

УДК 343.131

 DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1202493>
О.А. ЛЕЙБА,

 аспірантка кафедри кримінального процесу
 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
 м. Харків, Україна

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНУ ЗА АНАЛОГІЄЮ У ПРАЦЯХ М.М. ГРОДЗИНСЬКОГО

O.A. LEIBA,

 Postgraduate student of a Ph.D., Chair of Criminal Procedure,
 Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

PROBLEMS OF THE APPLICATION OF THE CRIMINAL PROCEDURAL LAW BY ANALOGY IN THE WORKS OF M.M. GRODZINSKY

У 2017 році виповнилося 130 років з дня народження відомого вітчизняного вченого, засновника харківської школи кримінального процесуального права Моріца Марковича Гродзинського. Все життя професора Гродзинського було пов'язано з наукою. Після закінчення у 1910 р. Харківського Імператорського університету, М.М. Гродзинський служив спочатку помічником присяжного повіреного, присяжним повіреним, правозаступником при Харківському ревтрибуналі, а згодом – адвокатом Харківської обласної колегії адвокатів.

У 1920 р., коли з метою підготовки юридичних кадрів створювався Інститут народного господарства, запрошення викладати право студентам отримали кращі викладачі або випускники Харківського університету: Володимир Михайлович Гордон, Володимир Фастович Левицький, Микола Іванович Палієнко, Микола Олександрович Максименко, Олександр Дмитрович Кисельов, Володимир Іванович Сливицький та інші. Отримав пропозицію викладати і М. М. Гродзинський. Таким чином, з 01.09.1920 р. життя Моріца Марковича було нерозривно пов'язано з Харківським інститутом народного господарства (пізніше – Всеукраїнський інститут радянського будівництва і права, Харківський юридичний інститут) [1, с.5].

У 1930 р. М.М. Гродзинський був переведений на посаду професора по курсу кримінального процесу, а з 1936 р. очолив створену в університеті кафедру судового права (яку згодом було перетворено у кафедру кримінального права і процесу). Керував кафедрою Моріц Маркович до 1956 р.

24.12.1940 р. у вченій раді Всесоюзного інституту юридичних наук М.М. Гродзинський захистив докторську дисертацію на тему «Улики в советском уголовном процессе». 29.03.1941 г. Вища атестаційна комісія Всесоюзного комітету у справах вищої школи постановила затвердити Гродзинського Моріца Марковича в науковому ступені доктора юридичних наук. Атестат професора вчений зміг отримати лише після війни – 02.03.1946 р. [1, с.6].

Під керівництвом Моріца Марковича Гродзинського захистили свої кандидатські дисертації майбутні відомі вчені, які внесли свій вагомий внесок у розвиток науки кримінального процесу, кримінального права, криміналістики. Серед них, зокрема, В.А. Познанський, М.Г. Богатирьов, З.М. Соколовський, С.Л. Перцовський, М.І. Бажанов, М.П. Діденко, С.А. Альперт, Б.А. Штерн, В.А. Стрёмовський, Д.А. Постовий, Ю.М. Грошевий [1, с. 8].

Моріц Маркович Гродзинський по праву вважається родоначальником Харківської школи кримінального процесу. Його перу належать більше 200 наукових робіт. Наукові інтереси вченого були дуже широкими. До них належали питання доказового права, процесуального становища учасників кримінального процесу, проблеми проведення слідчих дій, забезпечення законності кримінальних процесуальних рішень, перегляду судових рішень, кримінального провадження за законодавством зарубіжних держав та інші.

Особливу увагу треба звернути на труди Моріца Марковича, які присвячені питанням застосування аналогії у кримінальному процесі. Отже, метою статті є аналіз підходів відомого

науковця до сутності поняття аналогії у кримінальному провадженні, розгляд питань аналогії крізь призму сучасних проблем правозастосування, бо ті підходи, що були напрацьовані у роботах М.М. Гродзинського, й досі залишаються актуальними, а деякі з розглянутих проблем так і не знайшли свого однозначного вирішення.

З'ясування юридичної природи аналогії як одного з засобів подолання прогалин у законодавстві та можливість застосування закону за аналогією у кримінальному провадженні не перестали бути актуальними й досі. Навпаки, з огляду на сучасне розуміння права, виходячи з підвищених вимог до якості закону, правової визначеності, сучасних досягнень законодавчої техніки, дослідники стали знову повертатися до цих традиційних проблем та розглядати їх на новому парадигмальному рівні.

Вчені-процесуалісти висловлювали полярні точки зору на питання можливості застосування аналогії як засобу подолання прогалин нормативного регулювання. Зокрема, одні вчені (Н.П. Полянський, П.С. Елькінд, М.С. Строгович, П.В. Пашкевич) [2–5] вважають, що прогалини у кримінальному процесуальному праві можуть бути переборені за допомогою аналогії закону. На підтвердження своєї точки зору ними наводяться наступні аргументи. Кримінальна процесуальна галузь права на відміну від матеріальних (наприклад, цивільного) стикається з більш ширшим спектром життєвих ситуацій. У зв'язку з цим при здійсненні правового регулювання неможливо врахувати особливості, які можуть виникнути в тому чи іншому випадку. Отже, аналогія у кримінальному процесі допустима, бо без її існування неможливо забезпечити рух кримінального провадження по стадіях, захистити права та законні інтереси осіб, що приймають участь у кримінальному судочинстві.

Інші вчені (Н.В. Власенко, Т.Н. Добровольська, В.І. Камінська) [6, 7] категорично заперечують можливість застосування кримінального процесуального закону за аналогією. Свою позицію вчені аргументують тим, що у всіх випадках, коли законодавець допускає можливість застосування аналогії, він прямо вказує на це в законі, а в кримінальному процесуальному законі такої вказівки немає.

До проблеми запровадження механізму переборення прогалин нормативного регулювання звертався і М.М. Гродзинський ще в 1948 р. в своїй статті «Аналогія в советском уголовно-процессуальном праве» [8]. Причому автор зазначав, що яким би досконалим не було кримі-

нально-процесуальне законодавство і як би своєчасно не реагував законодавець на виявлені прогалини, він не зможе спрогнозувати і передбачити всі без виключення випадки, які можуть виникнути в повсякденній судовій практиці при розслідуванні і розгляді кримінальних справ [8, с.3]. Саме вони зумовлюють існування інституту аналогії в кримінальному судочинстві, і саме аналогія є найдієвішим засобом їх подолання. Гродзинський М.М. вказував на те, що аналогія в кримінальному процесуальному праві визначається тими ж положеннями, які характеризують аналогію, що застосовується і в інших галузях права. Разом з тим вчений зазначав, що аналогія в кримінальному процесуальному праві має свою специфіку, яка обумовлюється характером кримінальних процесуальних норм, а також тими завданнями, які перед ними висувуються [8, с.5].

Водночас, як і в інших галузях права, аналогія в кримінальному процесуальному праві має місце лише в тих випадках, коли немає закону, який би прямо передбачав дані процесуальні відносини, прямо вирішував би те чи інше питання, яке виникає при розслідуванні, або при розгляді кримінальної справи [8, с.5].

Досліджуючи застосування аналогії в кримінальному процесі, М.М. Гродзинський приділяє увагу її співвідношенню з поняттям поширювального тлумачення. Вказівка закону у цьому сенсі, як підкреслює вчений, є абсолютно визначеною, точною, а саме: передбачає не тільки неповноту, але й відсутність закону. Тим самим закон чітко розмежує поширювальне тлумачення кримінальних процесуальних норм з одного боку, і застосування цих норм по аналогії – з іншого. Поширювальне тлумачення має місце там, де законодавець передбачив дані конкретні процесуальні відношення, але не охопив всіх їх аспектів, надав неповне, невичерпне їх формулювання. В якості приклада Моріц Маркович наводить положення ст. 20 КПК УРСР, якою було передбачено проведення закритого судового засідання в тих випадках, коли це суперечило інтересам охорони державної або іншої захищеної законом таємниці, а також в справах про статеві злочини, в інших справах з метою запобігання розголошенню відомостей про інтимні сторони життя осіб, які беруть участь у справі, та у разі коли цього потребують інтереси безпеки осіб, взятих під захист. Наводячи такий приклад, вчений зазначає, що обмежуючи застосування принципу гласності судового розгляду, законодавець мав на увазі такі випадки, коли

відкритий розгляд кримінальної справи може стати шкідливим. Не перераховуючи всі випадки, закон вказує лише на ті справи, в яких необхідно забезпечити охорону державної, воєнної чи дипломатичної таємниці, а також справи про статеві злочини. При цьому відносно останніх, акцентує увагу вчений, законодавець виходить з того, що відкритий розгляд такої справи може, з одного боку викликати нездорову цікавість у осіб, які присутні в судовому засіданні, а з іншого – може важко відбитися на переживаннях учасників процесу, і в першу чергу – потерпілого. Але, підкреслює вчений, такі ж наслідки може мати відкритий розгляд справ щодо інших злочинів, які не зазначені в законі, якщо лише при цьому будуть зачеплені інтимні сторони життя того чи іншого учасника процесу. Тому закриття засідання на час дослідження зазначених обставин повністю відповідає думці законодавця, викладеній у ст.20 КПК УРСР, щодо поширювального її тлумачення [8, с.6].

Наведеним прикладом Моріц Маркович Гродзинський доводить неможливість ототожнення інституту аналогії із поширювальним тлумаченням закону. Він також зазначає, що аналогія має місце лише тоді, коли дані процесуальні відносини законом взагалі не передбачені. Тому аналогія в кримінально-процесуальному праві, як і у всіх інших галузях права, являє собою не тлумачення закону, а заповнення закону, усунення прогалин, які у ньому містяться [8, с.6–7]. У зв'язку з цим вчений робить висновок, що використання аналогії у кримінальному процесі завжди передбачає дотримання умов, за яких можливе її застосування.

Однією з перших і головних умов застосування аналогії дослідник називає відсутність закону, спрямованого на вирішення конкретного питання. Якщо ж такий закон є, то він підлягає застосуванню на загальних засадах, тим самим виключаючи можливість застосування будь-якої іншої процесуальної норми по аналогії [8, с.7].

Визначаючи умови застосування аналогії в кримінальному процесі, Моріц Маркович окрему увагу приділив питанню співвідношення таких понять як аналогія права та аналогія закону. І це не випадково, оскільки і на сьогодні погляди вчених, які допускають можливість застосування аналогії у кримінальному процесуальному праві, розходяться у питанні застосування аналогії права і аналогії закону: одні автори допускають аналогію закону і аналогію права, але перевагу віддають аналогії закону; інші говорять лише про аналогію закону і взагалі не згадують

про аналогію права; треті обґрунтовують можливість використання в кримінальному процесуальному праві аналогії закону, але заперечують використання аналогії права в межах кримінального процесу [9, 10] Існує також думка, що аналогія закону і аналогія права мають застосовуватися у поєднанні, що спрямовано на реалізацію права, дотримання принципів правового регулювання [11, с.63].

М.М. Гродзинський з цього приводу зазначав, що при відсутності закону, який би давав пряму відповідь на конкретне питання, суд може звернутися до процесуальної норми, яка врегулює подібні процесуальні відносини і належать до того ж процесуального інституту або до іншого подібного інституту. В таких випадках, зазначає вчений, мова йде про застосування аналогії закону. Але наряду з цим, зауважує вчений, можлива така ситуація, за якої не тільки немає закону, який би прямо передбачав даний випадок, але відсутній і закон, який би передбачав подібний випадок. За таких обставин можливий лише один шлях для вирішення питання, яке може виникнути в судовій практиці. Цей шлях полягає у з'ясуванні загальних принципів, що знаходяться в основі кримінального процесуального законодавства, і в застосуванні цих принципів у даному конкретному випадку. То ж в такому випадку має місце саме аналогія права [8, с.7]. Отже, вчений доходить висновку, що судова практика, за загальним правилом, звертається до аналогії закону, застосовуючи ту чи іншу відповідно до даного конкретного випадку процесуальну норму. Але це ніяким чином не виключає можливості застосування аналогії права.

З урахуванням співвідношення означених понять, М.М. Гродзинський вказує на наступну умову застосування аналогії в кримінальному процесуальному праві. Він зазначає, що як застосування аналогії закону, так і аналогії права, які спрямовані на подолання прогалин законодавства, повинні здійснюватися виключно відповідно до тих завдань, які постають перед кримінально-процесуальними нормами. Вчений зауважує, що ці завдання полягають в тому, щоб забезпечити повний і усебічний розгляд і правильне вирішення кожної кримінальної справи, забезпечити охорону прав і законних інтересів учасників процесу, у тому числі право обвинуваченого на захист [8, с.8].

В сучасній теорії кримінального процесуального права стосовно застосування аналогії висловлено слушну думку, що застосування аналогії неприпустиме, коли закон формулює

положення, що є винятком із загального правила провадження у кримінальній справі, якщо в самих нормах окреслюється сфера їх дії, встановлюються межі застосування конкретних норм [12, с.59].

Зазначене положення є співзвучним з наступною умовою застосування аналогії в кримінальному процесі, яку запропонував М.М. Гродзинський. Вона полягає в тому, що кожного разу, коли у судовій практиці виникає питання щодо тієї чи іншої прогалини в законодавстві, остання повинна бути подоланою шляхом застосування аналогії у такий спосіб, щоб при цьому були повністю дотримані всі ті права, які кримінальне процесуальне право забезпечує учасникам процесу; щоб завдяки аналогії було знайдено шлях для найбільш повного вивчення

справи, для пошуку в кожній конкретній справі об'єктивної істини, для правильного вирішення такої справи [8, с.8.]

Таким чином, проведений аналіз підходів вченого дозволив виокремити три умови застосування аналогії в кримінальному процесуальному праві: 1) відсутність закону, що безпосередньо вирішує конкретне питання; 2) подолання прогалини має відбуватись у суворій відповідності до тих завдань, які стоять перед кримінально-процесуальними нормами. Ці завдання полягають у тому, щоб забезпечити повне, всебічне розслідування та правильне вирішення кожної кримінальної справи; 3) необхідно повністю дотримуватись прав, які кримінально-процесуальний закон гарантує учасникам процесу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Гродзинський Моріц Маркович : бібліографія (до 130-річчя від дня народж.) /уклад.: О. В. Капліна, О. І. Самофал. Харків : Право. 2017. 40 с. (Харківська школа кримінального процесуального права).
2. Полянський Н. Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. М., 1956. С. 167–168.
3. Элькин П. С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М., 1968. С. 127.
4. Строгович М. С. Природа советского уголовного процесса и принципы состязательности. М., 1939. 152 с.
5. Пашкевич П. Ф. Судебная практика и уголовный процесс. *Судебная практика в советской правовой системе*. М. : Юрид. лит. 1975. С. 226.
6. Власенко Н. А. Об аналогии в современном процессуальном праве. *Российская юстиция*. 2005. № 7. С. 36.
7. Каминская В. И., Добровольская Т. Н. Рецензия на книгу П. С. Элькин. *Советское государство и право*. 1968. № 1. С. 158.
8. Гродзинський М. М. Аналогия в советском уголовно-процессуальном праве. *Ученые записки*. 1948. Вып. 3. С. 3–24.
9. Кемулария Э. Ш. Проблемы применения уголовно-процессуального закона по аналогии. *Суд и применение закона*. М., 1982. С. 8.
10. Бачиашвили И. М., Зоидзе В. И., Капанадзе Т. Ш. Актуальные проблемы советского права. Тбилиси. 1988. С. 212–213.
11. Колотова О. В. Допустимість застосування аналогії у галузях права. *Держава і право*. 2009. Вип. 44. С. 60–66
12. Капліна О. До питання про аналогію кримінально-процесуального закону. *Юридична Україна*. 2005. № 1. С. 55–60.

REFERENCES

1. Kaplina, O. V., & Samofal, O. I. (2017). *Hrodzyns'kyy Morits Markovych: bibliohrafiya (do 130-richchya vid dnya narodzh.)* [Grodzinsky Moritz Markovich: bibliography (to the 130th anniversary of the birthday.)]. Kharkiv: Pravo. (Kharkivs'ka shkola kryminal'noho protsesual'noho prava) (in Ukr.).
2. Polyans'kiy, N. N. (1956). *Voprosy teorii sovetskogo ugolovnoho protsesssa* [Questions of the theory of the Soviet criminal process]. Moskva (in Russ.).
3. El'kind, P. S. (1968). *Tolkovaniye i primeneniye norm ugolovno-protsessual'nogo prava* [The interpretation and application of the norms of criminal procedural law]. Moskva (in Russ.).
4. Strogovich, M. S. (1939). *Priroda sovetskogo ugolovnoho protsesssa i printsipy sostyazatel'nosti* [The nature of the Soviet criminal process and the principles of competition]. Moskva (in Russ.).
5. Pashkevich, P. F. (1975). *Sudebnaya praktika i ugolovnyy protsess*. In: *Sudebnaya praktika v sovetskoj pravovoy sisteme* [Judicial practice and criminal procedure. In: Judicial practice in the Soviet legal system]. Moskva: Yurid. lit. (in Russ.).
6. Vlasenko, N. A. (2005). *Ob analogii v sovremennom protsessual'nom prave* [On the analogy in modern procedural law]. *Rossiyskaya yustitsiya*, (7). 36 (in Russ.).

7. Kaminskaya, V. I., & Dobrovol'skaya, T. N. (1968). .Retsenziya na knigu P. S. El'kind [Review of the book by PS Elkind]. *Sovetskoye gosudarstvo i pravo*, (1). 158 (in Russ.).
8. Grodzins'kiy, M. M. (1948). Analogiya v sovetskom ugovolno-protsessual'nom prave [An analogy in Soviet criminal procedure law]. *Uchenyye zapiski*, (3). 3–24 (in Russ.).
9. Kemulariya, E. SH. (1982). Problemy primeneniya ugovolno-protsessual'nogo zakona po analogi [Problems of application of the criminal procedure law on analogues]. In: *Sud i primeneniye zakona*. Moskva (in Russ.).
10. Bachiashvili, I. M., Zoidze, V. I., & Kapanadze, T. SH. (1988). *Aktual'nyye problemy sovetskogo prava* [Actual problems of Soviet law]. Tbilisi (in Russ.).
11. Kolotova, O. V. (2009). Dopustymist' zastosovannya analohiyi u haluzyakh prava [Admissibility of analogy in the branches of law]. *Derzhava i pravo*, (44). 60–66 (in Russ.).
12. Kaplina, O. (2005). Do pytannya pro analohiyu kryminal'no-protsesual'noho zakonu [On the issue of the analogy of the criminal-procedural law]. *Yurydychna Ukrayina*, (1). 55–60 (in Russ.).

Надійшла 25.11.2017

Лейба О. А. Проблеми застосування кримінального процесуального закону за аналогією у працях М.М. Гродзинського. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2017. № 5. С. 224–229.
URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2017_5_35.pdf

DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1202493>

Досліджені підходи до проблем застосування аналогії кримінального процесуального закону у працях відомого вітчизняного вченого, засновника харківської школи кримінального процесуального права Морица Марковича Гродзинського. Базові гіпотези вченого переломлюються кризь призму сучасних проблем, які й досі залишаються невирішеними у сучасній науці кримінального процесуального права та законодавстві.

Ключові слова: прогалина нормативного регулювання, переборення прогалин нормативного регулювання, аналогія закону, аналогія права, кримінальний процес

Лейба Е.А. Проблемы применения уголовного процессуального закона по аналогии в трудах М.М. Гродзинского

Исследованы подходы к проблемам применения аналогии уголовного процессуального закона в трудах известного отечественного ученого, основателя харьковской школы уголовного процессуального права Морица Марковича Гродзинского. Базовые гипотезы ученого преломляются сквозь призму современных проблем, которые до сих пор остаются нерешенными в современной науке уголовного процессуального права и законодательстве.

Ключевые слова: пробел нормативного регулирования, преодоление пробелов нормативного регулирования; аналогия закона, аналогия права, уголовный процесс

Leiba O.A. Problems of the Application of the Criminal Procedural Law by Analogy in the Works of M.M. Grodzinsky

The approaches to the problems of applying of analogy of the criminal procedural law in the works of the well-known Ukrainian scientist, founder of Kharkiv school of criminal procedural law, Morits Markovych Grodzinskyi, were investigated. The basic hypotheses of the scientist are considered through the prism of modern problems, which still remain unsolved in modern science of criminal procedural law and legislation. Therefore, the clarification of the legal nature of analogy as one of the means to overcome the gaps in legislation and the possibility of applying the law by analogy in criminal proceedings has not ceased to be relevant.

The author notes that in view of the modern understanding of law, based on the increased requirements to the quality of the law, legal certainty, modern advances in legislative technology, the researchers began to return to these traditional problems and examine them at a new paradigmatic level.

On the basis of the analysis of modern multidisciplinary scientific approaches regarding the possibility of using the analogy as means to overcome the gaps in regulatory regulation in the criminal process, it is noted that M.M. Grodzinskyi reasonably substantiated the conclusion about the existence of the institute of analogy in criminal proceedings as the most effective means of overcoming the gaps.

The approach of the scientist, who, while studying the application of analogy in the criminal process, focuses on its correlation with the notion of disseminating interpretation; the correlation of such concepts as the analogy of law and the analogy of the statute are disclosed.

The author points out that M.M. Grodzinskyi has always associated the use of analogy in the criminal process with the need to comply with the conditions, under which its application is possible. In particular, the scientist defined such conditions:

1) lack of law that directly resolves a particular issue; 2) overcoming of the gap should be in strict conformity with those tasks that are subject to the criminal procedural norms; 3) it is necessary to respect the rights that the criminal procedural law guarantees to the participants in the process.

Key words: *regulatory gap, overcoming regulatory gaps; analogy of law, analogy of law, criminal procedure*