

УДК 343.13

ОРГАНІЗАЦІЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Володимир ЗАВИДНЯК,

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Національного університету державної фіскальної служби України

АНОТАЦІЯ

У статті аналізуються аргументи за і проти введення в нормативну площину кримінального процесуального права судового прецеденту. Особливу увагу приділено розробленню наукового обґрунтування рекомендацій щодо вдосконалення регулювання кримінальних правових відносин і кримінального процесуального законодавства. Вирішуються практичні питання розвитку прецедентного права судами, які є основними творцями прецедентного права й усувають перешкоди з'ясування визначеності пропонувананих останніми роками недосконалих нормативних документів. Розглядається роль правових позицій Великої Палати Верховного Суду, а також їх вплив на стабільність судових рішень та оперативність їх прийняття. Досліджується механізм прийняття рішень, які в подальшому можуть кваліфікуватися як основа практики прецедентного права. Визначається сутність кримінального процесуального правового механізму під час створення судових прецедентів.

Ключові слова: судовий прецедент, суд, прецедентна форма, джерело, право, судова практика.

ORGANIZATION OF THE JUDICIAL PRECEDENT IN UKRAINE'S CRIMINAL JUDICIAL AUTHORITY

Volodymyr ZAVYDNIAK,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor,

Associate Professor of the Department of Criminal Procedure and Criminologists
of the National University of State Fiscal Service of Ukraine

SUMMARY

The article analyzes the arguments for and against the introduction in the normative plane of the criminal procedural law of the judicial precedent. Particular attention is paid to the development of scientific substantiation of recommendations for improving the regulation of criminal legal relations and criminal procedural legislation. The practical questions of the development of case law by the courts, which are the main contributors to the case law, are solved, and they eliminate the obstacles to clarification of the imperfect normative documents proposed in recent years. The role of the legal position of the Grand Chamber of the Supreme Court, as well as their influence on the stability of court decisions and the promptness of their adoption, are considered. The mechanism of decision-making, which in the future can be qualified as a basis of practice of case-law, is explored. The essence of the criminal procedural legal mechanism in the creation of judicial precedents is determined.

Key words: court precedent, court, case law, source, law, judicial practice.

Постановка проблеми. Теоретичні аспекти проблеми судової практики в кримінальному процесуальному праві завжди вважалися об'єктом дослідження в юридичній науці. Основними моментами всіх наукових пошуків були й залишаються питання, що являє собою судова практика, яке значення вона має для регулювання суспільних відносин. Правознавці, котрі досліджують проблему судової практики в кримінальному процесуальному праві, поділялися в основному на два протилежні табори залежно від визнання або заперечення можливості використання судового прецеденту в регулюванні кримінальних правовідносин.

Актуальність теми дослідження. Докорінні перетворення в усіх сферах життєдіяльності українського суспільства істотно впливають на розвиток української правової системи загалом. Здійснюваний державою інтенсивний процес оновлення законодавства не може обійти кримінальне процесуальне право. Розроблення науково обґрунтованих рекомендацій щодо вдосконалення регулювання кримінально-правових відносин і кримінального процесуального законодавства, зумовлених назрілими умовами й потребами розвитку суспільства і створенням правової держави шляхом подальшого вдосконалення та демократизації, – усе це є актуальним завданням науки кримінального

процесуального права. Зазначені фактори зумовлюють необхідність визначення місця й ролі судового прецеденту в механізмі регулювання кримінально-правових відносин.

Стан дослідження. Сьогодні у вітчизняній і зарубіжній науковій літературі проведено досить багато досліджень, присвячених природі організації судового прецеденту в кримінальному судочинстві.

Серед них необхідно назвати таких дослідників, як В. Бернхем, Р. Давид, К. Жоффре-Спіноза, І. Марочкін, І. Москвич, Н. Сібільова, В. Бабкова, Ю. Крючко, Р. Кросс, Б. Малишев та інші.

Метою й завданням статті є подальший розвиток теорії і практики використання судового прецеденту в правозастосовній практиці як джерела кримінального процесуального права України.

Виклад основного матеріалу. Основою для розвитку прецедентного права у сфері кримінального судочинства є судова практика. Безумовно, зі зміною чинного законодавства вона буде змінюватися, у зв'язку з чим буде змінюватися й судовий прецедент, яким сьогодні є правові позиції Верховного Суду по конкретних провадженнях [2].

Більшості юристів властиве розуміння прецеденту як рішення щодо конкретної справи. Це ще одна ознака, яка

дає змогу об'єднати прецеденти з обов'язковими абстрагованими (загальними) рішеннями вищих судових інстанцій, хоча вона й розділяє їх за походженням і процедурою вироблення. Однак їх змістове наповнення – правова позиція, яка формулюється в обох випадках. Така позиція не може бути тільки нормативною. Пояснити таку позицію можна тим, що не можна інтерпретувати норму тільки для одного випадку, так само не можна створити правотворче рішення для разового використання.

У розумінні прецеденту й, відповідно, в його оцінюванні існують численні міфи. Один із найбільш поширених і ніким у науці так і не заперечений – це міф про те, що в Україні всі прецеденти є прецедентами тлумачення. Він оснований на позитивістській міфології про безпроблемність застосування права, логічній замкнутості, коли з чинних законів завжди можна витягти необхідне рішення шляхом їх тлумачення. Ця методологія особливо віталася за радянських часів, оскільки працювала на міф про виключно високий рівень законодавства, у якому відсутні прогалини та недоліки.

Кожен із прийнятих актів має свої характерні ознаки, свій статус і, відповідно, тягне за собою настання різних наслідків. В Україні найширше вивчена природа нормативних актів. Однак і до неї варто повертатися, якщо ми хочемо отримати повне уявлення про прецедент як друге після нормативного акта джерело права. Найбільше в цьому контексті потребує з'ясування природа актів тлумачення права, конкретизації права, подолання прогалин, що усувають суперечності в праві.

Прецедент завжди переходить у якусь форму, точніше, передбачає нерозривний зв'язок змісту й форми. Для вирішення практичних питань розвитку прецедентного права судами законодавцю доцільно визначитися, хто й у яких судових актах може формулювати обов'язкові до виконання нормативні правові позиції. В Україні з упровадженням судової реформи це питання фактично вирішене, так як Верховний Суд у постановах може зазначати правові позиції, які є обов'язковими для судів нижчих інстанцій. Але ми вважаємо, що зовсім не всі судові рішення підходять для формулювання прецеденту, так як в Україні судова практика формулювалась протягом багатьох років, унаслідок чого постанови й ухвали вищих судових органів можуть досить часто відрізнятися. Тому з упровадженням судової реформи 2016 року в Законі України «Про судوустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII й створено Велику Палату Верховного Суду, яка забезпечує єдність застосування судової практики в Україні, правові позиції якої вже зараз вважаються прецедентними.

Отже, за об'єктивними параметрами й на конвенційній основі законодавцям доцільно домовитися, які із судових актів уважатимуться прецедентами, й, відповідно, чітко вказати обов'язкові ознаки прецеденту як за сутністю, так і за формою. Зараз такі ознаки досить не чіткі, трактуються правозастосовачами по-різному.

При цьому вже зараз проглядається мета прецеденту, яка не може розходитися з основними цілями закону. Прецедент завжди продовжує (реалізує) завдання законодавця щодо внесення визначеності в регулювання суспільних відносин. Законодавець, у свою чергу, сприймає прецедентне право й із часом фіксує у видаваних ним нормативних актах. Також у Законі вже зараз визначено інстанцію, яка повинна проводити та забезпечувати моніторинг прецедентної практики.

В Україні суд виносить рішення, виявляючи виражену в законі волю. За загальним правилом, прийнято керуватися волевиявленням законодавця, нічого до нього не додаючи. Але вже в рішенні справи на стадії першої інстанції може виникнути ситуація, коли сторони розуміють закон по-різ-

ному. Суд приймає одну з позицій, що видно з його рішення, винесеного по суті питання. Якщо відмінності в тлумаченні закону стають предметом аналізу під час розгляду цієї справи у вищій судовій інстанції, виникає необхідність дати розгорнуте тлумачення норми відповідно до обставин цієї справи. Й оскільки це тлумачення саме норми права, так як відображає її зміст, воно переплітається з нормою й діє разом із нею, набуває загального характеру. Не можна дати тлумачення норми стосовно (виключно) тільки одного випадку, хоча б воно і тлумачилося у зв'язку з розглядом конкретного судового провадження та конкретних обставин. Саме так в Україні народжується прецедент тлумачення права. І щоб він визнавався в такій якості, необхідно дотримуватися низки процесуальних умов. Найважливішою є посилання в законі на ті інстанції, чий роз'яснення набувають обов'язкового значення для розгляду наступних справ без будь-яких застережень і винятків, коли в основу рішень буде покладено витлумачена цією інстанцією норма.

Інша ситуація виникає там, де правозастосувач безсилій виявити волю законодавця, тому що вона не проявляється в змісті кримінальної процесуальної норми. У такому випадку буде доречним розрізнити три можливі випадки, які можуть виникнути в законодавстві України:

1. Часто законодавець уживає загальні (оціночні) поняття, об'єктивно не маючи можливості проявити свою волю в усій повноті. Він розраховує на природний розвиток норми в ході правозастосовної практики. Фактично суд за велінням законодавця (прямим чи непрямым) змушений конкретизувати норму в ході її застосування. Це відбувається під час розгляду кримінального провадження в суді першої інстанції й відображається у винесеному рішенні. Якщо правова основа рішення підлягає оскарженню у вищій інстанції, тут не обійтися без розгорнутого обґрунтування проведеної конкретизації норми. Суд, отже, формулює правоконкретизувальне положення, яке може становити зміст прецеденту конкретизації права. І якщо воно буде відповідати певним формальним процесуальним умовам, його застосування для нижчих судів є обов'язковим. Однак цей прецедент не входить у зміст норми й може діяти тільки стосовно того різновиду обставин, щодо яких ця конкретизація проведена. Іншими словами, він нерозривно пов'язаний із кримінальною процесуальною нормою та з конкретними обставинами, які в ній викладені.

Відразу зауважимо (і це має значення не тільки для теорії права, а й у практичному плані для вирішення будь-яких проваджень та особливо справ щодо забезпечення прав і свобод учасників кримінального провадження), що тлумачені прецеденти завжди діють зі зворотною силою. Прецеденти конкретизації – тільки тоді, коли прямо зазначено в правозастосовному судовому акті, а прецеденти права мають зворотну силу за загальними правилами – тими, які прийняті до появи нових нормативних актів.

2. Коли у праві (нормативних актах) є прогалини. З деяких пір це визнається майже всіма й щодо вітчизняного права. Це той випадок, коли право мовчить, хоча, виходячи з різних обставин, мало б містити регулювання. Воля законодавця з різних причин не міститься в жодному нормативному документі. Це той випадок, коли в правосудді відмовити не можна і треба створювати правову основу для вирішення справи, долати свого роду перешкоду на шляху реалізації права. Можна образно уявити собі рух (розвиток) суспільних відносин у вигляді потоку, який за певних обставин розгалужується, а «по весні» може розлитися безмежно, й чинні норми («мости» й «містки») не дають змоги потрапити з пункту «А» в пункт «Б». Суд змушений «наводити переправи» тимчасові, на короткий, а то й на тривалий термін, аж до «капітального ремонту», який

проведе законодавець. Утім законодавець може цілком задовольнити те, як саме суд вийшов із ситуації. Прикладом може бути, коли Верховний Суд України ухвалив рішення про третій тур виборів у 2005 році, на підставі якого законодавець дозволив собі за певних обставин знайти шлях для подолання прогалини закону і призначити третій тур виборів.

В Україні суд може використовувати під час створення правової основи для вирішення по суті судового провадження низку логічних прийомів, передусім аналогію закону й аналогію права, а також низку змістових принципів – принцип справедливості. Прикладом може бути Рішення Конституційного Суду України, у якому Суд зазначив, що справедливість вища за закон [3].

Швейцарський законодавець, наприклад, вирішив проблему більш радикально: він зобов'язує суддю зайняти позицію законодавця й вирішити питання (створити норму), ніби він був законодавцем.

Проблема прогалин у праві є складною та багатогранною. Особливо складними в теоретичному і практичному плані є питання встановлення прогалин, їх відмежування від суміжних явищ. Спірними є межі діяльності правозастосувача в разі виявлення прогалин у законодавстві. Тут ми можемо відштовхуватися від багатьох нюансів і загалом констатувати: якщо в праві виявляється прогалина (воля законодавця не встановлена), суд формулює відсутні правові положення.

Ці положення (незалежно від того в якій судовій інстанції вони сформульовані, якщо вони винесені під час розгляду конкретного провадження) претендують на роль прецеденту права (правового прецеденту). Для цього в законі повинні бути зазначені хоча б формальні ознаки.

3. У праві є протиріччя, і правозастосувачу доводиться їх долати. Існують правила, за якими здійснюється вибір у разі протиріччя двох або більше норм. Суд першої інстанції виносить рішення, посилаючись на обрану норму без будь-яких обґрунтувань. Але вищому суду доводиться обґрунтовувати такий вибір норми, формулюючи відповідне положення.

Ця робота не є тлумаченням норм, оскільки воля законодавця виявлена, хоча вона й суперечлива. Водночас відсутність такої прогалини дає змогу виробляти множинність регулювання. Прогалину в цьому випадку можна констатувати тільки в разі радикальної суперечливості декількох норм, коли одна з них заперечує іншу.

Так чи інакше, але обґрунтування рішення суду в частині вибору застосовної норми матиме нормативний характер. В іншому випадку руйнується єдність застосування судової практики.

У вирішенні питання про те, хто повинен формувати такі прецедентні правові положення, можна сказати так: хто першим стикається з певною ситуацією, той і починає відповідне формування. Визначитися потрібно тільки з тим, на якому етапі прецедент створюється остаточно, рішення якої судової інстанції є (визнається) загальнообов'язковим. Іншими словами, не варто як аргумент наводити зразу всі рішення, що виносилися тими чи іншими судовими органами.

Останній аргумент досить вагомий. У нашій державі роль вищих судових інстанцій закріплена в Конституції України, стадія формування правових позицій, особливо їх якості та особлива форма, іменується сьогодні багатозначним поняттям «судова практика». У нас – це не є прецедентом. Рішення ухвалюються не в конкретній справі, а на основі узагальнення багатьох справ. За значущістю, авторитетом вони наближаються до правових позицій законодавця, які оформлюються законодавчими актами. Разом із тим правові положення, що містяться в постановах вищих

судових інстанцій, не зменшують значення прецедентних рішень, що використовуються нижчими інстанціями. Більше того, відповідні прецеденти можуть отримати в цих постановах додаткову легітимізацію на високому рівні загальних позицій вищої судової інстанції.

В Україні судовий прецедент на законодавчому рівні не визнаний джерелом права, однак судова практика таким джерело є, тільки особливим, вторинним, який є додатковим, допоміжним регулятором суспільних відносин і завжди стоїть після закону

Хотілося б нагадати, що судова практика й судовий прецедент поняття не завжди рівнозначні. У тих випадках, коли мова йде про діяльність судових органів, зумовлену виробленням роз'яснювальних положень, рекомендацій, спрямованих на однакове застосування закону, про рівнозначність судового прецеденту із судовою практикою говорити не доводиться, судова практика є лише посилком до виникнення судового прецеденту, а у випадках, коли діяльність судових інстанцій у вигляді узагальненої судової практики виступає як певний результат, що характеризується виробленням певної універсальної дефініції (правотворення), існування якої буде неодноразово повторено й підтверджено, допустимо висловлювання про рівнозначність понять «судовий прецедент» і «судова практика».

Насамперед правотворцем судового прецеденту є суддя, так як саме він приносить у кримінальний процес не тільки свій життєвий досвід, професійні знання, а й своє уявлення про справедливість у сфері дії конкретної правової норми, коректуючи кожен раз такі уявлення шляхом їх зіставлення щодо суспільної думки, виходячи з принципів справедливості, сумлінності, розумності, правової свободи тощо.

Такий підхід до прийняття судових рішень із погляду загальних принципів є вимогою сьогодення процесуального законодавства. Так, у ст. 2 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України зазначено: «Завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура» [1]. Виконання цих завдань є державним обов'язком суддів, оскільки суддя ухвалює рішення іменем України (ст. 371 КПК України).

Сьогодні процесуальний закон вимагає від суддів законних та обґрунтованих судових рішень. Такі вимоги закріплені в ст. 370 КПК України. Рішення є законним, якщо «ухвалене компетентним судом згідно з нормами матеріального права з дотриманням вимог щодо кримінального провадження» [1]. При цьому рішення вважається обґрунтованим, якщо воно «ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом» [1].

Разом із тим судді першої інстанції часто потрапляють у ситуацію, за якої розуміють, що справедливо було б прийняти рішення виходячи з норм моралі, але із цих позицій дуже складно достатньою мірою обґрунтувати своє рішення.

Тоді судді, виходячи з реальності й законності судочинства, підходять до судового процесу з погляду його лінійності, тобто точної відповідності тільки нормам матеріального та процесуального права, вносячи тим

самим у кримінальне судочинство винятковий формалізм. І це є об'єктивним, оскільки повноваження суддів першої інстанції під час розгляду цивільних справ формалізовані. Так, у ст. ст. 372, 374 КПК України точно закріплюються вимоги, які повинен виконати суд під час ухвалення судового рішення. При цьому законодавець закріплює обов'язок суду щодо того, що й у якій частині судового рішення суддя повинен писати.

Безумовно, такий підхід до розгляду судових справ не дає можливостей суддям першої інстанції «творити право». Їхнім завданням є правильне встановлення фактичних обставин у справі. І це важливо в інтересах усього механізму створення судового прецеденту, оскільки судді можуть неправильно встановлювати фактичні обставини й, відповідно, приймати помилкові судові рішення.

Первинним суб'єктом у формуванні прецедентного судового рішення є суддя першої інстанції. Місцем формування судового прецеденту є виключно судові засідання, а формою його закріплення – лише письмове рішення суду. Посилення змісту правової аргументації на основі дедуктивного застосування загальних прецедентних правил майбутнього судового прецеденту відбувається на рівні апеляційного суду, де перевіряється кримінальне провадження на предмет: а) правильності встановлених обставин; б) визначення правовідносин; в) правильності їх кваліфікації щодо норм права в суді першої інстанції; г) мотивації прийняття рішення або на основі високого ступеня узагальнення чи безпосередньої прив'язки до певних фактів.

Скасовуючи судові рішення суду першої інстанції, апеляційний суд, по суті, заявляє про недовіру встановленим правовідносинам і їх кваліфікації судом першої інстанції, на цій основі дає свою інтерпретацію «висновку суду апеляційної інстанції по суті вимог апеляційної скарги» [1]. Водночас, підтримуючи рішення суду першої інстанції, апеляційний суд розвиває обґрунтування правової позиції суду нижчої інстанції, розширюючи її та поглиблюючи.

Більш відчутно прецедентне право заявить про себе за зміни системи судоустрою й отримання Верховним Судом виключної юрисдикції, яка сьогодні властива всім верховним судам європейських країн.

Делегування всіх без винятку повноважень Верховному Суду сприяло б створенню нового кримінального процесуального правового механізму у сфері формування прецедентного права, оскільки створення судових прецедентів Верховним Судом сприяло б створенню стійкої

судової практики, яку формував би єдиний вищий орган судової влади.

Висновки. Отже, механізм формування судових прецедентів в Україні здійснюється одночасно по горизонталі (норми права, судова практика) і по вертикалі (судові рішення судів першої, апеляційної інстанцій, Верховного Суду та Європейського суду з прав людини).

При цьому сутність кримінального процесуального правового механізму під час створення судових прецедентів полягає в процесуальній правовій можливості судів різних інстанцій інтерпретувати чинне матеріальне і процесуальне законодавство в співвідношенні з чинними судовими прецедентами з метою можливого розширення дії норми права, яка регулює певні правовідносини в конкретному провадженні, являючи собою джерело права як підставу для подальшого їх застосування.

Саме із цих причин в Україні сьогодні формується прецедентне право, яке жодним чином не може нашкодити праву континентальному, що має місце в Україні не одне століття.

Список використаної літератури:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI зі змін і доповн. База даних «Законодавство України». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
2. Маслов В. Судебный прецедент в Украине: процессуально-правовой аспект. *Legea § 1 viata*. 2015. URL: <http://www.legeasiviata.in.ua/archive/2015/3-2/17.pdf>.
3. Рішення Конституційного Суду України № 15-пп/2004. *Законодавство України*. 2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

Завидняк Володимир Іванович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Національного університету державної фіскальної служби України

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Zavydniak Volodymyr Ivanovych – Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Criminal Procedure and Criminologists of the National University of State Fiscal Service of Ukraine

zxcv79@meta.ua