

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики / Рафаил Самуилович Белкин. – М. : Издательство Норма (Издательская группа НОРМА-ИНФРА*М), 2001. – 240 с.
2. Батюк О.В. Теорія і практика використання спеціальних знань та науково-технічних засобів при розслідуванні злочинів вчинених в пенітенціарних установах / О.В. Батюк // Монографія – Луцьк, 2013 – 320 с.
3. Лукашевич В.К. Научный метод: Структура, обоснование, развитие / Науч. ред. А.Н. Елсуков / В.К. Лукашевич. – Мн. : Наука і техника, 1991. – 207 с.
4. Разумова А.Е. Деякі аспекти застосування спеціальних знань при підготовці до обшуку / А.Е. Разумова // Право і безпека. – 2005. – Т. 4. – № 4. – С. 107–110.
5. Сегай М.Я. Методология судебной идентификации / Михаил Яковлевич Сегай / Отв. ред. Ароцкер Л.Е. – К., Изд. РИО МВД СССР, 1970. – 256 с.

УДК 343.14

**СУТНІСТЬ АКТИВНОЇ ТА ІНІЦІАТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ СУДУ
В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

**THE ESSENCE OF AN ACTIVE AND PROACTIVE OPERATION
OF THE COURT IN CRIMINAL PROCEEDINGS**

Ваширчук В.В.,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри кримінального процесу

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті дається загальний аналіз активної та ініціативної судової діяльності в кримінальному процесі України, їх співвідношення між собою та залежність від методів правового регулювання кримінальних процесуальних відношень. Найбільше уваги приділено характеристиці судового розсуду (дискреції) як єдиній формі реалізації ініціативних повноважень суду, можливості його існування в судовій діяльності взагалі та розумінню його сутності в кримінальному провадженні зокрема. Запропоновано авторське визначення поняття судового розсуду.

Ключові слова: активна діяльність суду, ініціативна діяльність суду, диспозитивність, імперативність, судовий розсуд.

В статье дается общий анализ активной и инициативной судебной деятельности в уголовном процессе Украины, их соотношение между собой и зависимость от методов правового регулирования уголовных процессуальных отношений. Больше внимание уделено характеристике судебного усмотрения (дискреции) как единственной форме реализации инициативных полномочий суда, возможности его существования в судебной деятельности вообще и пониманию его сущности в уголовном производстве в частности. Предложено авторское определение понятия судебного усмотрения.

Ключевые слова: активная деятельность суда, инициативная деятельность суда, диспозитивность, императивность, судебное усмотрение.

This paper provides a general analysis of active and proactive judicial activity records Ukraine, their relationships with each other and dependent on the methods of regulation criminal procedural relations. Most attention is paid to the characteristics of judicial discretion (discretion) as the only form of initiative implementation powers of the court, the possibility of its existence in the judicial activity in general and the understanding of its essence in criminal proceedings in particular. The author definition of judicial discretion.

Key words: activism court, initiative court, dispositive, imperative, the court's discretion.

Актуальність статті. Розвиток науки вітчизняного кримінального процесу спонукає до необхідності дослідження та перегляду традиційних наукових поглядів щодо окремих особливостей кримінального процесуального доказування. Особливої актуальності вирішення цього питання набуло у зв'язку з набранням чинності новим КПК України, в якому запропоновано розширення змагальних засад кримінального провадження. Дослідження ж розуміння сутності активної та ініціативної діяльності суду в кримінальному провадженні та природи судового розсуду як форми реалізації ініціативних повноважень суду є визначальним для належного застосування змагальної процедури та її гарантій в

кримінальному процесі України. Саме цими обставинами пояснюється необхідність написання цієї статті, її логіка та зміст.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Метою роботи є визначення та аналіз сутності активної та ініціативної діяльності суду в кримінальному провадженні.

Викладення основного матеріалу. В науковій літературі, присвяченій дослідженню ролі суду в кримінальному процесуальному доказуванні ключовою і найбільш дискусійною є проблема активності суду, яка в основному зводиться до аналізу його ініціативної діяльності. Поняття «активність суду» та «ініціативність суду» або «ініціативна діяльність

суду» розглядаються як тотожні [1], хоча варто зауважити, що мають місце нечисленні публікації, в яких пропонується їх розділяти та надавати їм самостійного смислового значення [2].

Для того, щоб визначитись із власним розумінням зазначених понять та терміновживанням в цьому дослідженні, насамперед, вважаємо за необхідне звернутись до аналізу етимологічного значення вказаних термінів в словниково-довідкових виданнях. Відповідно до Академічного тлумачного словника (1970–1980) активність (*від лат. – діяльний*) – це енергійна діяльність; діяльна участь у чому-небудь; протилежна пасивності [3, с. 29]; а ініціатива (*фр. initiative від лат. initium – початок*) – це перший крок у якій-небудь справі; почин; керівна роль у яких-небудь діях, справах; брати ініціативу означає здатність висувати нові ідеї, пропозиції; уміння самостійно розпочинати яку-небудь справу; заповзятливість [4, с. 29].

На підставі процитованих лексичних значень термінів, які розглядаються, можна стверджувати, що поняття «активність» та «ініціативність» є близькими між собою за змістом, але не повністю тотожними. Так, не всяка активна діяльність і не у всіх випадках може бути ініціативною. Активна діяльність реалізується в більшому обсязі та більш інтенсивному режимі (більш енергійному, аніж зазвичай). Наприклад, в результаті хвороби чи відпустки одного із суддів місцевого суду на іншого суддю цього ж суду покладається обов'язок розглянути більшу кількість справ, ніж зазвичай. В такій ситуації він діє активно (або активніше), однак не ініціативно. В цих випадках правильно буде говорити про активність суду, а не про його ініціативність. Інший приклад: суд приймає рішення за клопотанням слідчого, прокурора (наприклад, про застосування певного заходу забезпечення, проведення окремої слідчої (розшукової) дії). Можемо говорити, що він діє активно, але не ініціативно. Крім того, активність суду ми можемо спостерігати й при реалізації ним імперативних норм закону, які передбачають необхідність прийняття ним відповідного рішення чи вчинення відповідної дії незалежно від його ініціативи (див., зокрема ч.1 ст. 327, ч.1 ст. 346 КПК та ін.).

Ініціативна ж діяльність проявляється в тому, що вона реалізується за власним спонуканням, своїм розсудом, не є обов'язковою для суб'єкта, який її здійснює, елемент же активності в ній присутній у зв'язку із здійсненням певних енергійних дій. Так, здійснюючи ініціативну діяльність, певний суб'єкт таким чином проявляє й активність (робить, хоча міг і не робити, тобто міг залишитись пасивним).

Отже, поняття «активна» та «ініціативна» діяльність не є рівнозначними за змістом: не кожна активна діяльність є ініціативною, однак кожна ініціативна діяльність активна. Тобто ініціативна діяльність є більш вузькою категорією, складовим елементом активної діяльності суду.

Висловлений вище підхід до розуміння сутності активних повноважень суду в кримінальному провадженні та їх співвідношення з ініціативними можна розглядати й з точки зору особливостей правового

регулювання кримінальних процесуальних відносин. Мова, зокрема, йде про основні методи правового регулювання, якими є:

1) імперативний (від лат. *imperare* – наказувати, веліти) – він зумовлює таку побудову правовідносин, коли право чи обов'язок суду на вчинення певних дій чи прийняття рішень виникає за владним велінням закону;

2) диспозитивний (від лат. *dispositio* – вільний розсуд, розпорядження) – він зумовлює таку побудову правовідносин, коли суд реалізує свої права за власним розсудом;

3) арбітральний (судовий або арбітральний [5]) – зумовлює таку побудову правовідносин, коли суд реалізує певне право чи обов'язок лише за вимогою сторони кримінального провадження. Він відрізняється від імперативного методу тим, що тут відсутні відносини влади-підлеглості, адже, вимагаючи від суду законного рішення, сторона майже так само владно впливає на суд, як і суд на цю сторону. Що стосується ознак диспозитивного регулювання, то розсуд суду тут в значній мірі зв'язаний позицією сторін і поданими ними доказами, а тому суд не є абсолютно вільним (диспозитивним). Саме цей метод правового регулювання покликаний забезпечити охорону найбільш важливих конституційних прав особи в кримінальному судочинстві.

При здійсненні правового регулювання будь-яким із вказаних вище методів за участю суду можна говорити про його активність. Але ініціативність суду має місце лише у випадку врегулювання кримінальних процесуальних відносин диспозитивним методом.

Найбільший інтерес в науковій літературі викликає ініціативна судова кримінальна процесуальна діяльність. Зупинимось на її розгляді докладніше. Зміст проблеми ініціативності суду в сучасному вітчизняному кримінальному процесі, на нашу думку, зводиться до необхідності вирішення наступних питань: чи може суд проявляти ініціативність; якщо так, то в якій формі та в якій мірі?

Що стосується першого питання, то на підставі аналізу чинного кримінального процесуального законодавства та практики його застосування, а також присвячених йому наукових досліджень, на наш погляд, на нього можна дати ствердну відповідь. Стосовно ж другого поставленого питання, то, вважаємо, що єдиною формою реалізації ініціативних повноважень суду в кримінальному провадженні є судовий розсуд (або дискреція суду). Відповідь на третє питання (щодо міри) обумовлює необхідність розгляду підстав та меж застосування такого судового розсуду (це буде зроблено в інших публікаціях).

З'ясування природи судового розсуду як форми реалізації ініціативних повноважень суду в кримінальному провадженні, на наш погляд, потребує розгляду двох таких питань: 1) щодо можливості взагалі його застосування; 2) щодо розуміння сутності поняття судового розсуду.

Судовий розсуд: бути чи не бути. Тривалий час у вітчизняній кримінальній процесуальній науці та

правозастосовній практиці ідея застосування судового розсуду відкидалася. Це було зв'язано з панівною думкою про імперативний характер правового регулювання кримінального процесу: будь-яка правова проблема повинна мати лише одне рішення, чітко визначене в нормативному правовому акті або яке з нього випливає. Так, Р. Дворкін зазначав, що суддя взагалі не може застосовувати розсуд у процесі здійснення правосуддя, оскільки будь-яке правове питання має лише одне законне рішення, відповідно, він не має право вибору (цитується за: [6]). Ще одним мотивом відкидання можливості використання судом власного розсуду при прийнятті певного рішення, який висловлювався в літературі (тут варто зауважити, що такі думки мали місце як в минулі роки, так і сьогодні), є недовіра громадян до судової влади загалом, яка досить часто виявляється залежною від інших гілок державної влади. З цього приводу є досить слушним зауваження, висловлене більше ніж сторіччя назад відомим науковцем П.І. Люблінським. Він зазначав, що громадяни бояться не розсуду судді, а його свавілля, вони протестують не проти влади судді визначати справедливості у певних випадках, а проти її надмірності та залежності від неї прав громадян [7].

Однак, на наш погляд, висновок про неможливість чи недоцільність використання судового розсуду в кримінальному провадженні є занадто категоричним і помилковим. Проголошення України демократичною, соціальною, правовою державою (ст. 1 Конституції України) обумовило необхідність вдосконалення правового регулювання певних видів державної діяльності, спрямованих на розширення і захист прав та свобод людини. Одним із напрямків вдосконалення кримінальної процесуальної діяльності відповідно до нового КПК України є розширення можливості застосування диспозитивного методу правового регулювання, проявом якого і є можливість використання судового розсуду в кримінальному провадженні. Крім того, його необхідність пояснюється різноманіттям життєвих ситуацій, які законодавець не завжди може врегулювати у вигляді абсолютно-визначених правових приписів. Виходячи з таких міркувань, можливість застосування судового розсуду як інструменту правового регулювання цілком правомірно визнається більшістю науковців – дослідників вказаного питання (як закордонних, так і вітчизняних; як минулих років, так і сучасних) [6, с. 11; 8].

Щодо поняття судового розсуду. Якщо розглядати лексичне значення терміну «розсуд», то воно означає «рішення, висновок», «розмірковування, роздум», «діяти згідно з своїм (власним) рішенням, розумінням чого-небудь» [9, с. 197]. З етимологічної точки зору слово «розсуд» утворено від дієслова «судити», яке має багато значень, одним з яких є «складати думку про кого-, що-небудь, робити висновок щодо когось, чогось» [9, с. 473]. Досить часто в юридичній літературі щодо «розсуду» вживається як синонім термін «дискреція» (див., наприклад: [10]) (від лат. *discretion*), який означає рішення службовою

особою чи державним органом якогось питання за власним розсудом [11, с. 56]. На підставі зазначених вище словниково-справочних значень розсуду можна визначити два його взаємозв'язаних аспекти: 1) розуміння під ним мисленого процесу, що здійснюється за волею певного суб'єкта, кінцевим підсумком якого є певний вибір (в цьому сенсі значення терміну «розсуд» наближається до змісту термінів «думка», «погляд»); 2) розуміння під ним фактичного результату вказаного вище мисленого процесу, тобто конкретний висновок (в даному контексті значення терміну «розсуд» співвідноситься з терміном «рішення» чи «висновок»).

Стосовно розуміння розсуду в праві, то в юридичній літературі з'ясуванню його сутності присвячено чимало наукових праць. В окремих з них зроблені спроби класифікації різних думок щодо розуміння цієї категорії. Так, О.О. Березін всі існуючі позиції науковців з цього питання об'єднує в такі підходи:

– перший – це твердження, що розсуд є особливою діяльністю (специфічним інтелектуально-вольовим процесом), спрямованою на відшукання оптимального рішення у справі (його вибору) (така позиція була висловлена в багатьох роботах. Див., зокрема: [12, с. 63-64]);

– другий – це визначення розсуду через призму правочинностей його суб'єкта або як одного із суб'єктивних прав на здійснення вибору між кількома законними варіантами (див. про це, зокрема: [8, с. 13]). Хоча варто зауважити, що висловлювалися й погляди, в яких мало місце поєднання вказаних вище підходів (тобто розуміння його і як діяльності по вибору, і як повноваження на це) (див., зокрема: [13, с. 98]).

У зв'язку із визначеними двома підходами О.О. Березін вважає, що необхідно розрізнити правозастосувальний розсуд як діяльність і суб'єктивне право на нього. Право на розсуд статичне, звернено до невизначеного числа суб'єктів, закріплено в нормативному правовому акті (як наслідок, реалізація цього права можлива тільки за умови обов'язкового дотримання умов, закріплених в законі). Розсуд же як діяльність є практичною реалізацією цього права, втіленням правових приписів в життя (отже розсуд розглядається в динаміці, активній поведінці як творчий процес, спрямований на пошук оптимального рішення) [14, с. 13-15].

Схвально відносячись до проведеної систематизації висловлених позицій щодо розуміння правової природи розсуду (й в тому числі судового), вважаємо, що кожен із вказаних підходів має право на існування, оскільки характеризує категорію, що аналізується, з різних сторін, дає можливість визначити різні її характерні ознаки.

В процесуальній літературі теж мали місце спроби розглянути сутність судового розсуду. Так, зокрема, І.А. Тітко шляхом узагальнення висловлених в науковій літературі думок виділяє два, на його думку, основні взаємовиключні напрямки вирішення питання щодо розуміння цієї категорії (вважаємо, що більш правильніше було б їх все ж таки визначити не як напрямки, а

як підходи до розуміння). Перший полягає в тому, що під правозастосовним (зокрема й судовим) розсудом певні автори розуміють можливість робити вільний вибір між двома чи більше альтернативами, кожна з яких є законною [8, с. 13; 15, с. 104]. Другий напрямок (підхід) надає визначального значення не категорії вільного вибору з альтернативних рівнозаконних варіантів, а можливості його застосування, виходячи із загальних вказівок закону, мети, яку переслідує в даному випадку законодавець стосовно конкретних обставин справи [13, с. 90-98]. Саме останній підхід, як вважає І.А. Тітко, є таким, що заслуговує на підтримку. Прийняття конкретного процесуального рішення зумовлюється тією сукупністю доказів, якою володіє правозастосовник на певному етапі кримінального провадження. Вказана сукупність доказів перетворює право вибирати варіант процесуального рішення на обов'язок у певній ситуації обрати конкретне рішення. І лише останнє має визнаватися єдино вірним у цій ситуації, а інші – необґрунтованими [16, с. 79-81].

Загалом не заперечуючи висловлених прибічниками другого підходу думок, вважаємо, що вони не повністю розкривають природу судового (правозастосовного) розсуду в кримінальному провадженні. На наш погляд, сутність розсуду полягає саме в свободі вибору з декількох законних альтернатив (кожна з яких відповідає визначеній законом меті, принципам, конкретним обставинам та доказовій основі). Саме ідея вибору є центральною ідеєю розсуду. І тут варто підтримати А. Барака, який зазначає, що коли має місце лише один законний варіант (який обумовлюється певною метою та певною сукупністю доказів), розсуд відсутній. В такому разі від судді (іншого правозастосовника) вимагається обрати саме цей варіант, і в нього відсутня свобода вибору. Про жоден розсуд не може бути мови, коли вибір здійснюється між законним і незаконним актом. Суддя повинен обрати законний акт, і не вправі обрати акт незакон-

ний. Розсуд обумовлюється наявністю декількох варіантів, з яких суддя правомочний обрати найбільш підходящий [8, с. 14].

Визначення ж такого варіанту повинно здійснюватися відповідно до визначених законом мети, завдань, принципів кримінального провадження, його конкретних обставин та сформованої доказової бази, а також морально-правових категорій розумності, добросовісності, справедливості та пропорційності.

Таким чином, вважаємо, що сутність судового розсуду в кримінальному провадженні полягає в необхідності вибору з декількох рівнозаконних альтернативних варіантів того, який є найбільш оптимальним в певній ситуації.

Більш того, якщо розглядати природу судового розсуду в кримінальному провадженні, використовуючи висловлені вище думки щодо розуміння сутності цієї категорії в теорії права, вважаємо, що можна аналізувати його і як мислений процес, що здійснюється за волею суду (саме такий аспект розсуду характеризує його ініціативну діяльність), і як результат мисленого процесу суду (прийняття певного процесуального рішення чи вчинення процесуальної дії) (цей аспект розсуду характеризує будь-яку його активну діяльність).

Підсумовуючи викладене в цій частині, вважаємо, що під *судовим розсудом в кримінальному процесі* необхідно розуміти здійснюваний в регламентованому законом порядку специфічний вид правозастосовної діяльності суду, сутність якого полягає в здійсненні з підстав, визначених законом, за власною волею вибору з декількох рівнозаконних альтернатив найбільш ефективної (дієвої), виходячи із визначених законом мети, завдань, принципів кримінального провадження, його конкретних обставин та сформованої доказової бази, а також керуючись морально-правовими категоріями справедливості, добросовісності, розумності та пропорційності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Соколовская Н.С. Роль суда в состязании сторон по уголовно-процессуальному законодательству Российской Федерации : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Н.С. Соколовская. – Томск, 2005. – 22 с.
2. Маслова Ю.А. Инициативная деятельность суда первой инстанции в условиях состязательного уголовного судопроизводства : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Ю.А. Маслова. – Воронеж, 2011. – 23 с.
3. Словник української мови: в 11 т. – 1970. – Т.1 // [Електрон. ресурс]. – Режим доступу : <http://sum.in.ua/s/aktyvnosti>.
4. Словник української мови: в 11 т. – 1973. – Т. 4. // [Електрон. ресурс]. – Режим доступу : <http://sum.in.ua/s/iniciatyva>.
5. Смирнов А.В. Модели уголовного процесса / А.В. Смирнов. – СПб.: Наука, ООО «Издательство «Альфа», 2000. – 224 с.
6. Папкова О.А. Усмотрение суда / О.А. Папкова. – М.: Статут, 2005 – 413 с.
7. Люблинский П.И. Основания судебного усмотрения въ уголовныхъ делахъ : докладъ для Киевского съезда Русской группы Международного союза криминалистовъ / П.И. Люблинский // Журнал Мин-ва юстиции. – СПб., 1904. – 34 с.
8. Барак А. Судейское усмотрение [пер. с англ.] / А. Барак. – М.: НОРМА, 1999. – 376 с.
9. Новый тлумачний словник української мови в 3-х т. / уклад.: В.В. Яременко, О.М. Сліпушко. – К.: Аконті, 2008. – Т. 3. – 864 с.
10. Пронин К.В. Дискреционные полномочия суда в уголовном судопроизводстве : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / К.В. Пронин. – Челябинск, 2010. – 192 с.
11. Современный словарь иностранных слов. – М.: Изд-во «Русский язык», 1992. – 740 с.
12. Папкова О.А. Судейское усмотрение в гражданском процессуальном праве / О.А. Папкова // Законодательство. – 1999. – № 2. – С. 63–64.
13. Рарог А.И. Понятие, основание, признаки и значение судейского усмотрения в уголовном праве / А.И. Рарог, Ю.В. Грачева // Гос-во и право. – 2001. – № 11. – С. 90–98.
14. Березин А.А. Пределы правоприменительного усмотрения : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / А.А. Березин. – Нижний Новгород, 2007.
15. Бару М.И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве / М.И. Бару // Сов. государство и право. – 1970. – № 7. – С. 104–108.
16. Тітко І.А. Оцінні поняття в кримінально-процесуальному праві України: моногр. / І.А. Тітко. – Х.: Право, 2010. – 216 с.