В. ТРОФИМЕНКО
докторант кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету України імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

УДК 343.1

Проблема співвідношення кримінальної процесуальної форми і формалізму

У статті аналізуються теоретичні підходи до розуміння понять процесуальної форми та формалізму у сфері кримінального процесу. Простежено зв'язок між формалізмом у праві і формалізмом у процесуальній діяльності. При цьому формалізм у праві виступає об'єктивною передумовою формалізму правозастосування. Пріоритетну роль щодо цього має відігравати верховенство права, закріплення якого в системі засад кримінального провадження має змінити підхід правозастосовників до проблеми процесуальної форми і процесуального формалізму, позбавивши правозастосування юридичного формалізму. Верховенство права надає можливість змінити сталі підходи у правозастосуванні з позиції слідування винятково букві закону на позицію його застосування з урахуванням його «духу».

Ключові слова: процесуальна форма, формалізм, кримінальне процесуальне провадження, верховенство права.

Якщо процесуальна форма, безумовно, являє собою правову і соціальну цінність, то формалізм у сфері кримінального процесу має наслідки негативного характеру, а тому й недопустимим є ототожнення цих понять. На це звертали увагу дослідники цієї проблематики ще наприкінці XIX ст. Не втратили свого значення і донині слова С. А. Муромцева: «…думка про обов'язкове підкорення в будь-чому якій-небудь, заздалегідь визначеній, формі легко викликає в душі руської людини більш чи менш щирий протест, який в уявленні протестуючого так само щиро ототожнюється з протестом за свободу та особисту самостійність. Уява про формалізм як про засаду, яка тільки приводить у порядок та організовує плідний прояв особистих та громадських сил, – ще

© Трофименко В., 2015

майже чуже руському громадському і політичному життю… Справедливість вимагає все ж таки відзначити, що до цих пір сам формалізм, оскільки він вносився в руське життя впливом державної влади, скеровувався не стільки до вищезазначених організаційних цілей, скільки до того, щоб всіляко перешкоджати проявам особистої свободи та самостійності. Якщо таким мотивом не завжди керувалась, при побудові тих чи інших форм, законодавча бюрократія, то ніколи не було недоліку в старанних не по розуму виконавцях, які саму доцільну форму встигали перетворити в знаряддя утиснення, несправедливості, а іноді – і знущання» [1, с. 1355].

Н. В. Давидов, розглядаючи значення форми в пореформеному кримінальному процесі, справедливо вказував, що виконання формальностей без усвідомлення їх мети і значення, а тільки тому, що вони існують, призведе до формалізму, явища в судовій практиці вкрай небажаному, оскільки ним би закривалася головна мета процесу і сама форма, її виконання уявлялося б кінцевим завданням. Цей свій висновок він досить вдало продемонстрував таким прикладом: судовому слідчому треба провести освідування жінки, в якому відповідно до закону мають брати участь як поняті заміжні жінки, але таких у даний час і в даному місці немає, а є лише незаміжня. З цієї причини не слід відкладати огляд, потрібно провести його, відійшовши від вказаної в законі форми. Таким чином, на думку цього автора, яка не втратила своєї актуальності і на сучасному етапі, одні процедурні вимоги за певних умов можуть бути порушені, відхилення ж від інших було б згубним для справи [2, с. 77–89].

Досліджуючи загальні властивості процесуальної форми, М. Л. Якуб обґрунтовано зазначав, що процесуальна форма – засіб досягнення мети судочинства, але не самоціль. «Будь-яке надання формі значення не засобу, а мети судової діяльності, писав ще професор В. Случевський, перекручує судову процедуру і легко може потягти за собою вельми небажані для судових інтересів наслідки». Вимоги раціональності і простоти процесуальних форм означають, що вони повинні бути вільні від непотрібних, порожніх формальностей, тобто від таких форм і процедур, у яких немає потреби ані з точки зору завдань процесу, ані його демократичних принципів [3, с. 25].

Свого часу Ш. Монтеск'є дуже точно відзначив, що якщо на судові формальності поглянути як на перешкоди, які ускладнюють громадянину захист своїх прав та інтересів, то можна відшукати їх надто багато. Якщо ж судові формальності розглядати з точки зору їх відношення до свободи і безпеки громадян, то їх надто мало, оскільки всі ускладнення, витрати та зволікання і самі помилки правосуддя є тією ціною, яку громадянин сплачує за свободу [4, с. 225].

Проблема співвідношення форми і формалізму, встановлення чіткої межі між ними залишається надзвичайно актуальною й в умовах сьогодення. Уявляється, що процесуальну форму непотрібно сприймати як абсолютну, тобто таку, що не може мати жодних винятків. Більше того, на наш погляд, відхилення від передбаченої законом процесуальної форми за наявності до того відповідних підстав може мати місце за умови, що в такий спосіб не будуть порушені права

і законні інтереси учасників кримінального провадження. Таке відхилення у деяких випадках може бути цілком виправданим і спрямоване саме на вирішення завдань кримінального провадження.

Будь-яка процедура завжди пов'язана із певним набором формальностей, які мають на меті забезпечити гарантії її учасникам. Досить часто формалізація процедури отримує негативну оцінку через складність застосування, відсутність певної свободи поведінки, обмеження розсуду правозастосовника тощо.

Формальності, передбачені кримінальним процесуальним законом, зазначає Л. М. Лобойко, утворюють собою зміст як процесуальної форми, так і процесуального формалізму. Тому і ті й інші стають обов'язковим елементом кримінальної процесуальної діяльності. Отже, формалізм у діяльності слідчого, прокурора і судді закладає у норми права законодавець [5, с. 42]. Розглядаючи формалізм як одну з підстав реформування кримінально-процесуального законодавства України, Л. М. Лобойко вказує, що кримінально-процесуальна форма, активно розроблювана в радянський період розвитку теорії кримінального процесу, виконала своє функціональне призначення: забезпечити одноманітність провадження у кримінальних справах всіма органами досудового розслідування, прокуратури і суду. Працівники останніх у перші роки радянської влади часто не мали юридичної освіти, а тому для них прямо у законі необхідно було виписувати у деталях всі подробиці кримінально-процесуальної діяльності. У наш час, коли працівники органів дізнання, слідства, не говорячи вже про прокурорів та суддів, мають вищу юридичну освіту, деталізація процесуальної форми стає лише на заваді провадження [5, с. 42, 43]. Такий підхід до проблеми кримінальної процесуальної форми видається досить спірним, адже у кримінальному процесі йдеться про суттєве обмеження, а за наявності відповідних підстав – і позбавлення людини її фундаментальних прав і свобод, зокрема, на свободу та особисту недоторканність, свободу пересування, недоторканність житла та майна, приватного життя тощо. Тому саме у цій сфері, можливо, як у жодній іншій, деталізація процесуальної форми уявляється цілком виправданою, перш за все, з позицій мотивації суб'єктів кримінальної процесуальної діяльності до добросовісної поведінки, перешкоджання зловживанню владою з боку осіб, які мають владні повноваження, обмеження необґрунтованої дискреції, що досить часто межує з порушенням прав і законних інтересів учасників кримінального провадження. До речі, як слушно зазначає А. Р. Султанов, досліджуючи проблему формалізму і процесуальної форми стосовно цивільного судочинства, аналіз практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) свідчить про те, що європейські стандарти розглядають процесуальні формальності як гарантії справедливого правосуддя, що захищають від судового свавілля; необхідність здійснення діяльності суду тільки у встановленій законом процесуальній формі випливає із тлумачення ЄСПЛ ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – КЗПЛ). У справі «Сокуренко та Стригун проти України» він дійшов висновку про те, що національний суд

не має юрисдикції розглядати справи на підставі практики, не встановленої законом, і таким чином він не може вважатися органом правосуддя, «встановленим законом». Вихід суду за межі встановленої процесуальної форми і здійснення у такий спосіб правосуддя роблять його незаконним судом, оскільки законним буде суд, не тільки створений на підставі закону, а й такий, що діє на підставі передбаченої законом процесуальної форми [6].

У цьому контексті доречно приєднатися до позиції Жан-Луї Бержеля, який вказує, що за умови правильного дозування процесуальний формалізм виступає гарантією якісного правосуддя і захисту проти свавілля суддів. Формальності мають бути збережені у межах, які забезпечують гарантії сторін у процесі [7, с. 565].

Необхідно констатувати, що процесуальна форма постійно еволюціонує, вона потребує удосконалення, впровадження нових правил та інститутів, які є найбільш доцільними з точки зору вирішення завдань кримінального судочинства, захисту прав і законних інтересів суб'єктів кримінальних процесуальних відносин, інтересів суспільства та держави.

Новітнє кримінальне процесуальне законодавство України містить низку прикладів еволюції процесуальної форми у напрямі її спрощення, впровадження процедур, які меншою мірою обтяжені формальностями та обрядністю, що притаманні загальному порядку здійснення кримінального провадження. До таких, зокрема, можна віднести провадження на підставі угод, скорочений судовий розгляд тощо. Відмовився законодавець і від необхідності неодноразово повторювати одні й ті самі дії, вчинені до і після порушення кримінальної справи (відібрання пояснень та допит, дослідження об'єкта спеціалістом та проведення експертизи), запровадивши інший порядок початку кримінального провадження, що надає можливість зразу ж після реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення в ЄРДР проводити слідчі (розшукові) дії.

Зайвої формалізації позбавлено і порядок фіксації процесуальних дій, на чинну правову модель якого суттєво вплинув також і науково-технічний прогрес, досягнення якого детермінували концептуальні зміни кримінальної процесуальної форми в її окремих сегментах. Як правильно відзначають Д. Р. Гімазетдінов та З. З. Зінатуллін, процесуальна форма являє собою не тільки порядок вчинення процесуальних дій. Елементом кримінальної процесуальної форми є також і порядок фіксації факту вчинення процесуальних дій, їх ходу та результатів, а також порядок оформлення процесуальних рішень [8, с. 130]. У зв'язку з цим важливого значення в контексті розгляду проблеми кримінальної процесуальної форми набуває питання впливу на неї науково-технічного процесу, використання в кримінальному провадженні новітніх технологій, що дозволяють суттєво його прискорити, спростити, забезпечивши при цьому вирішення його завдань. Це питання буде предметом подальшого наукового аналізу, зараз лише акцентуємо на значенні науково-технічного прогресу в аспекті деформалізації кримінального провадження.

Нарешті, яскравим прикладом деформалізації кримінального процесу є впровадження письмового апеляційного провадження, яке слід розглядати як виняток із загального порядку апеляційного перегляду судових рішень, що обумовлено принципом доцільності. У даному випадку законодавець відступив від основних засад кримінального провадження, що забезпечують прозорість та відкритість судочинства, надавши пріоритет інтересам сторін стосовно розгляду апеляційних скарг у письмовому апеляційному провадженні за їх відсутності.

Можна продовжувати наводити приклади позбавлення зайвих формальностей процедур кримінального провадження, проте наведення їх вичерпного переліку не є метою цієї роботи. Вказаного вище достатньо, щоб зробити висновок про те, що з прийняттям КПК України законодавець позбавився низки положень, якими передбачалися такі процесуальні правила, що суттєво ускладнювали здійснення кримінального провадження і фактично призводили до зайвого формалізму в правозастосовній діяльності. Таким чином, очевидним є прямий зв'язок між формалізмом у праві і формалізмом у процесуальній діяльності. При цьому формалізм у праві виступає об'єктивною передумовою формалізму правозастосування. Проте останній є не тільки наслідком зайво заформалізованої процедури здійснення кримінального провадження. Адже не менш важливого значення набуває професійна правосвідомість правозастосовників, їх особисте ставлення до права і процесу його реалізації. Пріоритетну роль щодо цього має відігравати верховенство права як засада кримінального провадження, нормативний зміст якої закріплено у ст. 8 КПК України. Згідно з цією статтею кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими соціальними цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ. На наш погляд, закріплення вказаної засади в системі загальних засад кримінального провадження має змінити підхід правозастосовників до проблеми процесуальної форми і процесуального формалізму, позбавивши правозастосування юридичного формалізму. Верховенство права надає можливість змінити сталі підходи у правозастосуванні з позиції слідування винятково букві закону на позицію його застосування з урахуванням його «духу».

Формальний підхід до застосування норм права та оцінки обставин кримінального правопорушення становить основу порушення фундаментального права людини на справедливий суд. На це неодноразово звертав увагу ЄСПЛ у своїх рішеннях стосовно дотримання вимог ст. 6 КЗПЛ. Так, зокрема, у рішенні у справі «Лю і Лю (Lui and Lui) проти Росії» (26.07.2011 р.), яке було ухвалено вже після того, як справа повторно надійшла до Суду, зазначено, що навіть якщо йдеться про державну безпеку, поняття законності та верховенства права в демократичному суспільстві вимагають, щоб заходи, які впливають на фундаментальні права людини,

застосовувалися у межах змагальної процедури в незалежному органі державної влади, який є компетентним оцінювати причини прийняття рішення і відповідні докази, при необхідності з певними процесуальними обмеженнями при використанні секретної інформації. Приватна особа повинна мати можливість оскаржити твердження представника виконавчої влади про те, що йдеться про державну безпеку» [9]. У цій справі після того, як ЄСПЛ прийняв своє рішення, у РФ відбувся новий судовий розгляд, у якому суд не став перевіряти твердження правоохоронних органів про те, що перебування Лю становило загрозу національній безпеці. Суд лише констатував право правоохоронних органів на таке твердження і тому воно було взяте за основу судового рішення без аналізу будь-яких фактичних обставин та дослідження доказів.

Формальний підхід суддів до застосування закону не є винятком у сфері кримінального судочинства. З огляду на це такою, що найбільш часто у цьому ракурсі отримувала негативну оцінку з боку ЄСПЛ, є практика застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою під час дії КПК України 1960 р. (наприклад, рішення у справі «Ткачов проти України» від 13 грудня 2007 р.), відповідно до якої слідчі, прокурори у клопотанні про застосування цього запобіжного заходу, а суди у відповідних постановах обмежувалися винятково цитуванням диспозиції ст. 148 КПК України, у якій були закріплені всі підстави для застосування даного запобіжного заходу, не конкретизуючи жодним чином їх встановлення у конкретному кримінальному провадженні. З набуттям чинності новим КПК України ситуація із застосуванням даного запобіжного заходу кардинально змінилася, чому, зокрема, сприяло встановлення в законі вимог стосовно змісту відповідного клопотання слідчого, прокурора та ухвали слідчого судді (статті 184, 194 КПК України). Таким чином, деталізація процесуальної форми застосування тримання під вартою під час досудового розслідування виступає передумовою законного та обґрунтованого обмеження фундаментального права людини на свободу та особисту недоторканність, що забезпечує правову визначеність у цьому питанні, а отже, – і реалізацію верховенства права. Розкриваючи зміст принципу правової визначеності як складової принципу верховенства права, Європейська комісія за демократію через право зазначила, що необхідність визначеності не означає, що орган, який приймає рішення, не повинен мати дискреційних повноважень, однак у такому випадку мають діяти механізми попередження зловживання. Тому закон, який надає державним органам дискреційні повноваження, має встановлювати межі розсуду [10]. У наведеному прикладі такі межі розсуду визначаються за рахунок нормативного регулювання підстав застосування тримання під вартою та тих ризиків, які мають отримати оцінку в ухвалі слідчого судді або суду.

Вказаний приклад зміни правового регулювання процесуальної форми застосування найбільш суворого запобіжного заходу свідчить про те, що у певних межах правові формальності є виправданими і корисними, вони сприяють захисту прав і свобод учасни-

ків кримінального провадження та забезпечують єдність правозастосовної практики як одного з аспектів принципу правової визначеності. Що ж стосується формалізму у правозастосуванні як форми деформації правової культури, то таке явище завжди має негативний відтінок і у сфері кримінального провадження є особливо небезпечним, оскільки саме в ній найбільш суттєво обмежуються конституційні права і свободи людини. На підтвердження цього висновку наведемо приклад застосування норм КПК України в частині правового регулювання апеляційного оскарження ухвали слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Як свідчить практика окремих апеляційних судів, вони повертають апеляційні скарги, що подані на ухвалу слідчого судді про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за відсутності підозрюваного, оголошеного у міжнародний розшук (ч. 6 ст. 193 КПК України), оскільки відповідно до ст. 309 КПК України таке рішення не є предметом апеляційного оскарження. Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК України під час досудового розслідування можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або відмову в його застосуванні. Порівняльний аналіз цієї норми з правилом, передбаченим ч. 6 ст. 193 КПК України, свідчить про те, що в одному випадку йдеться про обрання запобіжного заходу (ч. 6 ст. 193 КПК України), а в іншому – про його застосування (п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК України). Буквальне тлумачення цих положень, яке, на наш погляд, у даному випадку свідчить про застосування формального підходу до вирішення питання стосовно забезпечення підозрюваного судовим захистом, призводить до висновку про те, що оскільки п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК України як предмет апеляційного оскарження передбачено ухвалу слідчого судді про застосування вказаного запобіжного заходу, то ухвала слідчого судді про його обрання за відсутності підозрюваного в порядку, встановленому ч. 6 ст. 193 КПК України, не належить до визначеного у ст. 309 КПК України предмета апеляційного оскарження. Втім така судова практика заслуговує на критичну оцінку саме з підстав формалізму у правозастосуванні, який позбавляє підозрюваного можливості отримати судовий захист його прав. Застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою означає фактичне позбавлення підозрюваного свободи на строк, визначений ухвалою слідчого судді. Обрання ж запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, яке здійснюється за відсутності підозрюваного, хоча й не призводить до його негайного застосування, однак виступає правовою підставою подальшого затримання і доставки цієї особи, після чого у присутності підозрюваного слідчий суддя розглядає питання про застосування вказаного запобіжного заходу. Таким чином, його обрання своїм правовим наслідком також має обмеження права на свободу та особисту недоторканність, у зв'язку з чим відповідна ухвала слідчого судді має бути предметом апеляційного оскарження. У да-

ному випадку фактично йдеться про застосування кримінального процесуального закону з урахуванням верховенства права як засади кримінального провадження, складовим елементом нормативного змісту якої є визнання найвищими цінностями прав і свобод людини.

Список використаних джерел

1. Муромцев С. А. Формализм в государственной думе / С. А. Муромцев // Право. – 1907. – № 19. – С. 1356–1362.
2. Давыдов Н. В. Значение формы в уголовном процессе по Судебным Уставам Императора Александра II / Н. В. Давыдов // Журнал М-ва юстиции. – 1900. – № 10. – СПб. : Сенат. Тип., 1900. – С. 77–89.
3. Якуб Л. М. Процессуальная форма в советской уголовном судопроизводстве / Л. М. Якуб. – М. : Юрид. лит., 1981. – 144 с.
4. Монтескье Ш. О духе законов / Ш. Монтескье // Избранные произведения. – М., 1955. – 799 с.
5. Лобойко Л. М. Реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні (2006–2011 роки) : монографія / Л. М. Лобойко ; М-во внутр. справ України. – К. : Істина, 2012. – Ч. 1: Загальні положення і досудове провадження. – 288 с.
6. Султанов А. Р. Должная правовая процедура и публичные интересы, позиции Европейского суда по правам человека [Електронний ресурс] / А. Р. Султанов. – Режим доступу: http://www.echr.ru/news/msg.asp?id_msg=2415.
7. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель. – М. : NOTABENE, 2000. – 576 с.
8. Гимазетдинов Д. Р. Уголовно-процессуальная форма : монография / Д. Р. Гимазетдинов, З. З. Зинатуллин. – М. : Юрлитинформ, 2014. – 184 с.
9. Рішення ЄСПЛ у справі «Лю і Лю (Lui and Lui) проти Росії» від 26.07.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?base=ARB&n=290816&req=doc.
10. Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия) [Електронний ресурс] : Доклад о верховенстве права, принятый на 86 пленарном заседании Венецианской Комиссии (Венеция, 25–26 марта 2011 г.). – Режим доступу: http://www.venice.coe.int.

Стаття надійшла до редакції 27.11.2015 р.

Трофименко В. Проблема соотношения уголовной процессуальной формы и формализма

В статье анализируются теоретические подходы к пониманию понятий процессуальной формы и формализма в сфере уголовного процесса.

Прослежена связь между формализмом в праве и формализмом в процессуальной деятельности. При этом формализм в праве выступает объективной предпосылкой формализма правоприменения. Приоритетная роль в этом плане отводится верховенству права, закрепление которого в системе принципов уголовного производства должно изменить подход правоприменителей к проблеме процессуальной формы и процессуального формализма, лишив правоприменение юридического формализма.

Верховенство права предоставляет возможность изменить установившиеся подходы в правоприменении с позиции следования исключительно букве закона на позицию его применения с учетом его «духа».

Ключевые слова: процессуальная форма, формализм, уголовное процессуальное производство, верховенство права.

Trofimenko V. The Problem of Correlation of Criminal Procedural Form and Formalism

The approaches to understanding the concept of procedural form and formalism in the criminal process are analyzed in the article.

The necessity of a clear distinction criminal procedural form and formalism was substantiated in this work, based on the researches of the scientific positions of the law theoreticians. It's imagined, that the procedural form shouldn't be taken as absolute, that is, such that can not have any exceptions.

Deviation from the provided by law procedural form, may take place on condition that this way will not be violated rights and legal interests of participants in criminal proceedings, if there are of appropriate grounds there. In some cases, this deviation may be fully acquitted and aimed at solving problems of the criminal proceedings.

The author pays attention to the process of constant evolution of procedural form, it needs to be improved, introduced a new rules and institutions that are the most appropriate in terms of solving problems of criminal justice, protection of rights and legal interests of criminal procedural relations, interests of society and the state. In particular, to such improvements can be referred proceedings on the basis of agreements, shortened trial, the introduction of the written appeal proceedings, etc.

The connection between formalism in right and formalism in the procedural activity was traced. Thus formalism in right acts as objective prerequisite of formalism lawyers. However, the latter is not only the result of overly formalized procedures for the exercise of criminal proceedings, as no less important for the professional lawyers is their personal attitude to the law and the process of its implementation.

Priority role in this respect should play the rule of law, the securing of which in system of criminal proceeding principles must change the approach lawyer to the problem of procedural form and procedural formalism, depriving the lawyer of legal formalism.

The rule of law provides the opportunity to change the established approach in the law enforcement from the position exceptionally follow the letter of the law on the position of its application, considering its «spirit».

Keywords: procedural form, formalism, criminal proceeding, the rule of law.