Code and the Criminal Procedure Code of Ukraine

The author analyzes the problems of «feedback» between the provisions of the Criminal Code and the Criminal Procedure Code of Ukraine. The examples of incorrect «feedback» are given.

Key words: «feedback», Criminal Code of Ukraine, Criminal Procedure Code of Ukraine.