

Попелюшко В. О. Альтернативи заочному провадженню (in absentia): на досвіді Німеччини / В. О. Попелюшко // Вісник Академії адвокатури України. Том 12 число 2(33). – 2015. – С. 138-144.

УДК 343.13

Попелюшко Василь Олександрович

Попелюшко Василий Александрович

Popeliushko Vasil' Oleksandrovych

Національний університет «Острозька академія»

Национальный университет «Острожская академия»

The National University of Ostroh Academy

Доктор юридичних наук, професор, директор Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

Доктор юридических наук, профессор, директор Института права им. И. Малиновского Национального университета «Острожская академия».

Vasyl O. Popeliushko, Doctor of Legal Science, Professor, Director of I. Malynovskyi Institute of Law of the National University of Ostroh Academy

**АЛЬТЕРНАТИВИ ЗАОЧНОМУ ПРОВАДЖЕННЮ (IN ABSENTIA): НА ДОСВІДІ НІМЕЧЧИНИ**

**АЛЬТЕРНАТИВЫ ЗАОЧНОМУ ПРОИЗВОДСТВУ (IN ABSENTIA): НА ОПЫТЕ ГЕРМАНИИ**

**THE ALTERNATIVES TO PROCEEDING BY DEFAULT (IN ABSENTIA): BASED ON THE EXPERIENCE OF GERMANY**

**Резюме.** Проаналізовано положення кримінального процесуального права Німеччини щодо провадження стосовно відсутніх осіб як альтернативи провадженню in absentia.

**Резюме.** Проанализировано положения уголовно-процессуального права Германии относительно производства об отсутствующих лицах как альтернатива производству *in absentia*.

**Abstrakt:** The genesis of proceeding by default in the criminal justice of Germany which originates from Ancient Rome, its imperial period, is demonstrated in the article. The tendency of a negative attitude of German criminal procedural law to proceeding in *absentia* is shown.

The effective criminal procedural law of Germany knows two types of criminal proceeding by default. The first type, which has seven kinds, refers to minor offences, the punishment for which does not provide for the loss of liberty and where the defendant does not evade justice. The second type refers to all criminal indictable offences, including felony and treason, and is applied to the individuals who evade investigation and justice, and whose location is unknown.

Such type of proceeding is called 'proceeding concerning absentees'. Its tasks are to provide evidence and encourage an absent defendant to appear in court by temporary seizure of his/her property, and to apply such incentive as a guarantee of immunity, mainly by ensuring that preliminary imprisonment will not be applied to an absentee as a preventive measure.

During such proceeding a charge (case) is not being heard on the merits. The question of guilt or innocence of an absent defendant is not raised, so the infringement of procedural rights vested on the defendant during the main court hearing is excluded.

The proceeding concerning absentees according to the Criminal Procedural Code of Germany is an alternative to proceeding by default (*in absentia*) in that way as it is applied in some states of the world, including Ukraine. Such proceeding showed itself from the positive side as an effective legal mechanism of ensuring that an absent defendant will appear in court. So we should borrow the experience of Germany in this matter.

**Ключові слова:** Німеччина, заочне провадження, провадження стосовно відсутніх осіб.

**Ключевые слова:** Германия, заочное производство, производство относительно отсутствующих лиц.

**Key words:** Germany, proceeding by default, proceeding concerning absentees.

Інститут кримінального провадження у відсутності обвинуваченого (in absentia) на землях Німеччини був запозичений із процесуального права Древнього Риму.

В Римі часів республіки кожному громадянину належало право звільнитися від покарання добровільним залишенням батьківщини. У таких випадках суд визначав aquae et ignis interdicto (заборону користуватися водою і вогнем). В імператорську епоху право добровільного залишення зникає, неявка до суду стає розглядатися як непокоря владі, суд видає проти непокірного едикт про виклик, майно його піддається забороні, яка призводить до конфіскації, якщо неявка затягувалася на тривалий час. Якщо підсудний опісля з'являвся, то про його винуватість відкривався процес по суті, конфіскація ж залишилася в силі. Але у справах маловажливих поступово запроваджується заочне провадження по суті.

Древнє німецьке право запозичило із римського імператорського права норму щодо явки до суду, визнавши явку безумовним громадянським обов'язком, при порушенні якого наступало безправ'я. Вимагалось лише дотримання формальних умов виклику – його трикратності, з вказівкою імені того, кого викликали, назви злочину, здійснення виклику в публічному місці і особистого очікування обвинувачем викликаного на цьому місці упродовж трьох днів до заходу сонця. Якщо при виконанні цих умов обвинувачений на виклик не з'являвся, то обвинувачу видавалася королівська грамота, майно обвинуваченого конфісковувалося, а сам він оголошувався безправним. Особливого оскарження такого вироку про безправ'я не допускалося, але

протягом певного строку (рік і день) оголошений безправним міг особисто з'явитися в суд, і тоді справа щодо нього розглядалась по суті. Якщо ж у цей строк він не з'являвся, то вважався таким, що зізнався, суд оголошував його засудженим і вирок передавався королю [1, 489-490].

В XIV-XV ст.ст. заочне провадження практикувалося в Німеччині й в т. з. «фемічних судах» (Femgericht). Якщо обвинувачений ухилявся від отримання повістки явитися в суд, вона прибивалася до дверей його житла або до дверей церкви. При його неявці вирок міг бути постановлений заочно [2, 269].

За часів чинності Кароліни (1532 р.), як плоду переробленого італійськими глосаторами і коментаторами юстиніанівського процесуального права, правила заочного провадження пом'якшуються. Кароліна уже надає заочно засудженому право з'явитися в суд з доказами своєї невинуватості у будь-який час, а конфіскацію замінює на віддачу майна його найближчим спадкоємцям [1, 491].

Ця тенденція негативного ставлення німецького права до заочного провадження проявляє себе і в подальшій його історії. Імперський КПК Німеччини 1877 р. в його первісній редакції допускав заочне провадження лише у маловажливих справах, у яких покарання зводилося до грошових стягнень. Правда, за часів фашистського режиму сфера заочного провадження була розширена, зокрема, з прийняттям закону «Про звичних злочинців» (1933 р.), яким вперше було запроваджено провадження про заходи безпеки і який широко використовувався у фашистській Німеччині, в тому числі через заочний судовий розгляд, для терористичної розправи з противниками нацистського режиму [3, 113].

КПК ФРН в чинній нині редакції за загальним правилом визнає участь підсудного в судовому засіданні обов'язковою. Вважається, що особиста його присутність сприяє формуванню у суду безпосереднього враження від особи підсудного, його виступу, заяв, а також служить дослідженню істинних обставин справи [5, 220]. Порушення даної вимоги є абсолютною підставою касаційного оскарження вироку [4, 101].

Проти відсутнього підсудного, зазначається у § 230 КПК ФРН, основний судовий розгляд не проводиться. Якщо неявка підсудного не викликана поважними причинами, стосовно нього приймається рішення про привід або виноситься постанова про арешт [6]. Суд завжди вправі розпорядитися про особисту явку підсудного та примусити його до явки шляхом винесення постанови про привід або постанови про попереднє ув'язнення (§ 236 КПК ФРН).

Підсудний, що з'явився, не має права покидати судовий розгляд. Головуючий може застосувати необхідні заходи, щоб попередити відлучення підсудного; на час перерви судового розгляду він може також розпорядитися про тримання підсудного під вартою (§ 231 абз. 1 КПК ФРН).

Закон передбачає декілька різновидів основного судового розгляду *in absentia*: 1) у випадках, коли підсудний покидає судовий розгляд або не з'являється на продовження відкладеного основного судового розгляду (§ 231 абз. 2 КПК ФРН); 2) коли підсудний навмисно вводить себе в стан процесуальної недієздатності і таким чином навмисно перешкоджає належному проведенню чи продовженню судового розгляду в його присутності, при умові, що він ще не був допитаний по суті обвинувачення, хоча після відкриття основного судового розгляду мав таку можливість (§ 231a КПК ФРН); 3) у випадку видалення підсудного із зали судового засідання у попереднє ув'язнення із-за неналежної його поведінки (§ 177 Закону про судову систему, § 131b КПК ФРН); 4) у разі необхідності забезпечення інтересів правосуддя через врахування інтересів інших підсудних, свідків, а також інтересів самого підсудного при допиті даних осіб (§ 247 КПК ФРН); 5) у випадку звільнення підсудного за його клопотанням від явки на основний судовий розгляд (§ 233 КПК ФРН); 6) коли основний судовий розгляд проводиться стосовно декількох підсудних, але окремі судові засідання не стосуються того чи іншого підсудного (§ 231c КПК ФРН); 7) у разі використання підсудним права брати участь в основному судовому розгляді (§ 232 КПК ФРН).

В усіх наведених випадках заочного судового розгляду в тому обсязі, в якому основний судовий розгляд може проводитися у відсутності підсудного, він вправі доручити своє представництво в суді захиснику, видавши йому для цього письмове доручення, а якщо захисник у нього є – дати на це згоду. Якщо ж захист здійснювався за призначенням, згоди на це підсудного не вимагається (§§ 234, 234а КПК ФРН).

Наведений перелік різновидів заочного провадження в кримінальному судочинстві ФРН є виключним. Усі вони, по-перше, стосуються загалом проваджень у справах щодо діянь невеликого ступеня суспільної небезпеки, здебільшого кримінальних проступків (§ 12 КК ФРН), і очікуване покарання у яких не пов'язане з позбавлення волі, а по-друге, в усіх випадках такого заочного провадження підсудний є, він умисно не ухиляється від суду і у будь-який момент може бути викликаний чи допущений судом до основного судового розгляду.

При цьому слід мати на увазі, що в кримінальному процесі Німеччини мають місце ще два види кримінальних проваджень, які допускають можливість основного судового розгляду у відсутність підсудного: сумарне провадження щодо кримінальних проступків (§§ 407-412 КПК ФРН) і т. з. пришвидшене провадження (§§ 417-420 КПК ФРН), які традиційно не відносяться до проваджень *in absentia*.

В усіх інших справах і в усіх інших випадках, а саме, коли обвинувачений (підсудний) ухиляється від слідства чи суду перебуванням за кордоном, незалежно від того, вирішується чи не вирішується питання про його видачу іноземною державою, а також у справах, у яких місце перебування його невідоме, провадження *in absentia* законом не передбачене. Такі випадки у німецькому праві розглядаються як тимчасові переборні процесуальні перешкоди, для подолання яких в КПК ФРН передбачене окреме провадження як альтернатива *in absentia*, зокрема, «спеціальному досудовому розслідуванню» та «спеціальному судовому провадженню» по-українськи (глава 24<sup>1</sup> ст. 323 КПК України) – «провадження стосовно відсутніх осіб»

(книга друга, розділ VIII, §§ 276-295 КПК ФРН). Воно здійснюється відносно окремо від основного судового провадження. Його завданням закон називає забезпечення доказів на випадок майбутньої явки відсутнього обвинуваченого (§ 285 КПК ФРН). Проте із закону витікає й інше завдання, а саме, спонукання обвинуваченого до явки в суд шляхом, з одного боку, тимчасової конфіскації його майна (§§ 290-293 КПК ФРН), а з іншого боку, шляхом застосування заохочувального заходу у вигляді гарантії недоторканності (§ 295 КПК ФРН).

Закон дає визначення тимчасово відсутньої особи. Обвинувачений вважається відсутнім, якщо місце його перебування невідоме або якщо він перебуває за кордоном і його доставка в суд, якому підсудний розгляд його справи, є нездійсненою або несумірною (§ 276 КПК ФРН). За відсутнього обвинуваченого (підсудного) у таких випадках може діяти захисник, а його родичі допускаються в якості представників навіть без доручення (§ 286 КПК ФРН).

На стадії досудового розслідування до пред'явлення публічного обвинувачення, яким є момент передачі прокуратурою обвинувального висновку до суду (§ 170 абз. 1 КПК ФРН), у разі відсутності обвинуваченого з вищенаведених причин прокуратурі надано право тимчасово закрити провадження, але лише після того, як фактичні обставини справи досліджені, наскільки це можливо, і докази процесуально забезпечені, наскільки це необхідно (§ 154f КПК ФРН).

Після пред'явлення публічного обвинувачення суд *ex officio* зобов'язаний перевірити наявність процесуальних передумов процесу. У випадку встановлення тимчасової процесуальної перешкоди, якою є відсутність обвинуваченого з указаних вище причин, суд вправі на підставі § 205 КПК ФРН прийняти рішення про тимчасове закриття (призупинення) судового розгляду.

При цьому, якщо місце перебування обвинуваченого відоме, суддя суду, якому підсудна справа, відкриває «провадження стосовно відсутньої особи»,

надсилає відсутньому відповідне сповіщення про хід судочинства, проти якого обвинувачений пред'являти претензій не вправі (§ 287 КПК ФРН). Якщо ж проти відсутнього порушено публічне обвинувачення, а місце перебування його невідоме, суддя, відкривши відповідне провадження, здійснює так звану вимогу явки шляхом сповіщення в одному або кількох публічних засобах масової інформації (в газетах, по радіо, телебаченню, або навіть шляхом спроби вступити в контакт з відсутнім через інші придатні для цього засоби [7, 286]) з вимогою з'явитися в суд або вказати місце свого перебування (§ 288 КПК ФРН).

Коли ж відсутність підсудного з'ясовується лише після відкриття основного судового провадження, суд приймає рішення про його призупинення (§ 205 КПК ФРН), але з метою процесуального забезпечення доказів, через уповноваженого суддю суду, що проводить судовий розгляд, або за його запитом через уповноваженого суддю іншого суду (одночасно з порушенням «провадження стосовно відсутньої особи»), здійснює їх необхідне дослідження (§ 289 КПК ФРН, § 157 Закону про судову систему).

В усіх випадках, за винятком тих, коли за поставлене у вину відсутній особі злочинне діяння передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк до шести місяців або грошовий штраф розміром до ста вісімдесяти денних ставок, якщо проти відсутнього обвинуваченого існують підозри, які виправдовували б винесення постанови про переднє ув'язнення, постановою (ухвалою) суду може бути призначена тимчасова конфіскація його майна, що знаходиться в сфері дії КПК ФРН (§ 290 КПК).

Метою тимчасової конфіскації майна є примушення відсутнього обвинуваченого до явки в суд шляхом вилучення у нього майна та фінансових засобів і забезпечення таким чином основного судового розгляду. Цей захід може бути застосований незалежно від можливості видачі обвинуваченого іноземною державою чи відмови обвинуваченого від повернення в Німеччину навіть у разі втрати майна. Однак вона не може бути застосована, якщо забезпечення присутності обвинуваченого не може бути



досягнуто шляхом застосування даного заходу. Прикладом цьому може бути відсутність із-за незалежних від обвинуваченого причин (хвороби, утримання проти його волі тощо). Мета даного заходу не може бути досягнута також, якщо вартість майна настільки незначна, що його конфіскація не може спонукати обвинуваченого до явки [7, 287].

Постанова (ухвала) про тимчасову конфіскацію майна обнародується у Федеральному віснику та, на розсуд суду, публікується іншим належним способом. З моменту першого обнародування в Федеральному віснику обвинувачений втрачає право розпоряджатися конфіскованим майном шляхом укладення угод (§§ 291, 292 абз.1 КПК ФРН).

Постанова (ухвала) про призначення тимчасової конфіскації майна доводиться до відома того відомства, якому підвідомча установа піклування над вилученим майном присутніх осіб. Це відомство й встановлює піклування над тимчасово конфіскованим майном (§ 292 абз. 2 КПК ФРН).

Тимчасова конфіскація скасовується, коли підстави для неї перестають існувати. Скасування обнародується у той же спосіб, що й застосування. При цьому робиться розпорядження про видалення постанови (ухвали) з Федерального вісника (§ 293 КПК ФРН).

Окрім спеціальної конфіскації майна в межах провадження стосовно відсутніх осіб суд згідно з § 295 КПК має право видати відсутньому обвинуваченому письмову гарантію недоторканності, яка може пов'язуватися з виконанням певних умов. Така гарантія забезпечує звільнення від попереднього ув'язнення як запобіжного заходу, однак лише стосовно того злочинного діяння, у зв'язку з яким вона була надана. Гарантія втрачає свою дію у разі винесення обвинувального вироку з призначенням покарання у виді позбавлення волі або якщо обвинувачений вчиняє приготування до втечі або якщо він не виконує умов, від виконання яких залежало надання йому гарантії недоторканності [8, 442].

Отже, заочне провадження в кримінальному процесі Німеччини має місце лише щодо діянь невеликого ступеня суспільної небезпеки і тільки щодо

підсудних, які не ухиляються від суду. На відміну від деяких інших держав, до яких належить й Україна, щодо інших кримінально караних діянь, включаючи тяжкі й особливо тяжкі, альтернативою провадження *in absentia* тут є спеціальне провадження стосовно обвинувачених (підсудних), які ухиляються від явки до слідства і суду та місцезнаходження яких невідоме. Воно не є провадженням по суті обвинувачення (справи) і жодним чином не зачіпає питань про винуватість чи невинуватість обвинуваченого (підсудного), а являє собою дієвий правовий механізм забезпечення явки відсутнього до суду та забезпечення доказів для суду у випадку явки. Оскільки таке провадження виключає саму можливість порушення процесуальних прав, якими обвинувачений (підсудний) наділений в основному судовому розгляді, цим, як на мене, позитивним досвідом Німеччини варто було б скористатися.

### **Список літератури:**

1. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. II. – Санкт-Петербург.: «Альфа», 1996.
2. Чельцов-Бебутов М. А. Курс уголовно-процессуального права: очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. – Санкт-Петербург., 1995.
3. Филлимонов Б. А. Уголовный процесс ФРГ. – М., 1974.
4. Габриэлэ Розэ. Введение в немецкое уголовно-процессуальное право: Учебное пособие / Научный перевод: Анна Килина, Юлия Степанова. – Красноярск, 2001.
5. Бойльке Вернер. Уголовно-процессуальное право ФРГ: Учебник. 6-е изд., с доп. и изм. / Вернер Бойльке; пер. с нем. Я. М. Плошкиной; под ред. А. В. Майоровой. – Красноярск, 2004.
6. Strafprozeßordnung (StPO) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>

7. Павел Головенков / Наталья Спица. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия – Strafprozessordnung (StPO) – научно-практический комментарий и перевод текста закона со вступительной статьей профессора Уве Хельманна «Введение в уголовно-процессуальное право ФРГ». – Universitätsverlag Postdam, 2012.

8. Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А. Уголовный процесс западных государств. – ИКД «Зерцало-М», 2001.