

ПОНЯТТЯ ПРИНЦИПУ ПУБЛІЧНОСТІ ТА ЙОГО НОРМАТИВНИЙ ЗМІСТ

Розглянуто основні підходи до розуміння принципу публічності. Проаналізовано нормативний зміст принципу публічності в умовах змагальної форми кримінального процесу. Надано авторське визначення принципу публічності.

Ключові слова: публічність, кримінальне судочинство, принцип кримінального процесу.

Питання, пов'язані з поняттям принципів кримінального процесу, їх нормативним змістом і системою, є традиційно дискусійними в науці кримінального процесу. Відповіді на них мають не лише суто теоретичне, але й важливе практичне значення, що зумовлює їх актуальність з огляду на прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК).

Проблема поняття принципу публічності або окремі питання, пов'язані з його змістом, досліджувалися в роботах таких вчених, як С. А. Альперт, Ф. Н. Багаутдінов, А. С. Барабаш, І. М. Гальперін, Ю. М. Грошевой, С. Л. Деревянкін, Т. М. Добровольська, В. С. Зеленецький, Л. М. Лобойко, В. Т. Маляренко, М. М. Михеєнко, І. Л. Петрухін, А. Л. Ривлін, С. М. Стахівський, М. С. Строгович, І. В. Тиричев, Д. В. Філін, А. В. Федулов, Г. П. Хімічева, А. Л. Ципкін, М. О. Чельцов, М. Є. Шумило, А. М. Юсубов та ін.

У науці кримінального процесу існує декілька основних підходів до визначення принципу публічності: визнання публічності принципом кримінального процесу [25, с. 49]; розуміння публічності не як принципу, а категорії, яка значно більше й вагоміше, ніж принцип [6, с. 8]. На думку А. С. Барабаша, публічність – саме та засада, яка повинна бути притаманна кримінальному процесу. Ось чому органи державної влади мають з'ясувати картину минулого в повному обсязі, виявити й захистити законні інтереси всіх

осіб, які беруть участь у кримінальному процесі, та на підставі балансу інтересів прийняти соціально значуще рішення [6, с. 93]. Представники третьої точки зору не визнають публічність принципом кримінального процесу, оскільки він не отримав свого нормативного закріплення в КПК [13, с. 27].

Навіть серед тих авторів, які визнають за публічністю статус принципу, немає єдності поглядів на його поняття та нормативний зміст. До змісту принципу публічності науковці включають: «поєднання ініціативи та активності в процесуальній діяльності посадових осіб і державних органів» [14, с. 69]; «посадовий обов'язок уповноважених суб'єктів порушувати кримінальне переслідування, здійснювати розслідування і вирішення кримінальної справи» [29, с. 81]; «обов'язок посадових осіб і державних органів дослідити всі обставини справи й забезпечувати охорону прав і законних інтересів осіб, які беруть участь у справі» [10, с. 116]; «вимоги, які зобов'язують посадових осіб і органи, які ведуть кримінальний процес, вчиняти на свій розсуд процесуальні дії в межах своєї компетенції» [30, с. 54-55]; «обов'язок суду та органів кримінального переслідування використовувати свої владні повноваження, обов'язок виявляти ініціативу у своїй діяльності» [9, с. 9]; вимогу «активної правозастосовчої діяльності» [28, с. 70]; «відповідальність посадових осіб і державних органів, які ведуть процес, за хід та результати процесуальної діяльності» [22, с. 8] та ін.

У цьому аспекті доречною уявляється думка М. Т. Аширбекової, що «всі ці положення можуть бути віднесені до принципу публічності, проте це досить «панорамний» підхід» [3, с. 27].

Будь-який принцип має свій нормативний зміст, тобто знаходить своє вираження в нормі чи сукупності норм (процесуальних інститутах), які й відображають його особливості. «Принципи зазвичай застосовуються лише опосередковано – через інші приписи (норми поведінки), в сукупності з якими принципи набувають усі структурні якості правових норм» [7, с. 41]. Отже, розглянемо нормативне вираження принципу публічності, яке й визначає суть та особливості кримінального процесу як правозастосовчої діяльності.

Найбільш традиційним і загальнозживаним є підхід, відповідно до якого публічність ототожнюють з офіційністю і визначають як обов'язок суду, прокурора, слідчого та органу дізнання в межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину, вжити всіх передбачених законом заходів зі встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання (ст. 4 КПК). Л. В. Карабут дійшла висновку, що «публічність ширше офіційності» [17, с. 6], проте в її роботі знову йдеться про додаткові елементи принципу, а не про його нормативний зміст.

Уявляється, що публічність в умовах переходу до змагальної форми кримінального процесу дійсно ширше офіційності й крім вимоги процесуальної посадової активності та ініціативності органів державної влади та їх посадових осіб визначає диференціацію кримінально-процесуальної форми, в поєднанні з іншими принципами визначає перелік, підстави, умови та порядок застосування заходів кримінально-процесуального примусу як засобів забезпечення кримінально-процесуальної діяльності, а також статус суб'єктів, уповноважених вести кримінальний процес, забезпечує дотримання прав і законних інтересів осіб, які беруть участь у справі.

Вимога активності та ініціативності є тим загальним елементом, що виокремлюється всіма вченими, які визнають публічність принципом кримінального процесу. Однак ідеться не про будь-які активність та ініціативність, а лише про активність та ініціативність як вимоги, що висувається до правозастосовчої діяльності суб'єктів, які ведуть кримінальний процес. Ці вимоги пов'язані з провадженням у конкретній кримінальній справі й здійснюються у формі, встановленій законом. Процесуальна активність та ініціативність суб'єктів, що ведуть кримінальний процес, забезпечується наявністю організаційно-владних повноважень, процесуальних обов'язків, а також дискреційних повноважень.

Питання дискреційних повноважень суду є одним із найбільш дискусійних у теорії права. У науці конституційного права дискреційні повноваження (від фр. «Discretionnaire» – «залежить від особистого розсуду»)

визначаються як повноваження, зумовлені власним розсудом суб'єкта правовідносин. Дискреційна влада при цьому – «надання органу або посадовій особі повноважень діяти на власний розсуд у рамках закону» [8, с. 167]. У зарубіжній літературі явище дискреції доволі досліджене і, як правило, прямо пов'язується з тим або іншим ступенем розсуду правозастосувачів, передусім – суддів. Відомий американський учений Р. Дворкін виділяє слабку і сильну дискреції. Слабка застосовується за наявності ситуативної юридичної норми, сильна має місце тоді, коли особа, що приймає рішення, «не пов'язана конкретними юридичними нормами, встановленими для вирішення правового питання» [16, с. 75]. У вітчизняній теорії права під дискрецією розуміли «умотивований вибір правомочного суб'єкта для виконання управлінських та інших завдань» [26 с. 203], «надання вибору (можливості, ступеня волі) з пошуку та ухвалення найбільш корисного, доцільного, на думку суб'єкта права, рішення, вчинення або не вчинення тієї або іншої дії» [15 с. 51-52], «законні повноваження, що дозволяють посадовій особі діяти за власним розсудом» [5, с. 124]. Деякі автори висували пропозиції щодо визнання дискреційності принципом кримінального судочинства [2, с. 10] або ж взагалі відмовлялися від визнання наявності в органу дізнання, слідчого, прокурора та суду дискреційних повноважень, тобто повноважень вчиняти певні дії та приймати рішення на власний розсуд» [17, с. 7].

Як уявляється, наявність дискреційних повноважень у особи, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора та суду є проявом принципу публічності. Особливо значну роль вони відіграють в умовах переходу до змагальної форми кримінального процесу. Адже наявність сторін захисту та обвинувачення, надання їм рівних прав у поданні доказів не звільняє суд від обов'язку прийняти законне й обґрунтоване рішення шляхом всебічного, об'єктивного та повного дослідження матеріалів справи. Влучною є думка Ю. М. Грошевого, що «суд несе тягар доказування стосовно кримінально-правових і кримінально-процесуальних констатацій, які містяться в судовому рішенні, і вправі, з огляду на публічно-правовий обов'язок, з власної ініціативи

збирати докази в наступних випадках: коли це прямо впливає із закону (приміром, обов'язковість призначення експертизи); якщо це необхідно для встановлення невинуватості або меншої винуватості особи; коли це потрібно для уточнення доказів, наданих сторонами; якщо це треба для достовірного формування знання з питань, що підлягають вирішенню у вироку, причому ці правомочності мають реалізуватися в межах дослідження доказів, наданих сторонами; за умови, коли надійшло клопотання сторони про неможливість або складність для неї самої отримати той чи інший доказ» [11, с. 344-345]. Виконання цього обов'язку можливе лише за умови прийняття рішення на власний розсуд: суд, враховуючи позиції сторін, дає їм належну оцінку в мотивувальній частині вироку і приймає рішення, виходячи з усієї сукупності доказів.

Розвиток змагальних засад у кримінальному процесі зумовив висунення пропозицій щодо введення інституту «адвокатського розслідування» «паралельного розслідування чи слідства», «пізнавально-розшукової діяльності адвоката», «розшукової діяльності захисника» на позначення діяльності адвоката з проведення слідчих дій з метою самостійного збирання доказів у справі.

Основні відмінності серед цих інститутів полягають у тому, що паралельне розслідування має замінити досудове слідство або протистояти йому, тобто адвокат набуває права здійснювати всі слідчі дії та заходи, передбачені КПК. Альтернативне розслідування передбачає можливість проведення слідчих дій або адвокатом, або органами досудового слідства. Поняття «пізнавально-розшукової діяльності адвоката», «розшукової діяльності захисника», як зазначає Є. Г. Мартинчик, є непроцесуальними, тому рідко використовуються в науці кримінального процесу [20, с. 19]. Натомість він пропонує запровадження інституту адвокатського розслідування, визначаючи при цьому його поняття, підстави проведення, суб'єктів та межі їх повноважень, предмет, функцію, мету, а також принципи адвокатського розслідування [19].

Не вдаючись у детальне обговорення запропонованих нововведень, відзначимо лише таке: 1) впровадження цього інституту в кримінальний процес України суперечить його публічній природі, є порушенням принципу публічності; 2) для того, щоб застосовувати кримінально-процесуальні норми, а в нашому випадку – проводити слідчі дії, адвокат має бути наділений владно-розпорядчими повноваженнями. Крім того, проведення слідчих дій, а тим паче адвокатського розслідування пов'язано із застосуванням заходів процесуального примусу, що також вимагає наявності у суб'єкта владних повноважень; 3) посилення окремих авторів на положення п. 13 ч. 2 статей 66 і 48 КПК України уявляється сумнівним, оскільки в ч. 2 ст. 66 таке джерело доказів, як «акти адвоката» не зазначено, а вживання в п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК України конструкції «збирання відомостей про факти, які можуть бути використані як доказ» прямо вказує на можливість отримання такої інформації непроцесуальним шляхом з наступним залученням її як доказів у справі.

Отже, інститут адвокатського розслідування – це передчасний елемент для вітчизняної правової системи навіть в умовах гуманізації кримінального судочинства та запровадження змагального кримінального процесу.

Вимоги принципу публічності та імперативного методу правового регулювання визначають особливості кримінально-процесуальної форми. Вона визначає встановлені законом умови, порядок (процедури) і послідовність кримінально-процесуальної діяльності та правовідносин у сфері кримінального судочинства.

Особливості кримінально-процесуальної форми регламентується нормами КПК, будь-які випадки спрощення цього порядку або ускладнення (диференціація), виокремлення стадій прямо закріплено в законі й має на меті відповідність принципам кримінального процесу та сприяння досягненню завдань кримінального судочинства. На кожній стадії кримінального процесу нормативний зміст принципу публічності має певні особливості, що виявляється в повноваженнях суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, та правах інших учасників процесу, що у свою чергу зумовлює певні відмінності

кримінально-процесуальної форми. Якщо принцип публічності визначає особливості будь-яких публічно-правових відносин, в тому числі й сутність кримінального процесу, то кримінально-процесуальна форма визначає порядок та особливості втілення цієї сутності на практиці. Разом із тим, усвідомлюючи, що в деяких випадках «порушення кримінального переслідування всупереч волі потерпілого може спричинити інтересам цієї особи таку істотну шкоду, що такі дії в жодному разі не можна назвати виправданими, законодавець, відступаючи від принципу публічності, передбачає категорії кримінальних справ, порушення яких ставиться в залежність від розсуду потерпілого» [12, с. 20] (справи приватного і приватно-публічного обвинувачення. – Д. Г.).

Вважаємо, що саме кримінально-процесуальна форма закріплює співвідношення приватних і публічних інтересів у кримінальному процесі. Наприклад, у справах публічного обвинувачення найбільш повною мірою захищаються публічні інтереси; справи приватно-публічного обвинувачення порушуються за умови наявності заяви потерпілого, що свідчить про певну роль приватних інтересів під час їх провадження; провадження у справах приватного обвинувачення, за невеликим виключенням, цілком залежить від волі й розсуду потерпілого. Необґрунтоване розширення останньої категорії справ навіть за умови подальшої демократизації й гуманізації кримінального судочинства суперечить публічності кримінального процесу. Як зазначає П. А. Альбрехт, «не можна чинити так, ніби кримінальний процес – це місце спілкування серед рівних, вільне від держави... Приватизація ця, запропонована нормативно-кримінальній системі юстиції як деформалізація, означає в результаті свавілля і демонтаж державно-правових принципів» [1, с. 93-94].

Характерною ознакою кримінального процесу як правозастосовчої діяльності є можливість застосування уповноваженими суб'єктами заходів кримінально-процесуального примусу, що зумовлюється наявністю у цих суб'єктів владно-організаційних повноважень. Застосування цього інституту кримінального процесу до осіб, які беруть участь у справі, тягне за собою обмеження їх прав і законних інтересів, тобто відбувається взаємодія

приватних і публічних інтересів, а їх збалансування забезпечує досягнення завдань кримінального судочинства в цілому.

Важливу роль принцип публічності відіграє також у забезпеченні здійснення правозахисної функції суб'єктами, які ведуть кримінальний процес. Разом із тим у правовій літературі зустрічаються й інші точки зору. Деякі науковці намагаються включити правозахисний вид діяльності слідчого у зміст функції розслідування справи [23, с. 44], інші – до функції захисту [21 с. 18]. Існує думка, що захист обвинуваченого і підсудного, які є також складовою поняття «захист прав громадян», не входить до обов'язку слідчого, оскільки слідчий, який об'єктивно, повно і всебічно розслідує кримінальну справу, збираючи як обвинувальні, так і виправдувальні докази, виконує не функцію захисту, а здійснює свої безпосередні обов'язки» [18, с. 32].

Як справедливо зазначає Ф. Н. Багаутдінов, «охорона, захист прав і законних інтересів особистості ... є публічно-правовим обов'язком держави, її органів і посадових осіб» [4, с. 194]. Інакше кажучи, захист прав учасників передбачає не їх пасивне дотримання, а обов'язок здійснювати активну діяльність, спрямовану на їх захист та відновлення у випадку порушення. Крім того, аналіз практики Європейського суду з прав людини свідчить, що з метою захисту прав, передбачених Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, Суд значну увагу приділяє обов'язкам держави та її посадових осіб у сфері здійснення правозахисної діяльності, а саме обов'язку: а) проводити ефективне і своєчасне розслідування, б) пояснити причини відмови в порушенні кримінальної справи, в) відшкодування матеріальної й моральної шкоди тощо.

Виконання ж посадовими особами процесуальних обов'язків являє собою «активну діяльність кримінального судочинства, пов'язану з реалізацією норм права» [24, с. 120-121]. Ця діяльність є безпосереднім проявом публічної природи кримінального процесу в цілому і принципу публічності зокрема.

Саме для кримінального процесу характерно, що владне начало обслуговує не тільки державні інтереси, але й інтереси окремого громадянина.

Наявність владних повноважень і можливість застосування примусу дає змогу органам, що ведуть кримінальний процес, здійснювати захист прав усіх учасників кримінального судочинства.

Тому вбачається, що публічність – це принцип кримінального процесу, яким визначаються вимоги цілеспрямованої процесуальної активності та ініціативності суб'єктів, уповноважених на ведення кримінального процесу, спрямованій на виявлення злочинів та осіб, які їх вчинили, кримінальне переслідування таких осіб, прийняття загальнообов'язкових кримінально-процесуальних рішень за власним розсудом та захист прав і законних інтересів осіб, які беруть участь у справі, з метою досягнення завдань кримінального судочинства.

Список літератури:

1. *Альбрехт П.-А.* Забытая свобода : принципы уголовного права в европейской дискуссии о безопасности / Альбрехт Петер-Алексин ; [пер. с нем. и предисл. Г. Г. Мошака]. – Одесса : Астопринт, 2006. – 159 с.
2. *Апостолова Н. Н.* Целесообразность (дискреционность) в российском уголовном судопроизводстве : автореф. дисс. ...д-ра юрид. наук : 12.00.09 / Н. Н. Апостолова. – М., 2010. – 62 с.
3. *Аширбекова М. Т.* Принцип публичности и процессуальный режим производства по уголовному делу / М. Т. Аширбекова. – М. : Юрлитинформ, 2009. – 240 с.
4. *Багаутдинов Ф. Н.* Обеспечение публичных и личных интересов при расследовании преступлений / Ф. Н. Багаутдинов. – М. : Юрлитинформ, 2004. – 544 с.
5. *Баглай М. В.* Малая энциклопедия конституционного права / М. В. Баглай, В. А. Туманов. – М. : БЕК, 1998. – 516 с.
6. *Барабаш А. С.* Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их становление / А. С. Барабаш. – СПб. : Изд. Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – 254 с.
7. *Божьев В. П.* Уголовно-процессуальные правоотношения / В. П. Божьев – М. : Юрид. лит., 1975. – 175 с.
8. Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. – М. : Инфра-М., 1997 – 790 с.
9. *Бояринцев В. Н.* Соотношение публичности и диспозитивности в советском судебном праве / автореф. дисс. ...канд. юрид. наук : 12.00.09 / В. Н. Бояринцев ; Академия наук СССР. Ин-т государства и права. – М. : 1988. – 18 с.
10. *Гальперин И. М.* О принципе публичности (официальности) в советском уголовном процессе / И. М. Гальперин // Правоведение. – 1960. – № 2. – С. 106 – 119.
11. *Грошевой Ю. М.* Роль суда в змагальному кримінальному процесі / Ю. М. Грошевой // Проблеми законності : респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2009. – Вип. 100. – С. 337–345.
12. *Дикарев И. С.* Возбуждение уголовных дел частного и частного-публичного обвинения о преступлениях, совершенных лицами, данные о которых неизвестны / И. С. Дикарев // Мировой судья. – 2010. – № 1 – С. 20–24.

13. Дилбандян С. А. Публичность: определение и значение в уголовном судопроизводстве России и Армении / С. А. Дилбандян // Российский следователь. – 2010. – № 10. – С. 27–30.
14. Добровольская Т. Н. Принципы советского уголовного процесса (вопросы теории и практики) / Т. Н. Добровольская – М. : Юрид. лит., 1971. – 200 с.
15. Дубовицкий В. Н. Законность и усмотрение в советском государственном усмотрении / В. Н. Дубовицкий ; [ред. А. Е. Лунёв]. – Минск : Наука и техника, 1984. – С. 51-52.
16. Євсєєв О. П. Процедури в конституційному праві України : монографія / О. П. Євсєєв.– Х. : ФІНН, 2010. – 180 с.
17. Карабут Л. В. Принцип публічності у кримінальному процесі України : автореф. дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.09 / Л. В. Карабут. – Луганськ, 2008. – 20 с.
18. Конин В. К. К вопросу о функциях следователя в уголовном судопроизводстве / В. К. Конин // Российский судья. – 2009. – № 4. – С. 31-32.
19. Мартынчик Е. Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрины адвокатского расследования / Е. Г. Мартынчик. – М. : Юрист. – 2009. – 258 с.
20. Мартынчик Е. Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности, сущность / Е. Г. Мартынчик // Адвокатская практика. – 2004. – № 1. – С. 16–21.
21. Мартынчик Е. Г. Охрана прав и законных интересов личности в уголовном судопроизводстве / Е. Г. Мартынчик, В. П. Радьков, В. Е. Юрченко. – Кишинев : Штиинца, 1982. – 188 с.
22. Масленникова Л. Н. Публичное и диспозитивное начала в уголовном судопроизводстве России : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09 / Л. Н. Масленникова ; МВД России. Академия управления. – М., 2000. – 44 с.
23. Мельников Н. В. Прокурорская власть и личность. Правовые средства обеспечения конституционных прав и свобод граждан России / Н. В. Мельников. – М. : Юристь, 2003. – С. 44.
24. Общественные и личные интересы в уголовном судопроизводстве : монография / О. Я. Баев, З. Ф. Коврига, Л. Д. Кокорев, Д. П. Котов [и др.] ; научн. ред. Л. Д. Кокорев. – Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1984. – 159 с.
25. Советский уголовный процесс / под общей ред. М. И. Бажанова, Ю. М. Грошевого. – К. : Вища шк., 1983. – 568 с.
26. Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс : полный курс / Ю. А. Тихомиров. – М. : Изд-во Тихомирова М. Ю., 2005. – 698 с.
27. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / отв. ред. П. А. Лупинская. – 2-е изд. перераб. и доп. – М. : Норма, Инфра-Ф, 2010. – 1088 с.
28. Уголовный процесс / под ред. И. Л. Петрухина. – М. : ПБОЮЛ Грачев С. М., 2001. – 520 с.
29. Чельцов М. А. Советский уголовный процесс / М. А. Чельцов. – М. : Госюриздат, 1951. – 511 с.
30. Шундииков В. Д. Принцип непосредственности при рассмотрении и расследовании уголовного дела / В. Д. Шундииков. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1974. – 157 с.

Говорун Д. М. Определение принципа публичности и его нормативное содержание.

Рассмотрены основные подходы к пониманию принципа публичности. Проанализировано нормативное содержание принципа публичности в условиях состязательной формы уголовного процесса. Дается авторское определение принципа публичности.

Ключевые слова: публичность, уголовное судопроизводство, принцип уголовного процесса.

Govorun D. M. Determination of a principle of publicity and its normative content.

The article considers the basic approaches to understanding of a principle of publicity. The normative content of a principle of publicity in the conditions of the competitive form of criminal procedure is analyzed. Author's determination of a principle of publicity is made.

Key words: publicity, criminal proceedings, a principle of criminal procedure.