

УДК 343.13(477)

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313.2019.7.36>**Олександр Маленко,**аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики
Академії адвокатури України

ВІДМЕЖУВАННЯ ЗАОЧНОЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ ВІД СУМІЖНИХ КАТЕГОРІЙ

Наукова стаття присвячена одній із найбільш актуальних проблем сучасної теорії кримінального процесу та правозастосовної практики у сфері кримінального судочинства – застосуванню заочної кримінальної процесуальної форми. Вченим порушена проблема співвідношення кримінального процесуального інституту заочного провадження та кримінального процесуального інституту кримінального провадження без участі підозрюваного та/або обвинуваченого, яка, з огляду на аналіз наукової літератури з проблем кримінального процесу, є надзвичайно дискусійною. У науковій роботі стверджується, що основними доктринальними підходами до відповідного співвідношення є такі: заочне кримінальне провадження є частиною кримінального провадження без участі підозрюваного та/або обвинуваченого; заочне кримінальне провадження повністю включає кримінальне провадження без участі підозрюваного та/або обвинуваченого; заочне кримінальне провадження частково включає кримінальне провадження без участі підозрюваного та/або обвинуваченого (окремі його процесуальні форми); заочне кримінальне провадження та кримінальне провадження без участі підозрюваного та/або обвинуваченого є відмінними правовими категоріями. Зроблено висновок, що сьогодні в науковій юридичній літературі з проблематики кримінального судочинства висловлюються різні міркування з приводу співвідношення кримінального процесуального інституту заочного провадження та кримінального процесуального інституту здійснення кримінального провадження за відсутності обвинуваченого, що свідчить про складність та комплексність досліджуваних правових категорій. На основі вивчення здобутків науки кримінального процесу та їх критичного осмислення, а також аналізу норм КПК України автор стверджує, що відповідні кримінальні процесуальні явища є відмінними, тобто вони не тотожні одне одному, не охоплюють обсягом одне одного, частково не поглинаються та не перетинаються, але їм притаманне використання певного однакового кримінального процесуального інструментарію, що має наслідком спільність їх окремих ознак.

Ключові слова: заочне кримінальне провадження, кримінальна процесуальна форма, обов'язкова присутність обвинуваченого, кримінальне провадження без участі підозрюваного та/або обвинуваченого, відеоконференція.

Постановка проблеми. Питання застосування заочного кримінального провадження, його процесуальної природи, завдань і призначення, місця у системі кримінального судочинства тощо в юридичній науці є надзвичайно дискусійними. За таких обставин виникають труднощі у відмежуванні досліджуваної процесуальної форми від суміжних правових категорій. Тому є потреба у визначенні співвідношення заочного провадження з іншими процесуальними явищами, які містять окремі елементи та/або ознаки, що притаманні їй заочному провадженню, однак є відмінними від нього. Вивчення юридичної літератури свідчить про наявність розбіжностей у розрізненні таких понять, як «заочне кримінальне провадження» та «кримінальне провадження за відсутності підозрюваного (обвинуваченого)», в результаті чого виникає неправильне

розуміння сутності інституту заочного провадження.

Порушена тематика тією або іншою мірою висвітлена в наукових працях таких вчених, як: Є. Г. Бендерська, Г. П. Власова, І. В. Гловюк, Н. В. Ільютченко, О. О. Казаков, О. П. Кучинська, В. Т. Маляренко, Г. В. Матвієвська, Т. Б. Тімко, Л. М. Фатихова Д. М. Шишман, та деяких інших.

Метою статті є теоретичний аналіз основних доктринальних підходів до розмежування таких правових категорій, як «заочне кримінальне провадження» і «кримінальне провадження за відсутності підозрюваного (обвинуваченого)».

Виклад основного матеріалу. На переконання Н. В. Ільютченко, заочне провадження – це лише один із варіантів розгляду кримінального провадження за відсутності

обвинуваченого, а відповідні категорії співвідносяться як часина та ціле. Науковець пропонує таку класифікацію причин відсутності обвинуваченого в кримінальному провадженні: 1) ті, які не залежать від волевиявлення сторін кримінального провадження та розсуду суду (смерть обвинуваченого, неналежне повідомлення обвинуваченого про час та місце судового розгляду кримінального провадження); 2) ті, які залежать від волевиявлення сторін кримінального провадження та розсуду суду (допит обвинуваченого за відсутності іншого обвинуваченого, допит неповнолітніх потерпілого та свідка, видалення неповнолітнього обвинуваченого із зали судового засідання на час дослідження обставин, які можуть негативно вплинути на нього, що реалізується або за клопотанням сторони кримінального провадження, або за ініціативою суду); 3) ті, які залежать від розсуду суду (видалення обвинуваченого із зали судового засідання у зв'язку з порушенням ним порядку ведення судового засідання); 4) ті, які залежать від волевиявлення обвинуваченого (проведення судового розгляду кримінального провадження за відсутності обвинуваченого за його клопотанням щодо кримінальних правопорушень невеликої та середньої тяжкості, проведення судового розгляду в кримінальних провадженнях щодо тяжких та особливо тяжких кримінальних правопорушень у зв'язку з умисним ігноруванням обвинуваченим судового розгляду. Головними критеріями для відмежування досліджуваних правових інститутів є: 1) причини неявки в судове засідання обвинуваченого; 2) надання законом особі, щодо якої здійснювалося заочне кримінальне провадження, права на здійснення нового, очного, кримінального провадження [1, с. 234]. Аналогічної позиції дотримується й К.Г. Бендерська [2, с. 9]. За такого підходу заочна процесуальна форма повністю охоплюється інститутом розгляду кримінального провадження за відсутності обвинуваченого і є лише одним із випадків відсутності обвинуваченого в кримінальному процесі. З наведеним складно погодитися, оскільки наявність лише одного критерію не дає можливості повною мірою визначити місце та роль заочного судочинства серед інших процесуальних інститутів. За таких обставин беруться до уваги тільки причини відсутності обвинуваченого під час судового розгляду, однак не враховуються такі аспекти, як: стадії кримінального провадження, можливість обвинуваченого належним чином користуватися своїми процесуальними правами та виконувати процесуальні обов'язки, наявність у обвинуваченого можливості бути присутнім

під час оголошення вироку та оскаржити його в загальному порядку тощо.

Іншої думки дотримується Л. М. Фатихова, яка вважає, що провадження за відсутності обвинуваченого є частиною інституту заочного кримінального провадження, й наголошує на тому, що відповідні поняття співвідносяться як частина та ціле. Такі міркування вченої пояснюються тим, що вона розглядає заочне провадження як таке, що має місце за відсутності не тільки підозрюваного або обвинуваченого, але й інших учасників кримінального провадження: захисника, потерпілого, цивільного позивача тощо. За таких обставин відсутність обвинуваченого як тимчасово (наприклад, у разі видалення із залу судового засідання), так і постійно (провадження з метою реабілітації померлого) є складниками заочного кримінального провадження [3, с. 12-13]. Така позиція є помилковою з огляду на те, що заочне провадження стосується виключно таких учасників кримінального провадження, як підозрюваний та/або обвинувачений. Тобто щодо всіх інших суб'єктів – прокурора, потерпілого, захисника, свідка, перекладача тощо – не може застосовуватися заочне кримінальне провадження, адже у разі їх неявки на виклик слідчого, прокурора, слідчого судді, суду законодавець встановив особливий механізм процесуального впливу на таких осіб. Крім того, провадження за відсутності підозрюваного та/або обвинуваченого та заочне провадження мають різні характерні ознаки, підстави й умови застосування, призначення та функції, що свідчить про їхню самостійність як правових категорій й виключає можливість охоплення одне одним.

О. О. Казаков вважає, що заочне кримінальне провадження охоплює кілька видів провадження за відсутності обвинуваченого, а саме: 1) судовий розгляд за відсутності обвинуваченого у кримінальних провадженнях щодо розгляду тяжких та особливо тяжких кримінальних правопорушень; 2) судовий розгляд кримінальних проваджень щодо кримінальних правопорушень невеликої та середньої тяжкості; 3) судовий розгляд кримінального провадження щодо померлої особи; 4) судовий розгляд за відсутності обвинуваченого, якого видалено із залу судового засідання у зв'язку з порушенням порядку його ведення. Для відповідних кримінальних проваджень характерний відступ від основних принципів та умов судочинства, що об'єктивно зумовлено відсутністю обвинуваченого в залі судового засідання [4, с. 82-86]. Наведені міркування свідчать про наявність досить «широкого» розуміння сутності заочного судочинства, в результаті чого до його

обсягу включаються інші кримінальні процесуальні інститути. Однак навряд чи такий критерій, як відступ від засад кримінального судочинства, може бути об'єднуючим для відповідних форм кримінального провадження, оскільки зміна моделі кримінального провадження здійснюється за відмінних обставин. Наприклад, кримінальне провадження щодо реабілітації померлого здійснюється з дотриманням усіх принципів кримінального судочинства, однак без самого обвинуваченого, який помер. Вказане свідчить про односторонній підхід до проведення відповідної класифікації, а як наслідок, і суб'єктивного розуміння співвідношення заочного провадження та провадження за відсутності підозрюваного та/або обвинуваченого.

Д. М. Шишман вказує, що КПК України передбачає ряд процедур, які є різновидом заочного провадження у зв'язку з фізичною відсутністю особи під час проведення тих чи інших процесуальних дій. До них пропонує відносити: 1) судові провадження без участі обвинуваченого у зв'язку з його видаленням із залу судового засідання тимчасово або на весь час судового розгляду (ст. 330 КПК України); 2) проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження (ст. 336 КПК України); 3) кримінальне провадження щодо померлого засудженого в інтересах його реабілітації (ч. 5 ст. 447 КПК України); 4) кримінальне провадження щодо кримінальних проступків; 5) спеціальне досудове розслідування (ст. 297¹ КПК України); 6) спеціальне судові провадження (ст. 323 КПК України) [5, с. 124]. Зазначений вчений також дотримується «широкого» розуміння концепції заочного кримінального провадження та пропонує включати до нього певні суміжні кримінальні процесуальні явища. Істотним недоліком запропонованого підходу є те, що не наводиться критерій, за яким пропонується визначати такі підвиди заочного кримінального провадження, що в цілому зводить нанівець можливість належного обґрунтування необхідності включення до досліджуваної правової категорії окремих елементів кримінального провадження за відсутності обвинуваченого.

О. Б. Тімко зазначає, що такі випадки відсутності обвинуваченого під час кримінального провадження, як: 1) видалення обвинуваченого із залу судового засідання за порушення порядку; 2) допит обвинуваченого за відсутності іншого обвинуваченого; 3) допит потерпілих та свідків, які не досягли повноліття, за відсутності обвинуваченого; 4) видалення неповнолітнього обвинуваченого із залу судового засідання на час

дослідження обставин, які можуть на нього негативно вплинути, – тобто деякі випадки здійснення кримінального провадження за відсутності обвинуваченого не можна віднести до заочного провадження, оскільки: по-перше, відсутність обвинуваченого має тимчасовий характер; по-друге, має місце розгляд кримінального провадження по суті в загальному порядку, без особливостей, які характерні для заочної кримінальної процесуальної форми; по-третє, тимчасово відсутній обвинувачений не позбавлений можливості особисто брати участь в реалізації процесуальних прав, якими він наділений [6, с. 172-174]. Така позиція заслуговує на увагу, адже, справді, такі категорії, як заочне провадження та провадження за відсутності підозрюваного та/або обвинуваченого, не є тотожними, оскільки мають істотні відмінні характерні ознаки.

Аналіз норм КПК України та наукової юридичної літератури дає підстави говорити про необхідність проведення розмежування заочної кримінальної процесуальної форми та таких правових категорій.

1. Спрошене провадження щодо кримінальних проступків (ст. 298-302 та ст. 381-382 КПК України). На переконання Р. Н. Гасанова, характерними ознаками провадження щодо кримінальних проступків є: 1) особливе коло суб'єктів, які можуть здійснювати дізнання; 2) самостійна процедура проведення досудового розслідування кримінальних проступків (дізнання); 3) скорочені строки досудового розслідування кримінальних проступків (строк здійснення дізнання); 4) обмежене застосування запобіжних заходів під час здійснення досудового розслідування кримінальних проступків (дізнання); 5) обмежене застосування слідчих (розшукових) дій під час здійснення досудового розслідування кримінальних проступків (дізнання); 6) особливості закінчення досудового розслідування кримінальних проступків (дізнання); 7) можливість розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні у кримінальних провадженнях щодо кримінальних проступків [7, с. 47-50]. Дослідження правової природи інститутів провадження щодо кримінальних проступків та заочного провадження дає усі підстави стверджувати, що вони є відмінними процесуальними явищами. Критеріями, які дозволяють розмежувати відповідні правові категорії, є: мета, завдання, підстави, умови та специфічні ознаки процесуальних форм кримінального судочинства.

2. Судовий розгляд кримінального провадження без участі обвинуваченого у зв'язку з його видаленням із залу судового

засідання тимчасово або на весь час судового розгляду (ст. 330 КПК України). Аналіз положень КПК України дає можливість визначити такі риси, притаманні судовому розгляду провадження без участі обвинуваченого у зв'язку з його видаленням із залу судового засідання тимчасово або на весь час судового розгляду: 1) має місце на стадії судового провадження; 2) застосовується за ухвалою суду; 3) має диспозитивний характер (суд не зобов'язаний видаляти обвинуваченого, однак наділений відповідним процесуальним правом); 4) підставами для видалення обвинуваченого є порушення порядку в залі судового засідання або невідкорення розпорядженням головуєчого у судовому засіданні; 5) може мати тимчасовий або постійний характер (на весь час судового розгляду кримінального провадження); 6) якщо обвинувачений не представлений на стадії судового провадження захисником, після його видалення із залу судового засідання суд зобов'язаний залучити захисника та у разі потреби відкласти судовий розгляд на строк, який необхідний для підготовки до захисту. З наведеного вбачається, що інститут заочного провадження та інститут судового розгляду провадження без участі обвинуваченого у зв'язку з його видаленням із залу судового засідання тимчасово або на весь час судового розгляду не є тотожними правовими категоріями, не охоплюють обсягом одне одного та не збігаються частково. Але їм притаманні окремі спільні елементи (обов'язкова участь захисника, фізична відсутність обвинуваченого під час кримінального провадження тощо).

3. Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження (ст. 336 КПК України). На думку В. Т. Маляренка, дистанційне провадження як модель кримінального провадження, безперечно, є своєрідною специфічною формою участі в судочинстві, й за багатьма параметрами вона, безумовно, належить до різновиду заочної форми [8, с. 389]. В юридичній літературі наявні й інші міркування щодо співвідношення заочного провадження та дистанційного провадження. Так, О. П. Кучинська та І. В. Черниченко вказують, що етапи впровадження, правова регламентація процедури та підстави здійснення спеціального досудового розслідування, судового провадження (*in absentia*) і відеоконференції є різними, що свідчить про їх відмінність. Це пояснюється таким: 1) спеціальне досудове розслідування та судове провадження здійснюються за відсутності підозрюваного чи обвинуваченого, тоді як у разі застосування відеоконференції особа хоча

і не присутня безпосередньо (особисто) під час проведення процесуальної дії, але бере участь у ній за допомогою технічних засобів; 2) сфера застосування відеоконференції значно ширша, оскільки не тільки підозрюваний чи обвинувачений, а й інший учасник процесуальної дії може брати участь у провадженні дистанційно; 3) спеціальне досудове розслідування та судове провадження можливе тільки щодо злочинів, вичерпний перелік яких визначений КПК України, водночас така заборона щодо застосування відеоконференції відсутня; 4) з клопотанням про здійснення спеціального досудового розслідування до слідчого судді має право звернутися прокурор або слідчий за погодженням із прокурором, а про здійснення спеціального судового провадження – прокурор; щодо відеоконференції, то рішення про її застосування під час досудового розслідування приймається слідчим, прокурором у формі постанови або слідчим суддею у формі ухвали, а під час судового провадження – судом у формі ухвали, з власної ініціативи або за клопотанням сторони кримінального провадження чи інших учасників кримінального провадження; 5) участь захисника у спеціальному досудовому розслідуванні та судовому провадженні є обов'язковою, а у разі застосування відеоконференції така вимога відсутня; 6) у разі застосування відеоконференції більше забезпечується реалізація засади безпосередності дослідження показань, речей і документів, змагальності сторін та свободи у поданні ними своїх доказів та в доведенні перед судом їх переконливості; 7) у разі відеоконференції діє загальний порядок щодо виклику особи у кримінальному провадженні, водночас у спеціальному досудовому розслідуванні та судовому провадженні діють спеціальні правила [9, с. 48]. Вважаємо, що інститут заочного кримінального провадження та інститут дистанційного провадження не є тотожними категоріями, не перетинаються частково і не охоплюють обсягом одне одного, однак їм обом притаманне використання певних спільних елементів, але це не є підтвердженням їхньої спільності або подібності.

4. Кримінальне провадження щодо реабілітації померлої особи.

Вивчення чинного кримінального процесуального закону України дає можливість стверджувати, що кримінальне провадження щодо реабілітації померлої особи характеризується такими ознаками: 1) може мати місце як на стадії досудового розслідування, так і на стадії судового провадження; 2) виникає з моменту ініціювання заявником питання про необхідність здійснення кримінального

провадження з метою реабілітації померлого; 3) зумовлено смертю підозрюваного або обвинуваченого; 4) відсутній перелік підстав для ініціювання питання про необхідність кримінального провадження з метою реабілітації померлого підозрюваного або обвинуваченого; 5) відсутній перелік суб'єктів, які можуть ініціювати здійснення кримінального провадження з метою реабілітації померлого підозрюваного або обвинуваченого; 6) здійснюється за обов'язкової участі захисника; 7) під час його здійснення фізично (безпосередньо) відсутній підозрюваний або обвинувачений у зв'язку з біологічною смертю або рішенням суду про визнання особи померлою. Отже, можна дійти переконливого висновку, що інститут заочного провадження та інститут провадження щодо реабілітації померлої особи є різними категоріями.

5. Тимчасове видалення неповнолітнього обвинуваченого із залу судового засідання (ст. 495 КПК України). Ретельне вивчення та осмислення норм КПК України свідчить, що тимчасове видалення неповнолітнього обвинуваченого із залу судового засідання характеризується таким ознаками: 1) застосовується на стадії судового провадження; 2) має тимчасовий характер; 3) здійснюється щодо неповнолітнього обвинуваченого; 3) підставою для його застосування є наявність обставин, що можуть негативно вплинути на неповнолітнього обвинуваченого; 5) суб'єктами його ініціювання є суд, прокурор, захисник або ж законний представник неповнолітнього обвинуваченого. Головною відмінною рисою, яка дозволяє чітко розмежувати заочне провадження й тимчасове видалення неповнолітнього обвинуваченого із залу судового засідання, є вік обвинуваченого, оскільки в доктрині є обґрунтованим та не викликає будь-яких заперечень твердження про те, що заочна процесуальна форма не може бути застосована до осіб, які не досягли вісімнадцяти років.

Висновки

Вивчення здобутків науки кримінального процесу та їх критичне осмислення, а також аналіз норм КПК України дає під-

стави стверджувати, що інститут заочного провадження та інститут провадження за відсутності обвинуваченого є відмінними явищами, тобто вони не тотожні одне одному, не охоплюють обсягом одне одного, частково не поглинаються та не перетинаються, але їм притаманне використання певного однакового кримінального процесуального інструментарію, що має наслідком спільність їхніх окремих ознак.

Список використаних джерел:

1. Ильютченко Н.В. Судебное разбирательство в отсутствие подсудимого и заочное рассмотрение уголовных дел: соотношение понятий. *Актуальные проблемы уголовного процесса и криминалистики России и стран СНГ* : материалы международной научно-практической конференции, посвященной 80-летию со дня рождения Ю.Д. Лившица. Челябинск: изд-во ЮУрГУ, 2009. С. 233-236.
2. Бендерская Е.Г. Рассмотрение уголовного дела в отсутствие подсудимого : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2010. 30 с.
3. Фатыхова Л.М. Особенности рассмотрения уголовных дел о тяжких и особо тяжких преступлениях в отсутствие подсудимого : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Уфа, 2010. 22 с.
4. Казаков А.А. Заочное судебное разбирательство уголовных дел : дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Екатеринбург, 2009. 280 с.
5. Шишман Д.М. Спеціальне досудове розслідування та спеціальне судове провадження (in absentia) як різновид заочного кримінального провадження. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2017. Вип. 6. Т. 2. С. 123-126.
6. Тимко О.Б. Понятие заочного производства в уголовном процессе. *Правовые проблемы укрепления российской государственности* : сборник. Томск, 2011. С. 170-175.
7. Гасанов Р.Н. Дізнання як форма досудового розслідування. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2016. № 1. С. 47-51.
8. Маляренко В.Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів : монографія. Київ: Юрінком Інтер. 2005. 512 с.
9. Кучинська О., Черниченко І. Спеціальне досудове розслідування і судове провадження (in absentia) та відеоконференція: порівняльний аналіз. *Право України*. 2015. № 7. С. 43-50.

The scientific article is devoted to one of the most actual problems of the modern theory of criminal procedure and law enforcement practice in the field of criminal justice – the application of the criminal procedural form in absentia. The problem of the correlation between the criminal procedure institute of proceedings in absentia and the criminal procedural institute of criminal proceedings, without the involvement of the suspect and/or the accused, which, given the analysis of scientific literature on the criminal process, is extremely debatable, has been raised by the scholar. It is argued in the scientific paper that the main doctrinal approaches to the correlation are: the criminal proceedings in absentia are part of the criminal proceedings without the participation of the suspect and/or the accused; criminal proceedings in absentia completely involve criminal proceedings without the participation of a suspect and/or accused person; part-time criminal proceedings in

absentia partially include criminal proceedings without the participation of a suspect and/or accused (certain of its procedural forms); criminal proceedings in absentia and criminal proceedings without the participation of a suspect and/or accused are distinct legal categories. It is concluded that today in the scientific legal literature on the issues of criminal justice various arguments are expressed regarding the correlation of the criminal procedural institute of proceedings in absentia and the criminal procedural institute to conduct criminal proceedings in the absence of the accused, which testifies to the complexity and complexity of the studied legal categories. On the basis of the study of the scientific achievements of the criminal process and their critical reflection, as well as the analysis of the norms of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the author claims that the relevant criminal procedural phenomena are different, that is, they are not identical to one another, are not covered by each other, are not partially absorbed or intersected, but for them it is inherent in the use of certain identical criminal procedural tools, which results in the commonality of their individual attributes.

Key words: criminal proceedings in absentia, criminal procedural form, compulsory appearance of the accused, criminal proceedings, without the involvement of the suspect and/or the accused, videoconference.