

**ДЕРЖАВНА ФІСКАЛЬНА СЛУЖБА УКРАЇНИ
УНІВЕРСИТЕТ ДЕРЖАВНОЇ ФІСКАЛЬНОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ**

ЗАБАРНИЙ МАКСИМ МИХАЙЛОВИЧ

УДК 343.13

**ПРОГАЛИНИ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ**

12.00.09—кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза;
оперативно-розшукова діяльність

**Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук**

Ірпінь – 2017

Дисертацією є кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису

Робота виконана на кафедрі кримінального процесу та криміналістики
Університету державної фіскальної служби України

Науковий керівник:

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України

Топчій Василь Васильович,

Університет державної фіскальної служби України,
директор навчально-наукового інституту права

Офіційні опоненти:

доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України

Удалова Лариса Давидівна,

Національна академія внутрішніх справ,
директор інституту післядипломної освіти

кандидат юридичних наук, доцент

Гринюк Володимир Олексійович,

Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
доцент кафедри правосуддя

Захист відбудеться «30» вересня 2017 року о 10⁰⁰ годині на засіданні спеціалізованої
вченої ради К 27.855.03 в Університеті державної фіскальної служби України за
адресою: 08201, Київська область, м. Ірпінь, вул. Університетська, 31

З дисертацією можна ознайомитися в бібліотеці Університету державної фіскальної
служби України за адресою: 08201, Київська область, м. Ірпінь,
вул. Університетська, 31

Автореферат розісланий «___» серпня 2017 р.

**Учений секретар
спеціалізованої вченої ради**

Л.В. Омельчук

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

Обґрунтування вибору теми дослідження. Україна як правова та демократична держава неможлива без реального втілення верховенства права, гарантування прав та основних свобод людини, усвідомлення останніх як фундаментальної правової цінності. Поставлені завдання можуть бути вирішені шляхом створення ефективного механізму реалізації законодавства, забезпечення відповідного рівня політичної і правової культури.

Однією з умов досягнення цілей правового регулювання загалом, і у сфері здійснення кримінального провадження зокрема, є формування актуальної й високотехнічної системи правових норм. Саме від рівня нормотворчої техніки, а також вибору конкретних засобів, що складають механізм правового регулювання, багато в чому залежить ефективність кримінального провадження, забезпечення його законності, дотримання засади верховенства права при його здійсненні. Особливого значення при цьому набуває така властивість системи правових норм, як її єдність та узгодженість, без чого правове регулювання не лише є неефективним, а й навряд чи можливе як таке взагалі.

Кримінальне процесуальне право не позбавлена певних дефектів, які протилежні системотворчим властивостям кримінального процесуального права, нівелюють його внутрішню узгодженість і, як наслідок, призводять до збоїв у правовому регулюванні. Окрім цього, відповідні дефекти та неузгодженості дозволяють виявляти недоліки й у нормотворчому процесі, інформуючи тим самим про якість нормотворчої діяльності.

Ефективність правового регулювання кримінальних процесуальних відносин залежить насамперед від зведення прогалин як одного з дефектів законодавства до мінімального рівня та від того, наскільки оперативно вони можуть бути подолані в процесі реалізації норм права. При цьому слід виходити з того, що оперативність подолання прогалин є необхідною складовою процесу повноцінної реалізації поставлених перед кримінальним процесуальним законом цілей.

Зазначені проблеми не можуть бути вирішені повною мірою без всебічного теоретичного осмислення й аналізу, на основі яких необхідно виокремити потрібні практиці науково обґрунтовані пропозиції та рекомендації щодо вдосконалення нормотворчої та правозастосовної діяльності у кримінальній процесуальній сфері.

Аналіз стану розробленості досліджуваної проблематики вказує на те, що останнім часом їй присвячено ряд монографічних вітчизняних досліджень (зокрема, С. В. Шмалені, О. В. Колотової), в яких приділяється увага визначенню поняття, сутності прогалин у законодавстві, а також напрями їх подолання, однак кількість таких наукових досліджень все ж залишається незначною. І хоча, у порівнянні зі станом розробленості юриспруденцією проблематики прогальності кримінального процесуального законодавства за радянської доби, нині можна констатувати певне прирощення наукових знань про це правове явище. Однак поки що воно має фрагментарний характер і не інтегрується в цілісне наукове знання. Зокрема, невирішеними на науковому рівні залишаються питання щодо ролі та практики Європейського суду з прав людини, а також положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у механізмі подолання прогалин у національному

законодавстві; визначення підстав та умов застосування компетентними органами держави правових положень з метою подолання прогалин. Вирішення зазначених питань сприятиме створенню більш повної концептуальної основи для осмислення проблеми прогалин у кримінальному процесуальному законодавстві.

Відповідно проблема прогалин у кримінальному процесуальному праві має неабияке теоретичне та практичне значення, оскільки їх наявність ускладнює правозастосовну практику, знижує її ефективність, а тому вимагає якнайшвидшого їх подолання та усунення уповноваженими суб'єктами.

Слід зауважити, що в питанні щодо способів подолання прогалин у кримінальному процесуальному праві відсутня єдність позицій науковців і практиків. Водночас, цілком очевидним є те, що основним способом усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві є правотворчість, внесення змін до чинних законів.

Необхідність дослідження проблеми прогалин у кримінальному процесуальному праві, способів їх якісного подолання та усунення обумовлюється також доволі значною кількістю змін, які були внесені до чинного КПК України за майже п'ять років його дії, що також є свідченням наявності в ньому прогалин, колізій. Водночас, аналіз положень КПК України та практики їх застосування дозволяє зробити висновок, що обґрунтуванням внесених змін не завжди виступає усунення прогалин, більше того, не завжди внаслідок внесення змін такі прогалини усуваються.

Викладене свідчить про недостатність наукового дослідження прогалин у кримінальному процесуальному праві як у теоретичній, так і практичній площині, що вимагає їх більш глибокого вивчення, що й обумовило вибір теми дисертаційного дослідження.

Дослідженню проблеми прогалин у площині загальної теорії права і у кримінальному процесуальному праві зокрема, були присвячені праці багатьох юристів. Тією чи іншою мірою ці питання розглядалися у роботах С. С. Алексеєва, Ф. Бекона, А. Т. Боннера, М. І. Бажанова, С. І. Вікторського, С. І. Вільнянського, Ю. М. Грошевого, В. Г. Даєва, Д. С. Карєва, В. М. Савицького, В. К. Случевського, М. С. Строговича, Д. Г. Тальберга, А. Я. Фойницького, Г. Ф. Шершеневича та інших.

Серед сучасних вітчизняних науковців окремим питанням прогалин у праві та способам їх усунення свої дослідження присвятили В. Д. Бабкін, С. В. Бобровник, Я. М. Брайнін, І. В. Вовк, Ж. О. Дзейко, О. В. Капліна, Л. М. Кельман, О. В. Колотова, Л. А. Луць, Ю. І. Матат, Т. В. Малярчук, Н. М. Оніщенко, Н. М. Пархоменко, П. М. Рабінович, І. О. Рощина, О. О. Середа, О. Ф. Скакун, З. А. Загіней (Тростюк), В. В. Топчій, Л. Д. Удалова, П. В. Цимбал, С. В. Шевчук, Ю. С. Шемшученко, С. В. Шмаленя, О. І. Ющик та інші. При цьому, можна зазначити, що практично кожне наукове дослідження, присвячене проблемним питанням нормативного врегулювання тих чи інших суспільних відносин, зокрема й кримінальних процесуальних, певною мірою торкається питань прогалин у праві, формулюванню способів їх подолання та усунення.

Водночас розвиток кримінальних процесуальних відносин, реформування кримінального процесуального законодавства, особливо останніми роками,

зумовлює необхідність більш глибокого аналізу та поглиблення знань про прогалини у кримінальному процесуальному праві, способи їх подолання та усунення, який би відповідав потребам сьогодення. Дослідження цієї проблематики потребує застосування комплексного підходу, врахування нових напрямів розвитку вітчизняної юридичної науки з одночасним переосмисленням наукових поглядів минулого, висвітленням прикладних аспектів обраного напрямку дослідження.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами. Дослідження виконувалось відповідно до ч. 2 Стратегії національної безпеки України, затвердженої Указом Президента України від 26.05.2016 № 287/2015; Плану заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що впливають з її членства в Раді Європи, затвердженого Указом Президента України від 12 січня 2011 року № 24/2011; ґрунтується на положеннях Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 08.04.2008 року № 311/2008; відповідає Концепції державної політики у сфері боротьби із організованою злочинністю, схваленої Указом Президента України від 21.10.2011 р. № 1000/2011; відповідає Концепції боротьби з тероризмом, схваленої Указом Президента України від 25.04.2013 р. № 230/2013; виконане відповідно до Пріоритетних напрямів розвитку правової науки на 2011–2015 роки, затверджених загальними зборами Національної академії правових наук України 24.09.2010 р.

Тема дисертації затверджена Університету державної фіскальної служби України 26 лютого 2015 року, протокол № 8, та включена до планів науково-дослідних робіт навчального закладу.

Мета і завдання дослідження відповідно до об'єкта та предмета дослідження. Метою дисертації є розробка та обґрунтування положень теоретичного і практичного характеру, пов'язаних із встановленням, подоланням та усуненням прогалин у кримінальному процесуальному праві України, а також формулювання науково-обґрунтованих пропозицій і рекомендацій щодо вдосконалення кримінального процесуального законодавства та практики його застосування.

Для досягнення зазначеної мети передбачається вирішення таких завдань:

- розкрити генезу теоретичних уявлень про прогалини як самостійне правове явище;
- сформулювати поняття та визначити причини прогалин у кримінальному процесуальному праві;
- розкрити сутність встановлення прогалин у кримінальному процесуальному праві та з'ясувати їх співвідношення зі схожими правовими явищами;
- здійснити класифікацію прогалин у кримінальному процесуальному праві;
- висвітлити зміст аналогії закону та аналогії права як способів подолання прогалин у кримінальному процесуальному праві;
- виокремити інші способи подолання прогалин у кримінальному процесуальному праві;
- визначити роль правотворчості як способу усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві;
- розробити пропозиції та рекомендації щодо удосконалення кримінального процесуального законодавства та практики його застосування у контексті

розглядуваних у роботі питань.

Об'єкт дослідження – правовідносини, що виникають, розвиваються і припиняються між уповноваженими суб'єктами при встановленні, подоланні та усуненні прогалин у кримінальному процесуальному праві.

Предмет дослідження – прогалини у кримінальному процесуальному праві.

Методи дослідження. Методи дослідження обрані з урахуванням поставленої мети, завдань, об'єкта та предмета дослідження. Методологічну основу дисертаційного дослідження складає сукупність загальнонаукових та спеціально наукових методів, що забезпечують об'єктивний аналіз досліджуваного предмету: *діалектичний метод* (дозволив розглянути усі питання теми в динаміці, виявити їх взаємозв'язок і взаємозумовленість та сприяв розумінню об'єкта дослідження в частині поєднання потреб наукових досліджень та практики діяльності відповідних уповноважених суб'єктів – підрозділи 1.1–3.3); *історико-правовий метод* (надав можливість простежити процес розвитку теоретичних уявлень про прогалини як самостійне правове явище – підрозділ 1.1); *порівняльно-правовий метод* (використаний при дослідженні наукових поглядів щодо окремих питань виявлення і встановлення прогалин, а також їх подолання та усунення в межах кримінального процесуального права – підрозділи 1.1–3.3); *формально-юридичний метод* (застосований при опрацюванні норми чинного КПК України та інших нормативно-правових джерел, встановленні ознак та формулюванні відповідних юридичних категорій; здійсненні класифікації прогалин у кримінальному процесуальному праві; з'ясуванні значення рішень Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини у подоланні прогалин кримінального процесуального права України, формулюванні пропозиції щодо вдосконалення окремих кримінальних процесуальних норм – підрозділи 1.2–3.3); *метод системно-структурного аналізу* (дозволив дослідити причини прогалин у кримінальному процесуальному праві, з'ясувати співвідношення прогалин зі схожими правовими явищами – підрозділи 1.1, 2.1); *статистичні методи* (використані для підтвердження отриманих теоретичних висновків даними аналізу офіційної статистики – підрозділи 1.2–3.3); *конкретно-соціологічні методи* (використані при вивченні архівних кримінальних проваджень (справ), узагальненні результатів анкетування слідчих, прокурорів і суддів – підрозділи 1.2–3.3).

Емпіричну базу дослідження становлять результати анкетування 118 слідчих Національної поліції України, 73 прокурорів та 52 судді у таких регіонах України як: Київська, Житомирська, Вінницька, Рівненська та Херсонська області та м. Київ; узагальнені результати вивчення 174 кримінальних проваджень (справ) за період 2013–2016 рр.; офіційні дані Державної служби статистики України, Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України за період 2013–2016 рр., чим забезпечується обґрунтованість і достовірність сформульованих у дисертації наукових положень, висновків, пропозицій і рекомендацій.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертація за характером та змістом розглянутих питань є першим у вітчизняній науці кримінального процесу комплексним монографічним дослідженням проблемних питань встановлення, подолання та усунення прогалин у кримінальному

процесуальному праві, що проведене в умовах реалізації норм чинного КПК України.

Найістотнішими результатами дослідження, що зумовлюють його новизну та визначають внесок автора у розроблення зазначеної проблематики є такі положення і висновки:

вперше:

– розкрито роль тлумачення як основного та необхідного способу встановлення наявності чи відсутності прогалин у кримінальному процесуальному праві, що є умовою законного та обґрунтованого застосування кримінальних процесуальних норм і зумовлюється використанням оціночних понять у кримінальному процесуальному законі, у зв'язку із чим обґрунтовано потребу розширення тезаурус ст. 3 КПК України, включивши до нього єдиний понятійний ряд, сформований у відповідній сфері правового регулювання, що дозволить уникнути правотлумачних помилок;

– з метою забезпечення чіткої регламентації застосування аналогії закону та аналогії права під час кримінального провадження доведено необхідність внести такі зміни до ч. 6 ст. 9 КПК України: «У випадках, коли норми цього Кодексу не містять прямого, однозначного врегулювання відносин, які виникають при здійсненні кримінального провадження, застосовується норма (норми), що регулює подібні за змістом відносини, а у разі відсутності такої норми (норм) – застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною першою статті 7 цього Кодексу».

– обґрунтовано, що реалізація прав та свобод людини під час кримінального провадження, у тому числі тих, що не передбачені в Конституції України, можлива безпосередньо на підставі положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та прецедентної практики Європейського суду з прав людини;

удосконалено:

– підхід до розуміння поняття «прогалини у кримінальному процесуальному праві», у зв'язку із чим запропоновано авторське визначення відповідної правової категорії;

– теоретичні положення щодо термінології, яка використовується в кримінальному процесуальному законодавстві, та вимоги, що до неї пред'являються в науці кримінального процесу та правозастосуванні;

дістало подальший розвиток:

– класифікація прогалин у кримінальному процесуальному праві, яку доповнено такими виокремленими видами, що визначають можливості їх подальшого подолання: а) правовий вакуум (випадки, обумовлені неврахуванням тієї чи іншої ситуації при розробленні закону, виникненням нових суспільних відносин після видання конкретного нормативного акту); б) неповноту кримінальної процесуальної норми;

– загальні умови застосування аналогії у сфері кримінального провадження, до яких віднесено: а) констатація прогалини (застосування інституту аналогії можливе лише у тих випадках, коли спірне питання входить до тієї сфери суспільних відносин, яка вже піддана правовій регламентації; б) знайдення норми в

законодавстві, що регулювала б подібні відносини; в) мотивування прийняття відповідного рішення (яке повинно містити фактичні та юридичні основи застосування аналогії);

– положення щодо застосування норм кримінального процесуального права у субсидіарному порядку, відповідно до чого субсидіарне застосування норм права розглядається ширше, ніж тільки як міжгалузєва аналогія, оскільки воно може використовуватися як за наявності прогалин у законодавстві, так і за їх відсутності.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що сформульовані і аргументовані у дисертації теоретичні положення, висновки, пропозиції та рекомендації можуть бути використані та використовуються у:

– *науково-дослідній сфері* – при подальшому дослідженні питань встановлення, подолання та усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві (акт впровадження у науково-дослідну роботу Університету державної фіскальної служби України від 16 березня 2017 року);

– *законотворчій діяльності* – при внесенні змін і доповнень до норм чинного КПК України;

– *навчальному процесі* – при підготовці підручників, навчальних посібників, розробці курсів лекцій, навчально-методичних матеріалів і проведенні занять за відповідними темами з навчальних дисциплін «Кримінальний процес», «Актуальні питання кримінального процесу», «Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження», «Теорія судових доказів» (акт впровадження в навчальний процес Університету державної фіскальної служби України від 10 лютого 2017 року; акт впровадження в навчальний процес Національної академії внутрішніх справ від 28 березня 2017 року);

– *практичній діяльності* – як рекомендації для органів досудового розслідування щодо подолання прогалин в ході кримінальної процесуальної діяльності (акт впровадження в практичну діяльність слідчого управління фінансових розслідувань ДПІ в Оболонському районі ГУ ДФС у м. Києві від 5 січня 2017 року; акт впровадження в практичну діяльність слідчого управління фінансових розслідувань ГУ ДФС у м. Києві від 11 травня 2017 року).

Апробація результатів дослідження. Основні положення дисертації обговорювалися на кафедрі кримінального процесу та криміналістики Університету державної фіскальної служби України. Результати дослідження були оприлюднені та доповідалися на 2 міжнародних науково-практичних конференціях: «Держава і право в умовах глобалізації: реалії та перспективи: матеріали міжнародної науково-практичної конференції» (м. Дніпропетровськ, 6–7 лютого 2015 р.), «Інтеграція юридичної наук і практики як основа сталого розвитку вітчизняного законодавства: матеріали міжнародної науково-практичної конференції» (м. Дніпро, 25–26 листопада 2016 р.)

Публікації. Основні наукові результати дисертації викладені в 7 наукових публікаціях, серед яких 4 статті, опубліковані в юридичних фахових виданнях України, затверджених наказом Міністерства освіти і науки України, 1 – в іноземному фаховому виданні та 2 тези доповідей на міжнародних науково-практичних конференціях.

Структура та обсяг дисертації визначається її метою, завданнями, об'єктом та предметом дослідження, відповідає логіці наукового пошуку та композиційно складається зі вступу, трьох розділів, що включають сім підрозділів, висновків, списку використаних джерел та додатків. Загальний обсяг дисертації становить 214 сторінок, з яких основний текст дисертації – 174 сторінки, список використаних джерел – 18 сторінок (196 найменувань) та 8 додатків на 22 сторінках.

ОСНОВНИЙ ЗМІСТ РОБОТИ

У **вступі** обґрунтовано вибір теми дослідження, визначено ступінь наукової розробки проблеми, зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами, мету і завдання дослідження, його об'єкт, предмет, використані методи, висвітлено наукову новизну та практичне значення одержаних результатів, наведено дані про їх апробацію та публікації.

Розділ 1 «Прогалини у кримінальному процесуальному праві: загальнотеоретичні питання» складається з двох підрозділів.

У підрозділі 1.1 *«Гене́за теоретичних уявлень про прогалини як самостійне правове явище»* послідовно досліджуються концепції праворозуміння (так звані теологічна, історична, соціологічна, психологічна, природна, нормативістська правові школи, а також сучасні правові школи, зокрема: лібертарна, комунікативна, інструментальна, інтегративна). Зазначено, що питання прогалин у праві безпосередньо пов'язане з поняттям і розумінням самого права, що на цей час визнається неоднозначним суспільним явищем.

На основі порівняння романо-германської та англосаксонської правових систем зроблено висновок, що прогалини властиві писаному праву, тобто джерелу права, закріпленому на законодавчому рівні. Оскільки нормативно-правовий акт спрямований регулювати найбільш типові відносини, орієнтований на невизначено велику кількість ситуацій та суб'єктів, то наявність у ньому прогалин, зокрема тих, що викликані об'єктивними причинами, є закономірним.

Звернено увагу, що для вітчизняної правової думки в контексті прогалин у праві, з урахуванням основних концепцій праворозуміння, в основному притаманний позитивістський підхід до праворозуміння у тому його різновиді, який допускає існування прогалин безпосередньо в «тілі» закону. Проте зазначено, що сучасний підхід до праворозуміння дещо відходить від позиції жорсткого нормативізму, що певною мірою призвело до протиставлення таких понять, як право і закон.

Узагальнено, що для кримінального процесуального права характерним є спеціально-дозвільний тип правового регулювання, в основі якого лежить формула *«Дозволено лише те, що прямо передбачено законом»*. Відповідно проблема прогалин у кримінальному процесуальному праві має неабияке теоретичне та практичне значення, оскільки їх наявність у кримінальному процесуальному законі ускладнює правозастосовну практику, знижує її ефективність, а тому вимагає якнайшвидшого їх подолання або усунення уповноваженими суб'єктами.

У підрозділі 1.2 *«Поняття та причини прогалин у кримінальному процесуальному праві»* здійснено логічний аналіз терміну *«прогалина»* як у

загальній теорії права, так і у сфері кримінального процесуального права. Звернено увагу на необхідність розмежування таких понять як «прогалина в позитивному праві», «прогалина в нормативно-правовому регулюванні» та «прогалина в законодавстві». Під прогалиною в позитивному праві слід розуміти випадок відсутності як нормативно-правового акту, спрямованого на регулювання певних відносин, так і відсутність звичаю та прецеденту. Прогалиною у нормативно-правовому регулюванні є відсутність як норм закону, так і норм підзаконних актів. Прогалина в законодавстві є повною або частковою відсутністю правових норм, необхідність яких обумовлена розвитком соціального життя й потребою практичного вирішення справ.

Обґрунтовано, що для правильного розуміння прогалин у кримінальному процесуальному праві необхідно максимально чітко визначати, які із суспільних відносин саме в даний конкретний момент підлягають правовому регулюванню. Таким чином, хоча прогалини в законодавстві і є об'єктивним явищем, їх наявність повною мірою залежить від правового значення, яке надається конкретному виду суспільних відносин на різних проміжках часу.

У вузькому розумінні кримінальне процесуальне право – це сукупність актів кримінального процесуального законодавства, ієрархічно впорядкована система джерел кримінального процесуального права, що регулюють кримінальні процесуальні відносини. З урахуванням даного підходу до розуміння кримінального процесуального права, можна говорити про прогалини у кримінальному процесуальному праві, оскільки система джерел кримінального процесуального права, як і кожна система законодавчих актів, як структурована сукупність, обмежена певними параметрами (предмет, метод, засади, мета правового регулювання тощо) і прагне довершеності та повноти. Допоки такої довершеності та повноти не досягнуто, має місце неповнота правового регулювання відповідних суспільних відносин, у тому числі через наявність прогалин.

Зроблено висновок, що ставити питання щодо наявності прогалин у кримінальному процесуальному праві вбачається за можливе лише у тих випадках, коли спірне питання входить до тієї сфери суспільних відносин, яка вже піддана регламентації за допомогою кримінальних процесуальних норм і відповідно охоплена чинним кримінальним процесуальним законодавством.

Виокремлено та систематизовано причини виникнення прогалин у кримінальному процесуальному праві. У зв'язку із цим, до об'єктивних причин виникнення відповідних прогалин віднесені відставання законодавства від потреб життя, обумовлене розвитком та виникненням нових суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню, відносно яких чинне законодавство відповідних правових норм не передбачає.

До суб'єктивних чинників виникнення прогалин запропоновано відносити прорахунки законодавця, що мають місце: а) внаслідок неправильного нормативного відображення дійсності, коли формулюваннями нормативно-правового акту не охоплюються певне відношення або група відносин, що вимагає регулювання; б) внаслідок техніко-юридичних помилок, допущених у процесі нормотворчості.

З метою усунення наведених причин прогалин у кримінальному процесуальному праві, окреслено основні напрями оптимізації КПК України, до яких віднесено: 1) чітку структурування кримінального процесу, що відповідає визначеній меті та сформульованим завданням кримінального провадження, у зв'язку із чим, запропоновано мету кримінального провадження розуміти як захист прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави, яким завдано шкоди кримінальними правопорушеннями, а основними завданнями по досягненню цієї мети – кримінальне переслідування осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, призначення їм справедливого покарання (чи звільнення від покарання у передбачених законом випадках); захист прав і законних інтересів осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, передбачивши зміни до ст. 2 КПК України; 2) диференційований підхід до структури провадження, що є необхідним для оптимізації норм КПК України та підвищення ефективності кримінальної процесуальної діяльності, зокрема, в частині регламентації початку досудового розслідування; 3) оптимізацію конкретних правових технологій, конструкцій, інститутів і норм КПК України, наприклад, в частині визначення обсягу терміну «кримінальне провадження», оскільки законодавець в одному випадку позначає ним відповідний вид діяльності (п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК України тощо), в іншому – сукупність процесуальних документів, які формуються в результаті власне кримінальної процесуальної діяльності (п. 1 ч. 2 ст. 291 КПК України тощо).

Розділ 2 «Встановлення та класифікація прогалин у кримінальному процесуальному праві України» складається з двох підрозділів.

У підрозділі 2.1 «Встановлення прогалин у кримінальному процесуальному праві та їх співвідношення зі схожими правовими явищами» вказано на те, що питання встановлення прогалин у праві має важливе значення як для правильної констатації прогалини, так і її відмежування від схожих правових явищ, а також вирішення питання щодо можливості її подолання відповідними правозастосовними органами.

Зазначено, що прогалини у кримінальному процесуальному праві слід відрізняти від таких правових явищ як «кваліфіковане мовчання законодавця», «темноти» правових норм, а також від випадків повної неврегульованості певної сфери суспільних відносин, яка може бути ліквідована лише шляхом правотворчої діяльності. Якщо прогалина в праві – це повна чи часткова відсутність нормативних приписів, необхідних для вирішення конкретних життєвих ситуацій, які входять до сфери правового регулювання, встановленої законодавцем, то «кваліфіковане мовчання законодавця» – своєрідний прийом законодавчої техніки, коли законодавець навмисно залишає питання без правового регулювання, віддаючи його вирішення на розсуд суб'єкта правозастосування, а «темнота» правових норм – це їх неясність, невизначеність, яка долається за допомогою різних способів тлумачення.

Зазначено, що у правозастосовній практиці завдання щодо виявлення та встановлення прогалин у кримінальному процесуальному праві, зазвичай, зводиться до необхідності визначити можливість застосувати щодо певних правовідносин поширювальне тлумачення правових норм, або необхідність встановити характер спірного правовідношення з тим, щоб застосувати до нього найбільш близькі за змістом норми кримінального процесуального права (аналогія закону), або вирішити

справу чи окреме юридичне питання на основі засад кримінального провадження, загальних засад і смислу законодавства (аналогія права).

Звернено увагу, що виявлення та встановлення наявності чи відсутності прогалин у кримінальному процесуальному праві також пов'язується із використанням у законодавстві юридичної термінології та оціночних понять.

За результатами дослідження об'єктивних причин використання оціночних понять у кримінальному процесуальному законі, позитивних та негативних аспектів цього процесу, обґрунтовано висновок про те, що використання оціночних понять і термінів забезпечує повноту нормативно-правових актів, динамізм їх регулюючого впливу та дозволяє уникнути проблем правозастосування за умови надмірної формалізації правовідносин. Використання оціночних понять і термінів у кримінальному процесуальному законі є необхідним і доцільним, оскільки дозволяє враховувати при здійсненні кримінального провадження конкретні фактичні обставини й обирати відповідне їм рішення з числа тих, що передбачені законом. Це робить кримінальний процесуальний закон універсальним, позбавляє його не виправданого формалізму, а також забезпечує більш ефективне правове регулювання відповідних суспільних відносин.

Підтримано позицію, що кримінальний процесуальний закон не може бути позбавлений використання оціночних понять і термінів, що потребує мінімізації ймовірності обмеження в межах кримінальної процесуальної діяльності конституційних прав і свобод людини у зв'язку з відносною свободою дій суб'єкта правозастосування, у зв'язку із чим, запропоновано удосконалити способи їх нормативного закріплення.

У підрозділі 2.2 «Класифікація прогалин у кримінальному процесуальному праві» наведено низку підходів до класифікації прогалин у кримінальному процесуальному праві за різними критеріями як загального, так і спеціального характеру.

Розкрито зміст класифікацій загального характеру щодо прогалин у права, із вказівкою на їх особливості у кримінальному процесуальному праві: 1) залежно від перебування фактів суспільного життя у сфері правового регулювання: «уявні» та «реальні» (ч. 3 с. 331 КПК України) прогалини; 2) залежно від обумовленості: прогалин, що обумовлені неповнотою правових норм, протиріччям наявних нормативних приписів, повною відсутністю норми; 3) залежно від причин виникнення: формальні (суб'єктивні) та матеріальні (об'єктивні); 4) залежно від можливості подолання в процесі реалізації права: такі, що можуть бути подолані, та такі, що не можна подолати; 5) за часом виникнення: первинні та наступні.

У контексті наступних за характером прогалин у кримінальному процесуальному праві виокремлено ступінь нормативного врегулювання особливостей досудового розслідування, що здійснюється у районі проведення антитерористичної операції.

Звернено увагу на потребу подальшої системної диференціації процесуальної форми досудового розслідування злочинів, вчинених в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції та окреслено наступні її напрями: 1) упорядкування так званої «змішаної» підслідності; 2) удосконалення засобів встановлення фактичних обставин об'єктивної сторони

окремих видів злочинів, зокрема катування; 3) визначеність порядку застосування амністії (як підстави звільнення від відповідальності чи покарання); 4) визначення порядку відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, що не завершилось ухваленням вироку суду; 5) урахування територіальних особливостей, зокрема району проведення АТО, при визначенні способів збирання доказів, у тому числі використанні спеціальних технічних засобів, при вирішенні питань щодо участі понятих при проведенні слідчих (розшукових) дій).

Обґрунтовано, що наведені положення щодо досудового розслідування злочинів, вчинених в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції у порівнянні з положеннями норм загальної дії, що стосуються кримінального провадження загалом, та досудового розслідування зокрема, мають бути системно розміщені в межах окремого розділу КПК України.

Узагальнено такі специфічні критерії класифікації прогалин у кримінальному процесуальному праві: рівень загальності кримінальних процесуальних відносин, що регулюються нормами кримінального процесуального права (прогалини, що мають стратегічне значення для кримінального провадження; прогалини, що стосуються регулювання процесуальних інститутів, які мають комплексний характер; прогалини, що стосуються окремих інститутів кримінального процесуального права; прогалини окремих норм кримінального процесуального закону, що регулюють окремі питання здійснення кримінального провадження); структура кримінального процесуального права (прогалини загальної та особливої частин кримінального процесуального права); структура кримінальної процесуальної норми (прогалини гіпотези, диспозиції або санкції кримінальних процесуальних норм); зміст нормативних положень кримінального процесуального закону (прогалини, що стосуються нормативного закріплення дефініцій кримінального процесуального права та прогалини, що стосуються конкретизації або реалізації положень, які містяться в цих дефініціях); стадії кримінального провадження (групи прогалин, що визначаються залежно від системи стадій кримінального провадження).

Стверджується, що класифікація прогалин у кримінальному процесуальному праві сприяє систематизації уявлень про це достатньо складне правове явище та, водночас, виділення притаманних йому особливостей. Диференціація прогалин за різними класифікаційними критеріями допомагає не лише зрозуміти поняття та правову природу самого терміну «прогалини у кримінальному процесуальному праві», а й сприяє їх правильному та своєчасному встановленню та подоланню, а у кінцевому результаті – й усуненню.

Розділ 3 «Способи подолання та усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві» складається з трьох підрозділів.

У підрозділі 3.1 «Аналогія закону та аналогія права як способи подолання прогалин у кримінальному процесуальному праві» констатовано, що інститут аналогії має давню історію, пов'язану із історією становлення та розвитку системи права. Звернено увагу, що гостра потреба в аналогії виникала у період ґрунтовної зміни у системі суспільних відносин внаслідок значних подій, коли органи правозастосування вимушені вирішувати завдання та діяти в умовах ситуацій, не

врегульованих законом. У період стабільності суспільних відносин, а відповідно і їх нормативного врегулювання, потреба в аналогії знижується, однак не зникає повністю.

Визначено особливості регламентації можливості застосування аналогії у кримінальному процесуальному праві, із урахуванням підходу законодавця в період від УРСР і до сучасної України. Вказано, що тривалий час позиція щодо застосування аналогії у сфері кримінального провадження залишалась невизначеною, оскільки закон не містив ані дозволу на застосування аналогії, ані прямої заборони. КПК УРСР 1922 року у ст. 2 містив норму, що забороняла суду зупиняти розгляд справи у зв'язку із відсутністю, неповнотою, незрозумілістю або суперечністю законів, тим самим непрямо спонукаючи суд до застосування аналогії.

Незважаючи на відсутність у КПК України 1960 року положень стосовно можливості застосування аналогії, а у чинному КПК України – наявність лише у загальному виді задекларованої можливості застосування аналогії при здійсненні кримінального провадження (ч. 6 ст. 9), питання щодо правомірності застосування процесуальної аналогії переважно позитивно вирішується у наукових дискусіях та практичній діяльності.

Зроблено висновок, що застосування загальних засад кримінального провадження, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, за змістом є процесуальною аналогією, про що, згідно з принципом законодавчої визначеності, слід прямо вказати у тексті відповідної норми. При цьому констатується, що норма ч. 6 ст. 9 КПК України у загальному виді допускає процесуальну аналогію і у формі аналогії закону, і у формі аналогії права, у зв'язку із чим, запропоновано внести зміни до ч. 6 ст. 9 КПК України.

Проаналізовано стадії процесу застосування як аналогії закону, так і аналогії права під час усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві. Запропоновано до основних етапів застосування аналогії закону у кримінальному процесуальному праві відносити: встановлення та аналіз фактичних обставин провадження (справи); здійснення юридичної кваліфікації фактичних обставин; пошук подібної норми, яка регулює аналогічні відносини; усвідомлення та тлумачення змісту віднайденної норми; прийняття рішення, дотримуючись умов допустимості аналогії. Зазначено, що етапи застосування аналогії права в ході кримінальної процесуальної діяльності поряд із зазначеними вище, включають: аналіз неврегульованих кримінальних процесуальних правом суспільних відносин; з'ясування питання про те, чи підпадають такі відносини під відповідну сферу правового регулювання; встановлення неможливості застосування аналогії закону. Саме тому акцентовано увагу на більшій складності процесу застосування саме аналогії права у порівнянні із аналогією закону, що зумовлено універсальністю загальних засад кримінального провадження.

У підрозділі 3.2 «Інші способи подолання прогалин у кримінальному процесуальному праві» досліджено такі способи подолання прогалин у кримінальному процесуальному праві як субсидіарне застосування норм права, а також судова діяльність, зокрема Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини.

Вказано, що субсидіарне застосування норм права може використовуватися як при наявності прогалин у законодавстві, так і за їх відсутності (наприклад, ч. 5 ст. 128 КПК України). При цьому, незалежно від того, чи вважається субсидіарне застосування норм права різновидом аналогії, або є самостійним інститутом, воно можливе лише за певних обставин: а) відсутність в галузі законодавства норми, безпосередньо регулюючої дане суспільне відношення; б) відсутність прямої заборони законодавця на субсидіарне застосування норм; в) наявність норм права в суміжних галузях, які опосередковують відносини, що підлягають врегулюванню; спільні відносини, що підлягають врегулюванню і ті, що вже врегульовані, повинні характеризуватися подібністю; г) подібність має бути також і в методах правового регулювання.

Звернено увагу, що рішення та правові позиції Конституційного Суду України щодо відповідності тих чи інших положень кримінального процесуального закону Конституції України наділені особливою юридичною силою, мають загальнообов'язковий характер і діють безпосередньо. Ці рішення також можуть стосуватись і неправильного, всупереч змісту Основного Закону, тлумачення суб'єктами правозастосування норм кримінального процесуального права.

Визначено, що тлумачення норм кримінального процесуального права Конституційним Судом України є видом офіційної інтерпретаційної діяльності і виступає нормативним тлумаченням цих норм, оскільки воно призначене для загального використання під час застосування права, стосується невизначеної кількості випадків і поширюється на широке коло відповідних суб'єктів. Сам факт ініціації конституційної перевірки, зокрема окремими громадянами, чиї права потребують захисту, не означає казуальної природи тлумачення норм права Конституційним Судом, оскільки результати такого тлумачення не залишаються в межах конкретного випадку правозастосування, а мають загальний характер, обов'язковий для усіх аналогічних ситуацій.

Рішення Конституційного Суду України, його правові позиції здійснюють регуляторний вплив на здійснення кримінальної процесуальної діяльності, і виступають засобами усунення прогалин кримінального процесуального права України.

Обґрунтовано, що практика Європейського суду з прав людини (далі – Суд) здійснює свій вплив на здійснення кримінального провадження в Україні та його нормативне забезпечення фактично двома шляхами: по-перше, при вирішенні конкретної справи здійснюється захист прав конкретних осіб, які звернулись до Суду, при цьому сам Суд формує для себе певний «алгоритм», прецедент, який може бути використаний ним надалі при розгляді аналогічних звернень; по-друге, рішення Суду у конкретних справах мають і так би мовити «творчий характер», оскільки у кожному рішенні сформульовані не тільки формальні ознаки дотримання/недотримання державою норм міжнародного договору (Конвенції), а розкривається зміст, дух цього договору, демонструється його позитивний вплив на загальні правовідносини у державі на прикладі конкретної ситуації.

Констатовано, що рішення та практика Європейського суду з прав людини опосередковуються через вітчизняну правозастосовну практику, чинять

регуляторний вплив на кримінальну процесуальну діяльність, виступаючи таким чином засобами подолання прогалин кримінального процесуального права України.

У підрозділі 3.3 «Правотворчість як спосіб усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві» на основі аналізу взаємозв'язку діяльності по встановленню прогалин із нормотворчим процесом узагальнено, що виявлення прогалин і нормотворча діяльність співвідносяться між собою як загальне і часткове. Остання охоплює також виявлення необхідності перетворення правового регулювання, заміни його іншими видами соціального регулювання та ін.; звернення до компетентного нормотворчого органу з ініціативою про видання акту, що має закріпити нові, ще не врегульовані правом відносини, означає водночас припущення про існування прогалини; перевірка обґрунтованості такої законодавчої пропозиції і є змістом діяльності по встановленню прогалини; розробку компетентним органом проекту нормативного акту слід розглядати як офіційно оформлену гіпотезу про існування прогалини та шляхи її усунення.

На підставі аналізу змін і доповнень, внесених до КПК України, починаючи із 2013 року і до сьогодні, констатовано, що прийняття відповідних законів було обумовлено конкретними подіями, фактами, що на момент їх виникнення мали прогалини нормативного врегулювання. При цьому, у сучасних умовах розвитку суспільних відносин та реформування державних інституцій констатується переміщення акцентів з проблем правозастосування на проблеми правотворчості, оскільки доцільніше не допускати недоліки під час розробки та прийняття законів, ніж потім виправляти їх і правозастосовну практику після набрання ними чинності.

Зазначено, що недопустимим є прийняття законів, обумовлених відомчими інтересами, або прийняття яких не є обґрунтованим, внаслідок прийняття яких порушується логіка КПК України, з'являється термінологічна невизначеність. У зв'язку з цим звернено увагу, що є порушенням ч. 3 ст. 29 Конституції України є передбачення п. 3 ч. 1 ст. 208 КПК України особливої підстави для затримання підозрюваного у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого корупційного злочину, віднесеного до підслідності Національного антикорупційного бюро України.

ВИСНОВКИ

У дисертаційному дослідженні обґрунтовано та висвітлено такі основні положення, висновки та рекомендації, що спрямовані на вдосконалення наукових підходів та практичної діяльності щодо встановлення, подолання та усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві:

1. Визначено, що питання наявності чи відсутності прогалин у праві є певною мірою неоднозначним, оскільки його вирішення залежить від обраної концепції праворозуміння. На основі аналізу основних концепцій праворозуміння встановлено існування в світовій юридичній думці двох основних концептуальних підходів до існування прогалин у праві: 1) теорія безпрогальності права, яка ґрунтується на твердженні про досконалу природу права; 2) теорія прогальності права, яка, в свою чергу, визнає природність існування прогалин у праві й зосереджена не стільки на самих прогалинах, скільки на можливостях й конкретних способах їх подолання.

Для вітчизняної правової думки загалом притаманний позитивістський підхід до праворозуміння в тому його різновиді, який допускає існування прогалин безпосередньо в «тілі» закону.

2. Сформульовано авторське визначення категорії «прогалина у кримінальному процесуальному праві» під яким запропоновано розуміти повну чи часткову відсутність у кримінальному процесуальному законі нормативного врегулювання тих фактів і обставин, які входять до сфери кримінальних процесуальних відносин, що виникла через невизначеність кримінальних процесуальних норм. Обґрунтовано, що прогалина у кримінальному процесуальному праві, зважаючи на специфіку його предмета та методів правового регулювання, завжди тотожна прогалині у кримінальному процесуальному законі, а невизначеність кримінальних процесуальних норм має місце у випадках повної відсутності необхідного нормативного положення, його неповноти або нечіткості, внутрішньої або системної суперечності.

3. Обґрунтовано, що використання оціночних понять і термінів у кримінальному процесуальному законі, з однієї сторони, забезпечує межі розсуду уповноваженої компетентної особи та можливість урахування під час правозастосування індивідуальних обставин конкретної ситуації, а з іншої – іноді призводить до неоднакового застосування закону у правозастосовній практиці при неправильному тлумаченні оціночних понять і термінів. Вказано, що оціночні поняття, що використовуються в кримінальному процесуальному законодавстві, потребують конкретизації через встановлення додаткових критеріїв оцінки фактів, властивостей, обставин, у зв'язку з чим виокремлено доцільність застосування таких прийомів юридичної техніки як впорядкування термінології; роз'яснення в тексті кримінального процесуального закону окремих оціночних понять і термінів; наведення орієнтуючих переліків відповідних фактів і обставин, зокрема, шляхом розширення тезаурус ст. 3 КПК України.

4. На основі аналізу наукових праць, узагальнення результатів анкетування слідчих органів досудового розслідування, працівників прокуратури і суду, а також особистого досвіду у сфері кримінальної процесуальної діяльності окреслено найтиповіші прогалини (недоліки), допущені при формулюванні кримінальних процесуальних норм, до яких віднесено: 1) формулювання кримінальних процесуальних норм з порушенням логічних вимог і прийомів, що призвело до неоднозначного або невірного їх тлумачення в частині наявності: а) суперечностей, неузгодженостей між кримінальними процесуальними нормами (наприклад, неузгодженість ч. 1 ст. 42 та ч. 1 ст. 208 КПК України у використанні термінів «кримінальне правопорушення» та «злочин»); б) суперечностей між кримінальними процесуальними та кримінально-правовими нормами (неузгодженість ч. 1 ст. 503 КПК України та ст. 20 КК України в частині передбачення стану неосудності або обмеженої осудності як підстави застосування примусових заходів виховного характеру); в) суперечностей між кримінальними процесуальними нормами та нормами інших галузей права (зокрема, неузгодженість ст. 3 КПК України, ст. 27 КУпАП, ст. 68 ЦК України та ст.ст. 20, 52 ЦПК України щодо терміну «близькі родичі та члени сім'ї»); г) невідповідності між назвою глави (розділу, статті) та її змістом (назви ст. 238 «Огляд трупа, пов'язаний з ексгумацією»); г) відсутності або

нечіткого роз'яснення термінів; д) стилістичних помилок; 2) граматичні й синтаксичні помилки; 3) завантаженість норм кримінального процесуального закону декларативними положеннями; 4) дублювання норм у різних статтях та главах КПК України.

5. Встановлено, що під аналогією у кримінальному провадженні слід розуміти спосіб врегулювання державними органами і посадовими особами, які здійснюють провадження, кримінальних процесуальних відносин, які виникли під час кримінальної процесуальної діяльності, але не впорядковані кримінальним процесуальним законодавством, шляхом застосування норм, що регулюють подібні кримінальні процесуальні відносини, або загальних засад кримінального провадження, що сприяє оперативному подоланню прогалин, виявлених у процесі правозастосування. З метою належного врегулювання питання застосування аналогії у кримінальному провадженні обґрунтовано доцільність внесення відповідних змін до ч. 6 ст. 9 КПК України.

6. Вказано, що субсидіарне застосування норм права як спосіб подолання прогалин у нормативному врегулюванні кримінальних процесуальних відносин є застосуванням норм суміжної галузі права, що є схожою за предметом і методом правового регулювання, до фактичних відносин за відсутності суперечності із кримінальним процесуальним правом. Обґрунтовано доцільність розгляду субсидіарного застосування норм права не тільки в якості міжгалузевої аналогії, оскільки воно може використовуватися як при наявності прогалин у законодавстві, так і за їх відсутності. Разом з тим, у сучасній правозастосовній практиці субсидіарне застосування норм права фактично не відбувається через недостатню розробленість цього інституту у теорії та практиці кримінального провадження.

7. Визначено, що у механізмі подолання прогалин у кримінальному процесуальному праві важливе місце посідають рішення Конституційного Суду України і рішення Європейського суду з прав людини, які здійснюють значний вплив не тільки на законність здійснення кримінального провадження, його відповідність засаді верховенства права, а й забезпечують подолання прогалин у кримінальному процесуальному праві.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

1. Забарний М.М. Прогалини у кримінальному процесуальному праві: загальнотеоретичний аспект // Науковий вісник Херсонського державного університету. 2015. Випуск 3. С. 108–111.

2. Забарний М. М. Аналогія закону та аналогія права як способи усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2016. Випуск 5. С. 102–105.

3. Забарний М.М. Зміни до Кримінального процесуального кодексу України: правова необхідність чи суб'єктивна доцільність // Право і суспільство. 2016. Випуск 6. С. 167–173.

4. Забарний М.М. Рішення Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини у механізмі подолання прогалин кримінального процесуального права України // Jurnalul juridic national: teorie si practica. 2016. Nr. 6 (22). P. 97–100.

5. Забарний М.М. Про доцільність використання оціночних понять і термінів у кримінальному процесуальному законі України // Науковий вісник Херсонського державного університету. 2016. Випуск 5. С. 141–144.

6. Забарний М.М. Прогалини у кримінальному процесуальному праві: недолік правової системи? // Держава і право в умовах глобалізації: реалії та перспективи: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Дніпропетровськ, 6–7 лютого 2015 р.). Дніпропетровськ: ГО «Правовий світ», 2015. С. 84–87.

7. Забарний М.М. Судова діяльність як спосіб подолання прогалин у кримінальному процесуальному праві // Інтеграція юридичної наук і практики як основа сталого розвитку вітчизняного законодавства: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Дніпро, 25–26 листопада 2016 р.). Дніпро: Дніпропетровський гуманітарний університет, 2016. С. 223–225.

АНОТАЦІЯ

Забарний М. М. Прогалини у кримінальному процесуальному праві. – *Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.*

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. – Університет державної фіскальної служби України, Ірпінь, 2017.

У дисертації на основі аналізу досліджень вітчизняних і зарубіжних учених, законодавства та практики його застосування, узагальнення емпіричних даних здійснене комплексне вивчення прогалин у кримінальному процесуальному праві.

Розглянуто історію виникнення та розвитку теоретичних уявлень про прогалини як самостійне правове явище. Запропоновано авторське визначення «прогалин у кримінальному процесуальному праві» та визначено причини наявності прогалин у кримінальному процесуальному праві. Висвітлено особливості встановлення прогалин у чинному кримінальному процесуальному праві та їх співвідношення зі схожими правовими явищами. Здійснено класифікацію прогалин у кримінальному процесуальному праві за різними класифікаційними критеріями як загального, так спеціального характеру. Проаналізовано особливості застосування аналогії закону та аналогії права, субсидіарного застосування норм права та використання рішень Конституційного Суду України і Європейського суду з прав людини як способів подолання прогалин у кримінальному процесуальному праві. Визначено роль правотворчості в усуненні прогалин у кримінальному процесуальному праві. За результатами проведених досліджень запропоновано науково обґрунтовані зміни і доповнення до чинного Кримінального процесуального кодексу України.

Ключові слова: кримінальне процесуальне право, кримінальне процесуальне законодавство, прогалини у праві, усунення прогалин, подолання прогалин, аналогія, правотворчість.

АННОТАЦИЯ

Забарный М. М. Пробелы в уголовном процессуальном праве. – Квалификационный научный труд на правах рукописи.

Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.09 – уголовный процесс и криминалистика; судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность. – Университет государственной фискальной службы Украины, Ирпень, 2017.

В диссертации на основе анализа исследований отечественных и зарубежных ученых, законодательства и практики его применения, обобщения эмпирических данных проведено комплексное изучение пробелов в уголовном процессуальном праве.

Рассмотрено историю возникновения и развития теоретических представлений о пробелах как самостоятельном правовом явлении. Выделено существование в мировой юридической мысли двух основных концептуальных подходов к существованию пробелов в праве с точки зрения или теории беспробельности права, или теории пробельности права. Установлено, что для отечественной правовой мысли характерный позитивистский подход к правопониманию, который допускает существование пробелов непосредственно в «теле» закона.

Предложено авторское определение пробела в уголовном процессуальном праве, под которым понимается полное или частичное отсутствие в уголовном процессуальном законе нормативного урегулирования тех фактов и обстоятельств, которые входят в сферу уголовных процессуальных отношений, что возникло из-за неопределенности уголовных процессуальных норм. Проанализированы причины присутствия пробелов в уголовном процессуальном праве, наведена их классификация. С целью устранения причин пробелов в уголовном процессуальном праве определены основные направления оптимизации Уголовного процессуального кодекса Украины.

Рассмотрено особенности установления пробелов в уголовном процессуальном праве, проведено их разграничение с такими правовыми явлениями как «квалифицированное молчание законодателя», «темнота» правовых норм, случаи полной неурегулированности данной сферы общественных отношений. Определено, что толкование как основной и необходимый способ установления пробелов в уголовном процессуальном праве является условием законного и обоснованного применения уголовных процессуальных норм и часто обусловлено использованием оценочных понятий в уголовном процессуальном законе, в связи с чем обоснована необходимость расширения тезаурус ст. 3 УПК Украины, включив в него единственный понятийный ряд, сформированный в соответствующей сфере правового регулирования, что позволит избежать ошибок в правоприменении.

Обобщено классификацию пробелов в уголовном процессуальном праве по ряду как общих, так специфических классификационных критериев, и дополнено следующими выделенными видами, что определяют возможности их дальнейшего преодоления: а) правовой вакуум; б) неполноту уголовной процессуальной нормы. На основе анализа научных работ, обобщения результатов анкетирования

следователей органов предварительного расследования, работников прокуратуры и суда обозначены типичные пробелы (недостатки), допущенные при формулировке уголовных процессуальных норм.

По результатам изучения следственной практики в контексте следующих по характеру пробелов в уголовном процессуальном праве выделено степень нормативного урегулирования особенностей досудебного расследования преступлений, совершенных в условиях военного, чрезвычайного положения или в районе проведения антитеррористической операции. В связи с необходимостью системной дифференциации процессуальной формы данного вида досудебного расследования, приведены направления для ее усовершенствования и устранения пробелов.

Проанализированы особенности применения аналогии закона и аналогии права, субсидиарного применения норм права и использования решений Конституционного Суда Украины и Европейского суда по правам человека как способов преодоления пробелов в уголовном процессуальном праве.

Определено, что под аналогией в уголовном производстве следует понимать способ урегулирования государственными органами и должностными лицами, осуществляющими производство, уголовных процессуальных отношений, которые возникли во время уголовного процессуальной деятельности, но не упорядочены уголовным процессуальным законодательством, путем применения норм, регулирующих подобные уголовные процессуальные отношения, или общих принципов уголовного производства, что способствует оперативному преодолению пробелов, выявленных в процессе правоприменения. Проанализированы стадии процесса применения как аналогии закона, так аналогии права при ликвидации пробелов в уголовном процессуальном праве, акцентировано внимание на большей сложности процесса применения аналогии права по сравнению с аналогией закона, что обусловлено универсальностью общих принципов уголовного производства.

С целью преодоления пробелов в уголовном процессуальном праве обоснована целесообразность рассмотрения субсидиарного применения норм права не только в качестве межотраслевой аналогии, поскольку оно может использоваться как при наличии пробелов в законодательстве, так и в их отсутствие. Указано, что субсидиарное применение норм права как способ преодоления пробелов в нормативном урегулировании уголовных процессуальных отношений, является применением норм смежной отрасли права, что походит по предмету и методу правового регулирования, на фактические отношения при отсутствии противоречия с уголовным процессуальным правом.

Сделан вывод, что в механизме преодоления пробелов в уголовном процессуальном праве решения Конституционного Суда Украины и решения Европейского суда по правам человека не только влияют на соблюдение законности в уголовном производстве, его соответствие принципу верховенства права, а и обеспечивают преодоление пробелов в праве, в частности в уголовном процессуальном.

Определена роль правотворчества в устранении пробелов в уголовном процессуальном праве. Указано на недопустимость ее обусловленности

политическими, ведомственными или другими интересами, кроме обеспечения достижения цели и задач уголовного судопроизводства.

Внесено ряд предложений, направленных на усовершенствование Уголовного процессуального кодекса Украины в части обеспечения преодоления, устранения и предупреждения пробелов в уголовном процессуальном регулировании.

Ключевые слова: уголовное процессуальное право, уголовное процессуальное законодательство, пробелы в праве, устранение пробелов, преодоление пробелов, аналогия, правотворчество.

SUMMARY

Zabarny M. M. Gaps in the criminal procedural law. – *Qualification scientific work as the manuscript.*

The dissertation for obtaining the degree of Candidate of Law Sciences, Specialty 12.00.09 – Criminal Procedure and Criminalistics; Forensic Inquiry; Operational-search Activity. – University of the State Fiscal Service of Ukraine, Irpin, 2017.

In the dissertation a comprehensive study of the gaps in the criminal procedural law was carried out on the basis of analysis of the research conducted by domestic and foreign scientists, legislation and practice of its application, generalization of empirical data.

The history of the appearance and development of theoretical ideas about the gaps as an independent legal phenomenon is also considered in this work. The author's definition of «gaps in criminal procedural law» is offered and the reasons for the presence of gaps in the criminal procedural law are determined. The analysis of the features of the establishment of gaps in the current criminal procedural law and its correlation with similar legal phenomena have been made. The classification of gaps in criminal procedural law has been carried out according to different classification criteria, both general and special nature. The peculiarities of the application of the analogy of lex and the analogy of law, the subsidiary application of the norms of law and the use of decisions of the Constitutional Court of Ukraine and the European Court of Human Rights are analyzed as ways to overcome the gaps in the criminal procedural law. The role of law-making in eliminating gaps of the criminal procedural law is determined.

According to the results of the conducted researches, scientifically substantiated changes and additions to the current Criminal Procedural Code of Ukraine are proposed.

Key words: criminal procedural law, criminal procedural legislation, gaps in the law, elimination of the gaps, overcoming the gaps, analogy, law-making.

Підписано до друку 16.08.2017 р. Формат 60×84/16.

Папір офсетний. Друк офсетний.

Друк. арк. 0,9. Тираж 100 прим.

Замов. № _____

Видрукувано в Університеті державної фіскальної служби України.
08201, Київської обл., м. Ірпінь, вул. Університетська, 31