

FIKCIJOS BAUDŽIAMAJAME PROCESĖ: TARP ONTOLOGINĖS „TIKROVĖS“, TEISĖKŪROS IR TEISĖS TAIKYMO

Salomėja Zaksaitė

Mykolo Romerio universiteto
Mokslo centro mokslininkė podoktorantūros stažuotoja¹
Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius, Lietuva
Telefonas (+370 5) 271 4565

Elektroninis paštas salomeja.zaksaitė@mruni.eu

Pateikta 2014 m. sausio 21 d., parengta spausdinti 2014 m. kovo 13 d.

doi:10.13165/JUR-14-21-1-12

Įvadas

Straipsnyje analizuojama fikcijų² raiška baudžiamajame procese. Parodoma, kad teorinės fikcijos ištakos susijusios su teisinio bei faktinio diskurso skirtumais ir baudžiamojo proceso paskirtimi; o praktinės – su tam tikrais baudžiamojo proceso institutais, atskiromis normomis ir ypač jų taikymu. Panašių darbų būta analizuojant (baudžiamojo) proceso teisės teoriją ir filosofiją bei konkrečius baudžiamojo proceso institutus, pavyzdžiui, A. Panomariovo aprašytas teises fikcijas ir tiesą kaip

- 1 Podoktorantūros stažuotė finansuojama pagal Europos Sąjungos struktūrinių fondų įgyvendinamą projektą „Podoktorantūros (*post doc*) stažuocių įgyvendinimas Lietuvoje“.
- 2 Plačiau apie fikcijos istorinę raidą ir jos sąvoką: Panomariovas, A. The Legal Fiction in Criminal Proceedings – is it Historical Anachronism or Objectively Conditional Necessity? *Jurisprudence*. 2011, 18 (2): 725–738.

baudžiamojo proceso siekį; E. Palskio nagrinėtą melo problemą teisėje; P. Ancelio tirtą baudžiamojo proceso funkcijų suderinamumą; R. Ažubalytės nagrinėtą legalumo ir tikslingumo principų santykį bei baudžiamojo proceso paskirties suvokimo kaitą; L. Jurgaičio nagrinėtą baudžiamojo įsakymo instituto kontroversiškumą; G. Godos analizuotą nekaltumo prezumpcijos principo įgyvendinimo problematiką; R. Jurkos tirtą provokaciją kaip priemonę renkant įrodymus baudžiamajame procese; Ž. Terebeizos analizuotus tiesos nustatymo keblumus civiliniame procese ir proceso siekių nesuderinamumą ir kt. Šio darbo tarpdisciplininis naujumas yra tas, kad fikcijos nagrinėjamos tiek per baudžiamojo proceso, tiek per teisės teorijos (ypatingą dėmesį teikiant semantinėms studijoms) ir kriminologijos prizmę iliustruojant jas nūdienos praktiniais pavyzdžiais. Mokslinio straipsnio objektas – fikcijos baudžiamajame procese, jų santykis su baudžiamojo proceso tikslais ir jų rūšių identifikavimas. Mokslinio straipsnio tikslas: ištirti fikcijų baudžiamajame procese raišką, rūšis ir sąlygas joms atsirasti. Tikslui pasiekti keliami šie uždaviniai: 1) parodyti savaiminių baudžiamojo proceso tikslų ambivalentiškumą; 2) atskleisti, kaip ir kodėl fikcijos pasireiškia baudžiamajame procese ir kas jas suponuoja. Tyrimo metodai – mokslinės literatūros, teisės aktų, teismų praktikos analizė (dokumentų analizės), sisteminis ir lyginamasis metodai. Straipsnį sudaro dvi dalys: 1) teorinės problemos, susijusios su baudžiamojo proceso paskirtimi ir tikslais; 2) baudžiamojo proceso fikcijos, jų tipai ir sąlygos joms kilti.

1. Baudžiamojo proceso paskirties ir tikslų teorinės problemos

Pradedant nuo pamatinių teorinių problemų, atkreiptinas dėmesys, kad baudžiamajame procese (plačiąja prasme – visoje teisinėje sistemoje) užprogramuota painiava tarp ontologinių (tikrovės) ir diskursyvių teisinių faktų. Panašiomis išvalgomis savo klasikinį kūrinį pradeda L. Fulleris, nurodydamas, kad fikcijos (kaip bebūtų keista, dažniausiai taikomos dviejuose tarsi priešingų polių moksluose – fizikoje ir jurisprudencijoje) sutelkia mūsų dėmesį ties sudėtinga sąveika tarp teorijos ir fakto³.

Baudžiamajame procese takoskyra tarp ontologinių ir teisinių faktų gali būti iliustruojama *reikšmių*, kurias tam tikriems veiksams priskiria teisinis ir faktinis diskursai, *skirtumu*. Pavyzdžiui, išteisinamasis nuosprendis nebūtinai daug pasako apie kaltinamojo ontologinį nekaltumą – toks verdiktas baudžiamojo procesinio diskurso prasme reiškia, kad kilo pagrįstų abejonių dėl kaltės ar kad neužteko įrodymų pasiekti objektyvią (faktinę) tiesą⁴. Galimos kelios išėitys iš painiavos tarp teisinio ir

3 Fuller, Lon L. *Legal Fictions*. Stanford University Press, 1967, p. ix-x.

4 Dar daugiau, visiškai įmanoma tokia ontologiškai paradoksali situacija, kai asmuo nubaudžiamas (t. y. yra kaltas ar bent atsakingas) drausmine tvarka, bet dėl griežtesnio įrodinėjimo standarto išteisinamas baudžiamąja tvarka. Plačiau: Lukomski, J. John Terry's case: an overlap of criminal and disciplinary proceedings. *The International Sports Law Journal*. 2012, 3-4: 63.

faktinio diskurso. Viena vertus, įmanoma apskritai atmesti, kad teismo nuosprendis turi atitikti išorinį pasaulį, jis turi atitikti tik pačias teisės normas, nes pati teisė reguliuoja savo kūrimą ir taikymą (H. Kelseno normatyvistinis požiūris)⁵; tad nėra prasmės analizuoti baudžiamojo proceso paskirtį ir tikslus, nes tai veikiau politinės, o ne teisinės koncepcijos. Antra vertus, galima mėginti priartinti baudžiamąjį procesinį diskursą prie faktinės realybės ir stengiantis sušvelninti teisinio diskurso autonomiją kuo tikroviškiau paaiškinti sąvokas⁶. Toliau šiame straipsnyje analizė atliekama laikantis tokios pozicijos: siekiama suteikti tokią reikšmę baudžiamojo proceso sąvokoms, įskaitant ir tas, kurios susijusios su paskirtimi bei tikslais, kad jos kuo adekvačiau atitiktų esamą socialinę tikrovę.

Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodekso⁷ (toliau – BPK) 1 straipsnio 1 dalyje apibūdinama baudžiamojo proceso paskirtis: „*ginant žmogaus ir piliečio teises bei laisves, visuomenės ir valstybės interesus greitai, išsamiai atskleisti nusikalstamas veikas ir tinkamai pritaikyti įstatymą, kad nusikalstamą veiką padaręs asmuo būtų teisingai nubaustas ir niekas nekaltas nebūtų nuteistas*“. Matyti, kad formuluotė yra itin plati, ji apima daug tarpusavyje susijusių dimensijų: konstitucinę žmogaus teisių dimensiją; proceso spartą; nuodugnios tiesos siekį; tinkamą teisės taikymą; teisingą nubaudimą ir įtariamųjų bei kaltinamųjų teisių apsaugą. Vien iš BPK teksto analizės nėra aišku, koks minėtų dimensijų santykis. Į akis krenta tai, kad nagrinėjama nuostata įtraukia tarpusavyje konkuruojančius tikslus: greitas ir išsamus nusikalstamų veikų atskleidimas nebūtinai prisideda prie to, kad niekas nekaltas nebūtų nuteistas. Ieškant, kaip ir kokių santykiu šie tikslai galėtų būti išskaidyti ir *a fortiori* aiškiau suvokti, pasitelkiama mokslinė literatūra, kurioje analizuojamos baudžiamojo proceso tikslų ištakos. Nagrinėjamos baudžiamojo proceso paskirties dalys gali būti aprašomos kaip skirtingi baudžiamojo proceso modeliai arba idealūs (abstraktūs) tipai: nusikaltimų kontrolės ir tinkamo proceso (angl. *Crime Control Model and Due Process Model*)⁸. Pirmasis šių modelių klasifikaciją pasiūlė Stanfordo universiteto mokslinin-

Zaksaitė, S. Match-fixing: the shifting interplay between tactics, disciplinary offence and crime. *The International Sports Law Journal*. 2013, 3-4: 287-293.

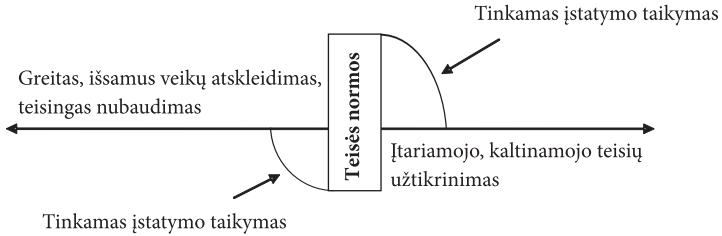
- 5 Grynoji teisės teorija teisės suvokimą atriboja nuo sociologijos, psichologijos, etikos ir politikos todėl, kad siekia išvengti nekritiško metodologiškai skirtingų disciplinų mišinio (metodologinio sinkretizmo). Kelsen, H. *Grynoji teisės teorija*. Vilnius: Eugrimas, 2002, p. 43; Kūris, E. *Grynoji teisės teorija, teisės sistema ir vertybės: normatyvizmo paradigmos iššūkis* (įžangos žodis). Kelsenas, H. *Grynoji teisės teorija*. Vilnius: Eugrimas, 2002, p. 15, 33.
- 6 Tai gali reikšti net labai neįprastai skambančius pokyčius, pavyzdžiui, atsisakyti „nekaltumo“ verdikto (išteisinamojo teismo nuosprendžio) ir pakeisti jį realistiškesniu „neįrodyta“ ar „nepakankamai įrodyta“ verdiktu. Plačiau: Jackson, Bernard S. Truth or Proof? The Criminal Verdict. *International Journal for the Semiotics of Law*. 1998, XI (33): 227-273.
- 7 Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodeksas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 37-1341, Nr. 46.
- 8 Šie anglosaksų tradicijos pagrindu susiformavę modeliai parinkti kaip tinkamiausi schematiškai analizuoti baudžiamojo proceso paskirtį ir tikslus. Lietuvoje įprastiau kalbėti apie inkvizicinių (tiriamąjį) ir rungtyniškumo modelius, tačiau manytina, kad jie labiau susiję ne su tikslais ir

kas H. Packeris. Vadovaujantis nusikaltimų kontrolės modeliu sakoma, kad laisvė yra tokia svarbi, jog turi būti dedamos visos pastangos užkirsti kelią nusikaltimams, tuo tarpu vadovaujantis tinkamo proceso modeliu oponuojama, kad pastangos turi būti skiriamos nuosprendžių priėmimo teisėtumui ir pagrįstumui užtikrinti. Nusikaltimų kontrolės modelio aspektu manoma, kad (pagrindinė) grėsmė laisvei yra nusikaltėlis, o vadovaujantis tinkamo proceso modeliu atsakoma, kad grėsmė yra teisės saugos pareigūnai, tokie kaip policininkai ir prokurorai. Tačiau ir kaltininkai, ir pareigūnai gali pažeisti mūsų interesus, paimti nuosavybę ir suvaržyti laisvę. Deja, pabrėžia P. L. Reichelis, neatrodo, kad įmanoma pasiekti abu tikslus tuo pačiu metu. Vienas pabrėžiamas ribojant kitą ir nė vienas iš jų negali būti laikomas svarbesniu⁹.

Taigi turint omenyje teorinį tikslų skirtingumą ir tai, kad remiantis BPK 1 straipsnio 1 dalimi nėra aišku, kaip sąveikauja vienas po kito nurodyti baudžiamojo proceso tikslai, manytina, kad reikėtų ieškoti schemas, kurioje būtų matomi tiek neišvengiami prieštaravimai tarp skirtingų tikslų, tiek galimybė juos suderinti. Tai grafiškai atskleistų konkuruojančios pusiausvyros santykis, kuris būtų tikroviškas tuo požiūriu, kad būtų aiškiau matyti, jog baudžiamasis procesas yra konfliktas tarp (įtariamojo ar kaltinamojo) asmens ir valstybės¹⁰. Asmens teisės baudžiamojo proceso metu yra ir turi būti varžomos siekiant greitai ir išsamiai atskleisti nusikalstamas veikas, tačiau toks ribojimas turi būti proporcingas, kad sudarytų kiek įmanoma daugiau prielaidų nenuteisti nekalto asmens. Taigi pabrėžiami du pagrindiniai tikslai, kurie atrinkti pagal baudžiamojo proceso idealių (abstrakčių) tipų kriterijų. Šių tikslų santykis pateikiamas pirmoje schemoje¹¹.

paskirtimi, o su skirtingų baudžiamojo proceso subjektų funkcijų pasiskirstymu ir įrodinėjimo ar tiesos ieškojimo procesu. Plačiau apie (šiuos ir kitus, alternatyvius) baudžiamojo proceso modelius ir jų bruožus: Ažubalytė, R. Baudžiamojo proceso paskirties interpretavimo kaita Lietuvai atgavus nepriklausomybę. *Regnum est: 1990 m. Kovo 11-osios Nepriklausomybės Aktui – 20. Liber Amicorum Vytautui Landsbergiui: mokslo straipsnių rinkinys*. Vilnius: Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras, 2010, p. 511–530.

- 9 Reichel, Philip L. *Comparative criminal justice systems: a topical approach*. Upper Saddle River (N.J.): Pearson: Prentice Hall, 2005, p. 91, 94.
- 10 Egzistuoja ir alternatyvių nuomonių: teigiama, kad konfliktas tarp asmens ir valstybės nereflektuoja šiuolaikinio baudžiamojo proceso, nes taip esą pamirštami kiti svarbūs proceso dalyviai – aukos ir jų teisės. Todėl kalbama ir apie „apskritimo“ modelio baudžiamąjį procesą, kurio metu taikomas atkuriamasis teisingumas. Šio straipsnio aspektu kol kas nebus mėginama įtraukti ir atkuriamąjį teisingumą dimensijas, nes tuomet fikcijų baudžiamajame procese raiškos teorinės ribos dar labiau išsiplėstų į filosofinę-kriminologinę diskusiją apie tai, kaip, be kita ko, kaltininko nubaudymas prisideda (ar, atvirkščiai, neprisideda) prie socialinės santarvės atkūrimo. Plačiau apie H. Packerio modelių kritiką: Roach, K. *Criminal Process. The Oxford Handbook of Legal Studies*. Ed. Cane, P.; Tushnet, M. Oxford University Press, 2003, p. 774–781.
- 11 Pabrėžtina, kad prieštaravimų esama ir pirmajame dėmenyje: greitas veikų atskleidimas nebūtinai prisideda prie išsamaus veikų atskleidimo (kitais variantais, išsami tiesa baudžiamajame procese gali būti pasiekta negreitai), ir atvirkščiai, t. y. du pažyminiai, apibūdinantys veikų atskleidimą, taip pat tarpusavyje konkuruoja. Taigi pateikta schema supaprastinta, natūralu,



I schema. Baudžiamąjo proceso tikslų santykis

Vaizduojami baudžiamąjo proceso tikslai, kurie tarsi priešingi vienas kitam – vienas kitą „traukia“ į skirtingas puses, – tačiau kartu įmanomas tam tikras balansas, susiejimas, holistiškai kylantis iš baudžiamąjo proceso teisės normų visumos ir iš tinkamo konkrečių normų taikymo. Tai savo ruožtu padeda įgyvendinti konstitucinę¹² dimensiją baudžiamajame procese – žmogaus teisių ir laisvių bei visuomenės ir valstybės interesų apsaugą.

Pereidami nuo teorinio baudžiamąjo proceso tikslų sąveikos išdėstymo prie konkrečių BPK normų, tam tikras iliustracines normas priskirsime vienai iš proceso paskirties dalių. Pirmąją paskirties dalį (išsamumą, nusikalstamų veikų greitą atskleidimą) iliustruoja, *inter alia*, šios BPK normos: procesą paspartintų BPK 145 (krata), BPK 147 (poėmis), BPK 155 (prokuroro teisė susipažinti su informacija), BPK 154 (elektroninių ryšių tinklais perduodamos informacijos kontrolė, jos fiksavimas ir kaupimas) realizavimas be teismo intervencijos. Tačiau atitinkami pagreitinimai prieštarautų antrajai baudžiamąjo proceso paskirties daliai – apsaugoti įtariamojo ir kaltinamojo teises. Be to, panašūs pagreitinimai ar supaprastinimai keltų potencialių dvejonų dėl jų atitikties nekaltumo prezumpcijos principui, kuris yra glaudžiai susijęs su *in dubio pro reo* principu: draudimu kaltinamąjį nuosprendį priimti esant nepaneigtų pagrįstų abejonių dėl kaltinamojo kaltės. Atitinkamoms abejonėms atsirasti turėtų įtakos pernelyg paprasta minėtų procesinių prievartos priemonių taikymo tvarka.

Atrodytų, kad pirmoji baudžiamąjo proceso paskirties dalis – siekis sparčiai ir veiksmingai atskleisti nusikalstamas veikas taip, kad kaltas asmuo būtų teisingai nu-

kad įmanomos ir kitaip suręstos schemas. Plačiau apie minėtų modelių schematišką santykį su įstatymais ir teisėjų diskrecija: Jones, I. Still Just Rhetoric? Judicial Discretion and Due Process. *Liverpool Law Review. A Journal of Contemporary Legal and Social Policy Issues*. November 2011, 32(3): 251-273.

12 Atkreiptinas dėmesys, kad konstitucinė apsauga reiškia visų procesų dalyvių – įskaitant ir liudytojų bei nukentėjusiųjų – teisių apsaugą. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. sausio 16 d. nutarimas. *Valstybės žinios*. 2006, Nr. 7-254. Taip pat Ažubalytė, R. Baudžiamąjo proceso paskirties interpretavimo kaita Lietuvai atgavus nepriklausomybę, *supra* note 8, p. 527.

baustas, – reprezentuoja ne nekaltumo, o kaltės prezumpciją¹³. Tokia prezumpcija išreiškia pasitikėjimą procesu, kai atskiriami galimai nekalti ir tęsimas tyrimas dėl galimai kaltų individų. Tai reiškia, kad po to, kai surenkama pakankamai duomenų tolesniems veiksams atlikti, visa tolesnė veikla paremiama kaltės prezumpcija. Mokslinėje literatūroje įspėjama negalvoti apie kaltės prezumpciją kaip priešingą nekaltumo prezumpcijai. Šios koncepcijos yra veikiau skirtingos nei priešingos. Nekaltumo prezumpcija yra idėja, nukreipianti teisės saugos institucijas ta linkme, kaip jos turėtų veikti – ne ta linkme, kuria jos turėtų tikėti. Kaltumo prezumpcija, anot amerikiečių mokslininko P. L. Reichelio, yra tiesiog pasekmių numatymas, nuspėjimas, teisės saugos institucijos gali tikėti, kad įtariamieji yra „tikėtinai kalti“ kartu elgdamosi su jais taip tarsi kaltės klausimas liktų atviras¹⁴.

Kartu pasakytina, kad kaltės klausimo atvirumas nereiškia, kad įtariamųjų ar kaltinamųjų nekaltumas preziumuojamas jiems nieko nedarant ir apsiribojant deklaratyvaus pobūdžio teiginiais. Panašus nekaltumo prezumpcijos principo ir jo sąsają su įrodinėjimo procesu reinterpretaavimas pastebimas Lietuvos Aukščiausiojo Teismo (toliau – LAT) nutartyje dėl turto pasisavinimo: „pažymėtina, kad kaltininko parodymai, jog įmonės pinigai buvo paimti ir naudojami įmonės reikmėms, tai nepagrindžiant konkrečiomis aplinkybėmis ir nesant kitų jo parodymus patvirtinančių įrodymų, savaime nėra pakankamas pagrindas paneigti turto pasisavinimo sudėties požymių buvimą jo padarytoje veikoje. Pagal BPK 20 straipsnio 4 dalį įrodymais gali būti tik duomenys, kuriuos galima patikrinti BPK numatytais proceso veiksmiais. Ši BPK nuostata suponuoja ir tai, kad reikalavimas, jog kaltininko tvirtinimai dėl pinigų panaudojimo įmonės reikmėms turi būti paremti konkrečiomis aplinkybėmis, o ne deklaratyvaus pobūdžio teiginiais, kurių neįmanoma patikrinti procesinėmis priemonėmis, negali būti traktuojamas kaip įrodinėjimo pareigos perkėlimas kaltininkui.“¹⁵ Teorine prasme ši LAT pozicija vertintina pozityviai: ja taikliai iliustruojamas baudžiamojo proceso tikslų santykinumas, kitaip tariant, jei kaltininkas visai nepadedą išsamiai atskleisti nusikalstamos veikos, tuomet ir jo paties teisės tampa reliatyvios. Atitinkama interpretacija rastų atgarsį ir konstitucinėje jurisprudencijoje, kur teigiama, jog Konstitucijoje įtvirtinta demokratinės teisinės valstybės samprata, implikuojanti, kad valstybė ne tik siekia saugoti ir ginti asmenį ir visuomenę nuo nusikaltimų, bet ir geba tai atlikti veiksmingai¹⁶.

13 Nekaltumo ir kaltumo prezumpcijų santykio analizė teisiųjų fikcijų kontekste išties reikšminga: esama nuomonių, kad teisinės prezumpcijos savaime yra teisinės fikcijos, nes jų tikslas yra konstruoti (t. y. dirbtinai kurti ir perkurti) teisinę sistemą taip, kad ji galėtų kuo efektyviau veikti. Plačiau: Schauer, F. *Legal Fictions Revisited* [interaktyvus]. 2011 [žiūrėta 2014-03-03]. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1904555>.

14 Reichel, Philip L. *Comparative criminal justice systems: a topical approach*, supra note 9, p. 149–161.

15 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2012 m. balandžio 17 d. nutartis Nr. 2K-7-84/2012.

16 Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2004 m. gruodžio 29 d. nutarimas. *Valstybės žinios*. 2005, Nr. 1-7. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. sausio 16 d. nutarimas. *Valstybės žinios*. 2006, Nr. 7-254.

2. Baudžiamąjį proceso fikcijos

Baudžiamasis procesas yra viena iš svarbiausių teisės šakų žmogaus teisių varžymo aspektu, todėl teisinės fikcijos (ir jų sukeltos pasekmės) jame turi būti ypač gerai suvoktos. Fikcija, savo pirmine prasme reiškianti dirbtinumą, netikrumą, apgaulingumą, yra ne tik nesvetima teisei, bet kartais tampa neatskiriama jos dalimi. Esama išėitinių pozicijų, kad pati teisės norma yra fikcija, nes ji be galo margiems gyvenimiškiems atvejams, kurie įvyksta ar paprastai turi įvykti, dirbtinai suteikia visuotinumą ir „taisyklės“ dimensiją¹⁷. Netgi, atrodytų, grynas teisinis, nereflektuojantis faktinės tikrovės, H. Kelseno normatyvistinis diskursas potencialiai referuoja į išgalvotą pirminę fikciją, kuri apibrėžiama kaip *Grundnorm* (liet. *pamatinė norma*)¹⁸. Čia pat prisimintina ir neopozityvisto H. Harto pripažinimo taisyklė, kurios gretinimas su *Grundnorm* peršasi savaime¹⁹ (beje, vienas iš šios taisyklės bruožų yra jos neapibrėžtumas)²⁰. O teisinio realizmo, sociologinės teisės mokyklos ar pragmatiškos jurisprudencijos aspektu fikcijos jau „paprasciau“ gali būti teigiamai ar bent neutraliai vertinamos: šių perspektyvų kontekste pozityvioji rašytinė teisė nesureikšminama kaip vienintelis teisės šaltinis, todėl pozityviosios teisės nepakankamumą galima mėginti „pakoreguoti“ įvairiais būdais, įskaitant ir fikcijas.

Pastaroji išvalga suponuoja, kad įstatymų spragos ar juridinės technikos keblumai gali sudaryti prielaidas fikcijoms atsirasti. Pavyzdžiui, siekiant pritaikyti baudžiamąjį įstatymą už sukčiavimą sporto srityje Vokietijos teismams reikėjo plačiai traktuoti sukčiavimo nusikalstamos veikos sudėtį. Materialiniai nuostoliai, dėl kurių lažybų bendrovės (nukentėjusieji) patiria žalos, neretai negali būti tiksliai apskaičiuoti, tačiau tam, kad veiksmai būtų kvalifikuoti kaip sukčiavimas, užteko nustatyti

17 Teigiama, jog griežti teisiniai apibrėžimai savaime implikuoja fikciją. Teisinių apibrėžimų intencija yra išsklaidyti netikrumą ir nesutarimus siekiant tam tikro bendro tikslo (kuris paprastai siejamas su taika, tvarka ir žmonių saugumu). Tačiau apibrėžiančios normos yra neišvengiamai netobulos. Jos būna arba pernelyg supaprastintos ir generalizuojančios, arba gremėzdiškos, įtraukiančios kiekvieną atvejį, kas taip pat iš esmės neįmanoma, nes teisinio reglamentavimo visapusiškumas yra fikcija. Taigi įstatymų leidėjas (apibrėžiančių normų kūrėjas) suvokia apibrėžimų ribotumus, bet vis tiek siūlo jais vadovautis, nors tam tikrais atvejais pats supranta, jog geriau būtų nuo atitinkamo apibrėžimo nukrypti. Šią teisės savybę mokslininkai vadina teisės saviapgaulė. „Vaistais“ nuo atitinkamos saviapgaulės galėtų tapti, pavyzdžiui, teisinė diskrecija, kuri suteikia teisei lankstumo, ji suteikia galių teisėjams vykdyti teisingumą konkrečiu individualiu atveju, o tai ne visada gali būti pasiekama tik taikant kitų subjektų sukurtas bendrąsias taisykles. Alexander, L.; Sherwin, E. Deception in Morality and Law. *Law and Philosophy*. 2003, 22: 427. Gumbis, J. Teisinė diskrecija: teorinis požiūris. *Teisė*. 2004, 52: 43.

18 Plačiau apie H. Kelseno *Grundnorm* kaip fikciją: Schauer, F. *Legal Fictions Revisited*, *supra* note 13.

19 Kūris, E. Grynoji teisės teorija, teisės sistema ir vertybės: normatyvizmo paradigmos iššūkis, *supra* note 5, p. 34.

20 Maža to, Hartas užsimena, kad akceptuotosios pripažinimo taisyklės teisingumo įrodymas gali būti jos veikimo sėkmė ir tokiu būdu ši taisyklė transformuojasi į fikciją, kuria pagarbiai tikima. Hart, H. L. A. *Teisės samprata*. Vilnius: Pradai, 1997, p. 251-260.

sąmoningą apgaulę, padidinusią tikimybę praturtėti lažybų bendrovių sąskaita, taigi įprastai (teoriškai) materialioji sukčiavimo nusikalstamos veikos sudėtis *de facto* tapo formaliaja²¹.

Šis pavyzdys iliustruoja „balto“ melo raišką teisėje. Tokio melo priežastis nagrinėjamu atveju buvo siekis, kad pavojingi veiksmai, peržengiantys siauras sukčiavimo nusikalstamos veikos sudėties ribas, būtų baudžiami, kitaip tariant, nebūtų išvengta baudžiamosios atsakomybės vien dėl to, kad šiuolaikinis nusikalstamumas peržengia ankstesnių teorinių konstruktyvų ribas. Kartu pažymėtina, kad atitinkamas reiškinys gali būti siejamas ir su neutralesnėmis (t. y. ne taip antagonistišškai skambančiomis) sąvokomis – su teleologiniu (tiksliniu) baudžiamojo įstatymo aiškinimu ar teisės dvasios pirmenybe prieš teisės raidę. Vis dėlto sąvokos pakeitimas gali nepanaikinti įspūdzio, kad baudžiamosios teisės norma anksčiau aprašytu atveju buvo pritaikyta lanksčiai, modifikuotai, plečiamai, nedogmatiškai ir tam tikra prasme – fiktyviai.

Siejant atitinkamas fikcijas su pirmoje straipsnio dalyje nagrinėtais baudžiamojo proceso tikslais, manytina, kad fikcija padeda užtikrinti pusiausvyrą baudžiamajame procese: tai yra tarsi apsauga nuo pernelyg rafinuotų įtariamųjų ar kaltinamųjų, kurie, prisidengdami nekaltumo prezumpcija ir kitomis procesinėmis teisėmis, siekia iškreipti baudžiamąjį procesą ir jo paskirtį taip, kad galėtų likti nenubausti. Neatsitiktinai parinktas sukčiavimo sporto srityje pavyzdys patenka į netradicinio nusikalstamumo lauką – dėsninga, kad fikcijoms palanki dirva atsiranda ten, kur įprastos nusikalstamų veikų sudėties yra nepakankamos siekiant realizuoti baudžiamąją atsakomybę už inovatyvias nusikalstamumo formas. Ši įžvalga suponuoja, kad fikcijoms neretai kelią atveria, Harto žodžiais tariant, „sunkios“ bylos, kurios neišvengiamai

21 Vokietijos teismas konstatavo, kad sukčiavimo atveju sudarant sutartį (sutartinis sukčiavimas) turtinė padėtis prieš ir po sutarties sudarymo leidžia spręsti apie tai, ar kilo turtinė žala. Galima palyginti abipusius sutartinius įsipareigojimus. Lemiamą reikšmę veikos kvalifikavimui (sutartinio) sukčiavimo atveju turi tai, kad asmuo panaudodamas apgaulę daugiau gauna negu atiduoda. Akcentuotina, jog šią įprastiniams mainų sandoriams išplėtotą teismų praktiką reikia adaptuoti (modifikuoti), nes sporto lažybos pasižymi tam tikrais „daiktiškaisiais“ ypatumais. Sporto lažybose pagal tam tikrą riziką nustatytas dydis (koeficientas) kartu išreiškia lažybinių tikimybių „pardavimo kainą“; koeficientas rodo, iš kokio skaičiaus statoma suma laimėjimo atveju dauginama. Kadangi kaltinamasis A. S. planuotą manipuliaciją lažybų rizika labai reikšmingai pakreipė savo naudai (lažindamasis dėl mačo, kuriame jo bendrininkas teisėjavo ir kurį galėjo pakreipti norima linkme), sudarant sutartį lažybų siūlytojo pateikti dydžiai jau nebeatitiko rizikos, kurią lažybų siūlytojas numatė atlikdamas savo komercinius skaičiavimus. Tokia žymiai didesnė tikimybė laimėti lažybas buvo verta žymiai daugiau, nei sumokėjo A. S., naudodamas apgaulę. Už savo statymą, esant realiam lažybų rizikos įvertinimui, jis būtų galėjęs įpirkti žymiai mažesnio laimėjimo „tikimybę“. Šis dydžių skirtumas jau sudarant lažybų sutartį reiškia (gali būti jai prilygintas) esminę turtinę žalą. Kitaip tariant, klaidinantysis susikuria didesnę laimėjimo tikimybę, nei jam šia kaina parduotų lažybų siūlytojas, tinkamai įvertinęs riziką. Vokietijos žemės teismo (vok. *Landgericht*) sprendimas. Strafurteil in Sachen „Wettskandal“ - LG Berlin, Strafurteil vom 17. November 2005, Az.:(512) 68 Js 451/05 Kls (42/05).

susijusios su teisėsaugos institucijų pareigūnų diskreција. Tuomet neišvengiamas tampa ir teisės normų interpretavimas, kuris esą turėtų suteikti teisės normoms tokią prasmę ir tikslą, kokį turėjo omenyje įstatymų leidėjas. Štai tada ir kyla įvairių neaiškumų: panašių tikslų gali būti ne vienas, jie gali būti objektyvūs ir subjektyvūs, be to, teisės normų tikslai nebūtinai sutampa su pasekmėmis, kurios atsiranda pritaikius atitinkamas normas²².

Baudžiamojo proceso fikcijos, suprantama, gali transformuotis ir į „juodą“ melą (kitokią klasifikaciją pateikiantys mokslininkai šiuo aspektu galbūt vartotų ne fikcijų, bet kvazifikcijų ar netikrų fikcijų sąvokas²³). Tokio melo pavyzdys yra vadinamieji „teisiniai filtrai“ ar „parazitinės normos“, kai bendroji teisės norma ar principas (postuluojanti pozityvius, paprastai palankius įtariamajam, kaltinamajam ar liudytojui tikslus) keičiamas specialiaja norma, kuri atitinkamai gali bloginti asmens teisinę ir faktinę padėtį²⁴. Viena iš galimų „teisinių filtrų“ iliustracijų – baudžiamojo įsakymo institutas, tiksliau, iškreiptas šio instituto taikymas²⁵. Kritinės kriminologijos prasme atitinkamos situacijos gali būti priskiriamos atskiriamajam teisingumui, kuris taip pat suvokiamas kaip „filtras“²⁶, persijojantis individus taip, kad visos baudžiamojo proceso stadijos kreipiamos pareigūnų įsivaizduojamam rezultatui pasiekti, atitinkamai griežčiausios baudžiamosios justicijos sankcijos gali būti skiriamos selektyviai daliai individų ne tik dėl objektyvaus jų kaltumo, o ir dėl pačių teisėsaugos institucijų veiklos – tai vadinamoji „tunelio vizija“ (angl. *tunnel vision*) ar „piltuvėlio“ efektas. Šis efektas savo ruožtu glaudžiai siejasi su etikečių klijavimo teorija, pasak kurios, tam tikriems „pažymėtiems“ individams sunkiau praslysti pro baudžiamosios justicijos

22 Barak, A. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton University Press, 2005, p. 226–229.

23 Pavyzdžiui, N. J. Knauer neišskiria „juodo“ melo kaip fikcijų rūšies, nes fikcijos, net jei ji neatitinka faktinės tikrovės, tikslas negali būti apgaulė. Ši skiriamąją fikcijos ženkłą nurodė L. Fulleris. Plačiau: Knauer, Nancy J. Legal Fictions and Juristic Truth. *St. Thomas Law Review*. 2010, 23(1): 11, 48 [interaktyvus]. [žiūrėta 2014-03-03]. <http://works.bepress.com/nancy_knauer/5>.

24 Panomariovas, A. The Legal Fiction in Criminal Proceedings – is it Historical Anachronism or Objectively Conditional Necessity?, *supra* note 2, p. 725–738.

25 R. Jurgaičio manymu, praktikoje gali pasitaikyti ir tokių neleistinų atvejų, kai prokuroras, nedalyvaujant gynėjui, gali panaudoti tokį neteisėtą psichologinį spaudimą, siekdamas išgauti įtariamojo sutikimą dėl baudžiamojo įsakymo proceso taikymo, kuris žymiai palengvina prokuroro įgaliojimų įgyvendinimą. Tačiau įtariamojo sutikimas su prokuroro siūlymu dar neišskiria, jog įtariamajam bet kuriuo atveju bus priimtinas pats teismo baudžiamasis įsakymas. Jurgaitis, R. Baudžiamojo įsakymo procesas: proceso be įprasto nagrinėjimo teisme ypatumai ir įtariamojo (kaltinamojo) procesinės garantijos. *Jurisprudencija*. 2008, 6 (108): 67–75.

26 Aiškumo dėlei pasakytina, kad pats žodis „filtras“ gali neturėti nieko bendra su negatyviu teisinių fikcijų taikymu. Semiotinė prasme visa rašytinė kalba, įskaitant ir BPK tekstą, gali būti apibūdinama kaip filtras, persijojantis realaus pasaulio patirtį (ar normatyvinį tam tikros jo dalies aprašymą) ir suvokimą apie jį. Plačiau: Jackson, Bernard S. Truth or Proof? The Criminal Verdict, *supra* note 6, p. 227–273.

akirati²⁷. Taigi fikcijų taikymas baudžiamajame procese gali būti rizikingas: pernelyg laisvai traktuojant procesines normas paminami lygiateisiškumo, teisinio aiškumo ir teisinio tikrumo principai, kurių nepaisymas gali baigtis skaudžiomis pasekmėmis proceso dalyviams. Vienas iš įdomiausių klausimų nagrinėjamame kontekste – „balto“ ir „juodo“ melo atskirtis bei ribos. Pavyzdžiui, ar apklausos taktika, kurios metu šaukiama ant įtariamojo, yra tinkamas tyrimo metodas, ar piktnaudžiavimas teisine diskrecija²⁸?

pozityviosios teisės fikcijas gali suponuoti ir atotrūkis laike, nes procesiniai įstatymai leidžiami anksčiau nei įvyksta veiksmai, dėl kurių jie kuriami. Teisės teorijos požiūriu kalbėtina apie statinį teisės normų pobūdį, nebūtinai reflektuojantį besikeičiantį vyksmą (žmonių elgesį), kurio atžvilgiu teisės normos yra taikomos. Pavyzdžiui, BPK sukonstruotas taip, kad procesinių prievartos priemonių griežtumas priklausytų nuo veikos sunkumo: kuo sunkesnė veika, tuo tarsi pagrįščiau yra taikyti tam tikras procesines prievartos priemones, ir atvirkščiai. Tačiau realybėje egzistuoja tam tikri (nebūtinai sunkūs ar apysunkiai) nusikaltimai, kurių darymo būdas reikalauja, kad jie būtų tiriami pritaikant labiau varžančias procesines prievartos priemones (šiuo aspektu semantiškai jas būtų tiksliau vadinti ne prievartos priemonėmis, o nusikalstamų veikų tyrimo *metodais*). Pavyzdžiui, pastaraisiais metais sukčiavimų, kai skambinama nukentėjusiems ir apgaule išviliojami pinigai, žala siekia milijonus litų²⁹. Tiriant tokius nusikaltimus reikia procesinės prievartos priemonės, numatytos BPK 154 straipsnyje (elektroninių ryšių tinklais perduodamos informacijos kontrolė, jos fiksavimas ir kaupimas), bet jos negalima taikyti tiriant sukčiavimą, įtvirtintą Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso³⁰ (toliau – BK) 182 straipsnio 1 dalyje, nes tai nesunkus nusikaltimas, nepatenkantis į išimtinį nesunkių nusikaltimų sąrašą³¹.

27 Mokslinėje literatūroje kalbama apie vadinamąją „mentų kultūrą“ (angl. *cop culture*), teigiama, kad policininkams būdingas konservatyvumas, kad jie nereprezentuoja visos populiacijos, o kitus žmones (įskaitant potencialius įtariamuosius) suvokia stereotipiškai, per savo pačių reprodukuojamas patirties filtrą. Plačiau: Sanders, A. From Suspects to Trial. *The Oxford Handbook of Criminology*. Ed. Maguire, M., et al. Oxford University Press, 1994, p. 777–779.

28 Vienareikšmio atsakymo į tokį klausimą nėra, kiekviena praktinė situacija vertinama atskirai, atsižvelgus į bylos aplinkybių visumą: kvestionuojamų pareigūnų veiksmų trukmę, poveikį, intencijas ir motyvaciją, įtariamojo amžių, lytį, pažeidžiamumą ir kitas aplinkybes. Atkreiptinas dėmesys, kad Europos Žmogaus Teisių Teismas *Bouyid prieš Belgiją* byloje tokio (prieštaringo) veiksmo kaip pliaukštelėjimas per veidą nepripažino Konvencijos 3 straipsnio pažeidimu. *Bouyid prieš Belgiją*, no. 23380/09, 51 paragrafas.

29 Vyšniauskienė, L. *Per metus sukčiams lietuviai „savo noru“ atidavė 3 mln. Lt* [interaktyvus]. 2013 [žiūrėta 2014-03-03]. <http://www.alfa.lt/straipsnis/15134511/Per.metus.sukciam.lietuviai.savo.noru.atidave.3.mln.Lt=2013-05-02_13-51/#.Uw2nz_7hy70>.

30 Lietuvos Respublikos baudžiamasis kodeksas. *Valstybės žinios*. 2000, Nr. 89-2741.

31 Svarbu pasakyti, kad tam tikri (išimtiniai) nesunkūs nusikaltimai gali būti tiriami pasitelkiant šią priemonę, o sukčiavimas – ne. BPK 154 straipsnio 1 dalyje numatyta, kad „*kai pagal prokuroro prašymą yra priimta ikiteisminio tyrimo teisėjo nutartis, ikiteisminio tyrimo pareigūnas gali klausytis asmenų pokalbių, perduodamų elektroninių ryšių tinklais, daryti jų įrašus, kontro-*

Taip, nesekant įtariamųjų nuolat keičiamų SIM kortelių, kliudoma rezultatyviam iki-teisminiam tyrimui.

Atitinkamas reglamentavimas gali sudaryti faktines prielaidas teisėsaugos institucijų apgalei: siekiant veiksmingesnio tyrimo gali būti tyčia inkriminuojama sunkesnė nusikalstama veika tam, kad būtų įmanoma pritaikyti tinkamas procesines prievartos priemones. Pavyzdžiui, minėtu atveju gali būti inkriminuojama BK 182 straipsnio 2 dalis – kvalifikuotas sukčiavimas, padaromas organizuotos grupės. Suprantama, atitinkama praktika nebūtų teisėta, jos taikymas prieštarautų Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijoje³² įtvirtintai teisei į teisingą teismą. Panašios praktikos (tik priešingos – dėl tam tikrų pragmatinių priežasčių buvo pasirinkta „lengvesnė“ veikos kvalifikacija) Europos Žmogaus Teisių Teisme jau būta. Teismas byloje *Balitskiy prieš Ukrainą* konstatavo, kad buvo pažeista teisė į teisingą teismą (Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 6 straipsnio 3 dalis), nes teisėsaugos institucijos inkriminavo administracinę pažeidimą tam, kad asmuo netektų teisės į teisminę gynybą, kuri yra privaloma (sunkesnės) nusikalstamos veikos atveju³³.

Matyti, jog teisėsaugos institucijų pareigūnų kuriama fikcija gali kilti iš baudžiamųjų procesinių įstatymų leidybos netobulumo. Taigi procesinių prievartos priemonių (nepagrįstas) taikymas vertintinas kaip dviguba fikcija: tiek iš teisėkūros dimensijos, tiek iš teisės taikymo dimensijos. Siejant teises fikcijas su teigiamais ar neigiamais ketinimais, pasakytina, kad, kaip jau minėta, vienais atvejais fikcijos gali tapti „baltu“ melu, kompensuojančiu pačios teisėkūros ribotumus, o kitais atvejais – tiesiog melu, selektyviai parodančiu teisėsaugos institucijų veiklos rezultatus. Verta pažymėti, kad straipsnyje pateikta fikcijų klasifikacija į „baltąsias ir juodąsias“ faktines fikcijas, susijusias su teisės taikymu; teorines, kylančias iš faktinio bei teisinio diskurso skirties ir proceso tikslų ambivalentiškumo; ir pozityviosios teisės fikcijas, siejamas su „vėluojančiomis“ normomis, – yra viena iš alternatyvių. Ji, savo ruožtu, neišvengiamai yra dirbtinė, be to, vienų rūšių fikcijos gali susipinti ir formuoti kitas: „vėluojančios“ normos gali paskatinti „juodų ar baltų“ praktinių fikcijų taikymą ir pan. Visiškai įmanomos būtų ir kitokios tipologijos, pavyzdžiui, fikcijos kaip prielaidos, prezumpcijos ir apėjimai³⁴. Taip pat galima polemizuoti, kad „juodas“ melas,

liuoti kitą elektroninių ryšių tinklais perduodamą informaciją ir ją fiksuoti bei kaupti, jeigu yra pagrindas manyti, kad tokiu būdu galima gauti duomenų apie rengiamą, daromą ar padarytą labai sunkų, sunkų ar apysunkį nusikaltimą arba apie nesunkius nusikaltimus, numatytus Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso 170 straipsnyje, 198² straipsnio 1 dalyje (...)“.

32 Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija. *Valstybės žinios*. 1995, Nr. 40-987.

33 Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimas *Balitskiy prieš Ukrainą*, no 12793/03, 38-41 paragrafai.

34 Tokias trijų rūšių fikcijas (angl. *presuppositions, presumptions, prevarications*) skiria Virdžinijos universiteto mokslininkas F. Schaueris. Prielaidos pavyzdys: H. Kelseno fundamentalio-

kylantis iš piktnaudžiavimo teisine diskrecija, nėra fikcija, nes jis dirbtinai sukuriamas praktinėje plotmėje, tačiau nėra taip, kad jis glūdi pačioje teisės normų sistemoje. Reaguojant į tokias išvagas, teigtina, kad, kaip minėta šio straipsnio pradžioje, analizės atspirties taškas yra bandymas priartinti teisinį diskursą prie socialinės tikrovės; tai implikuoja, kad nebrėžiama dichotomiška takoskyra tarp teisės normų ir jų taikymo, iš ko darytina išvada, kad ir teisės fikcijų (kurios *a priori* nei ginamos, nei smerkiamos) raiška įmanoma tiek teisėkūros, tiek teisės taikymo metu.

Išvados

1. Fikcijos baudžiamajame procese yra įvairių rūšių: jomis gali būti vadinamas teleologinis teisės normos aiškinimas ir taikymas „sunkių bylų“ atvejais arba piktnaudžiavimas teisine diskrecija (faktinės fikcijos, susijusios su teisės taikymu); ankstesnis (statiškas) pozityviosios teisės kūrimas nei vyksta realūs veiksmai, dėl kurių ji kuriamą (pozityviosios teisės fikcijos), o pačios baudžiamojo proceso paskirties dvilypumas gali būti suvokiama kaip teorinė fikcija.

2. Baudžiamojo proceso paskirtis pati savaime yra ambivalentiška. Viena vertus, siekiama greitai ir operatyviai iširti nusikalstamas veikas; antra vertus, tai reikia atlikti nepažeidžiant įtariamųjų ir kaltinamųjų teisių. Viena paskirties dalis neišvengiamai pasiekiamą kitos sąskaita, todėl nuolat reikia ieškoti praktinės pusiausvyros tarp šių dviejų svertų, ką gali padėti atlikti tinkamas baudžiamojo proceso normų taikymas, kas savo ruožtu gali implikuoti faktines fikcijas.

3. Teoriniai baudžiamojo proceso konstruktai sukuria paradoksalias praktines situacijas – prielaidas pozityviosios teisės fikcijoms pasireikšti, kai pozityviosios teisės reglamentavimas nespėja kartu su dinamiška socialine tikrove. Pavyzdžiui, elektroninių ryšių tinklais perduodamos informacijos kontrolės, jos fiksavimo ir kaupimo, numatyto BPK 154 straipsnyje, skyrimas turėtų priklausyti ne tik nuo nusikalstamos veikos sunkumo, kuris yra teorinis konstruktas, nebūtinai daug bendro turintis su nusikalstamos veikos pobūdžiu, o (tais atvejais, kai nusikalstama veika daroma ryšių tinklais) ir nuo nusikalstamos veikos darymo būdo.

Literatūra

Alexander, L.; Sherwin, E. Deception in Morality and Law. *Law and Philosophy*. 2003, 22.

Ažubalytė, R. Baudžiamojo proceso paskirties interpretavimo kaita Lietuvai atgavus nepriklausomybę. *Regnum*

ji norma; prezumpcijos iliustracija: civilinės teisės prezumpcija, kad vaiko tėvas yra moters sutuoktinis; apėjimo, reiškinčio sąmoningą faktų „perrašymą“ siekiant tinkamo teisinio rezultato, pavyzdys: žudiko, nužudžiusio savo auką siekiant paveldėti abiem priklausiusį turtą, „pavertimas“ mirusiu anksčiau už nukentėjusįjį. Schauer, F. Legal Fictions Revisited, *supra* note 13.

- est: 1990 m. Kovo 11-osios Nepriklausomybės Aktui – 20. *Liber Amicorum Vytautui Landsbergiui: mokslo straipsnių rinkinys*. Vilnius: Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras, 2010.
- Barak, A. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton University Press, 2005.
- Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija. *Valstybės žinios*. 1995, Nr. 40-987.
- Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimas *Balitskiy prieš Ukrainą*, no. 12793/03.
- Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimas *Bouyid prieš Belgiją*, no. 23380/09.
- Fuller, Lon L. *Legal Fictions*. Stanford University Press, 1967.
- Gumbis, J. Teisinė diskrecija: teorinis požiūris. *Teisė*. 2004, 52.
- Hart, H. L. A. *Teisės samprata*. Vilnius: Pradai, 1997.
- Jackson Bernard, S. Truth or Proof? The Criminal Verdict. *International Journal for the Semiotics of Law*. 1998, Vol XI, no. 33.
- Jones, I. Still Just Rhetoric? Judicial Discretion and Due Process. *Liverpool Law Review. A Journal of Contemporary Legal and Social Policy Issues*. 2011, Volume 32, Issue 3.
- Jurgaitis, R. Baudžiamojo įsakymo procesas: proceso be įprasto nagrinėjimo teisme ypatumai ir įtariamojo (kaltinamojo) procesinės garantijos. *Jurisprudencija*. 2008, 6(108).
- Kelsen, H. *Grynoji teisės teorija*. Vilnius: Eugrimas, 2002.
- Knauer, Nancy J. Legal Fictions and Juristic Truth. *St. Thomas Law Review*. 2010, 23(1) [interaktyvus]. [žiūrėta 2014-03-03]. <http://works.bepress.com/nancy_knauer/5>.
- Kūris, E. Grynoji teisės teorija, teisės sistema ir vertybės: normatyvizmo paradigmos iššūkis (įžangos žodis). Kelsenas, H. *Grynoji teisės teorija*. Vilnius: Eugrimas, 2002.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus 2012 m. balandžio 17 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 2K-7-84/2012.
- Lietuvos Respublikos baudžiamasis kodeksas. *Valstybės žinios*. 2000, Nr. 89-2741.
- Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodeksas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 37-1341, Nr. 46.
- Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2004 m. gruodžio 29 d. nutarimas. *Valstybės žinios*. 2005, Nr. 1-7.
- Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. sausio 16 d. nutarimas. *Valstybės žinios*. 2006, Nr. 7-254.
- Lukomski, J. John Terry's case: an overlap of criminal and disciplinary proceedings. *The International Sports Law Journal*. 2012, 3-4.
- Panomariovas, A. The Legal Fiction in Criminal Proceedings – is it Historical Anachronism or Objectively Conditional Necessity? *Jurisprudence*. 2011, 18 (2).
- Reichel, Philip L. *Comparative criminal justice systems: a topical approach*. Upper Saddle River (N.J.): Pearson: Prentice Hall, 2005.
- Roach, K. Criminal Process. *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Ed. Cane P.; Tushnet M. Oxford University Press, 2003.
- Sanders, A. From Suspects to Trial. *The Oxford Handbook of Criminology*. Ed. Maguire M. et al. Oxford University Press, 1994.

Schauer, F. *Legal Fictions Revisited* [interaktyvus]. 2011 [žiūrėta 2014-03-03]. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1904555>.

Vyšniauskienė, L. *Per metus sukčiams lietuviai „savo noru“ atidavė 3 mln. Lt* [interaktyvus]. 2013 [žiūrėta 2014-03-03]. <http://www.alfa.lt/straipsnis/15134511/Per.metus.sukciami.lietuviai.savo.noru.atidave.3.mln..Lt=2013-05-02_13-51/#.Uw2nz_7hy70>.

Vokietijos žemės teismo (vok. *Landgericht*) sprendimas. Strafurteil in Sachen “Wettskandal” - LG Berlin, Strafurteil vom 17. November 2005, Az.:(512) 68 Js 451/05 Kls (42/05).

Zaksaitė, S. Match-fixing: the shifting interplay between tactics, disciplinary offence and crime. *The International Sports Law Journal*. 2013, 3-4.

Anotacija. Straipsnyje analizuojama fikcijų raiška baudžiamajame procese: fikcijų santykis su konkuruojančiais baudžiamojo proceso tikslais; su neišvengiama teisėsaugos institucijų pareigūnų diskrecija ir teisės taikymu. Teisinio bei faktinio diskurso skirtumai, baudžiamojo proceso paskirties, atskirų institutų ir teisės normų prieštarinėjimui sukuria prielaidas teorinėms, faktinėms ir pozityviosios teisės fikcijoms atsirasti.

Reikšminiai žodžiai: teisinės fikcijos, baudžiamojo proceso tikslų santykis, teisinė diskrecija.

FICTION IN CRIMINAL PROCEDURE: BETWEEN THE ONTOLOGICAL “REALITY”, LAW MAKING AND APPLICATION OF LAW

Salomėja Zaksaitė

Mykolas Romeris University, Lithuania

Summary. This article analyzes the nature and scope of legal fiction in criminal procedure. It reveals that the gap between legal and ontological discourse and the ambivalence of the purpose of criminal procedure create preconditions for theoretical legal fictions. On the one hand, criminal procedure serves the purpose of investigating criminal offenses rapidly and efficiently, and, on the other hand, the aforementioned should be done without prejudice to the rights of the suspects and defendants. Such “competing” goals of the criminal procedure are hardly possible to achieve both at the same time.

Practical (factual) fictions can occur when a special rule and its application distort the meaning of the general rule and, in turn, the meaning of the purpose and goals of criminal procedure. The distortion may also be associated with the selective justice and the funnel effect (in a criminological sense), as well as with the inevitable discretion of

law-enforcement officers: if the discretion serves its own pragmatic aims, then the rule of law might become just a tool to justify the pursuit of potentially dishonest purposes. Thus, a certain seemingly progressive legal regulation (e.g., the institutes of the criminal injunction) might create situations when the suspect's naiveté or excessive confidence can be used to extract confession or other relevant information. Therefore, general principles of law can be "narrowed" to more specific and less visible selective "filters".

Another kind of factual fictions occurs when a general rule is not fully appropriate for the enforcement of legal liability, and then such general rule needs to be interpreted broadly, according to its spirit, not only its text. Such factual fictions are also associated with legal discretion and can be called not only as fictions, but also as teleological application of law or (from the viewpoint of layperson's discourse) the white lie.

Other kinds of fictions are legal ones: they occur on account of the gap between social reality and positive law, e.g., the implication of coercive measures is directly associated with the seriousness of crimes, for which the measures can be applied. However, sometimes the way of committing a crime calls for specific coercive measures (methods to investigate crimes) that cannot be applied due to certain legal constructions. For example, telephone fraud (no matter how big is the sum involved) calls for telephone interceptions. The aforementioned procedural measures should depend not only on the seriousness of an offense (which is a theoretical construct, not necessarily having much to do with the nature of the offense), but also on the way of making a criminal act: there are petty crimes that are difficult to investigate and there are serious crimes that are easy to investigate.

To sum up, different kinds of fictions exist in criminal procedure: theoretical ones, related to the purpose and the aims of criminal procedure; practical ones, related to the legal discretion and the application of law; and legal ones, related to legal norms that are hardly compatible with the dynamic social reality.

Keywords: legal fiction, interrelation between the aims of criminal procedure, legal discretion.

Salomėja Zaksaitė, Mykolo Romerio universiteto Mokslo centro mokslininkė podoktorantūros stažuotoja, socialinių mokslų (teisė) daktarė. Mokslinių tyrimų kryptys: kriminologija, sporto teisė.

Salomėja Zaksaitė, Mykolas Romeris University, Research Centre, Postdoctoral researcher, Doctor of Social Sciences (Law). Research interests: criminology, sports law.