УНІВЕРСИТЕТ ДЕРЖАВНОЇ ФІСКАЛЬНОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

Завидняк Володимир Іванович

ВПРОВАДЖЕННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТА У КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС УКРАЇНИ

Монографія

Ірпінь
2019

УДК 343.13(477)
ББК 67.9(4 Укр) 310.2
З-13

Рекомендовано до друку рішенням Вченої ради
Університету державної фіскальної служби України
(протокол № 5 від 30 травня 2019 року)

Рецензенти:

Галаган В. І., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Києво-Могилянська академія»;

Чорноус Ю. М., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри криміналістики та судової медицини Національної академії внутрішніх справ;

Басиста І. В., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального процесу та криміналістики Львівського державного університету внутрішніх справ.

Завидняк В. І.

З-13 Впровадження судового прецедента у кримінальний процес України: монографія / В. І. Завидняк. – Ірпінь : Університет ДФС України, 2019. – 410 с.

ISBN 978-966-337-534-2

Монографія присвячена комплексному дослідженню проблем, пов'язаних з введенням судового прецедента в кримінальний процес України. На основі аналізу наукових праць вітчизняних і зарубіжних вчених розглядаються особливості застосування судового прецедента в кримінальному судочинстві України.

Видання буде корисним для наукових, практичних працівників, викладачів та здобувачів вищої освіти.

УДК 343.13(477)
ББК 67.9(4 Укр) 310.2

© Завидняк В. І., 2019
© Університет державної фіскальної служби України, 2019

ISBN978-966-337-534-2

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА.....5

РОЗДІЛ 1. ІСТОРИЧНИЙ РОЗВИТОК ТА СВІТОВИЙ ДОСВІД ЗАПРОВАДЖЕННЯ І ВИКОРИСТАННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ ЯК ОДНОГО ІЗ ПОВНОЦІННИХ ДЖЕРЕЛ ПРАВА.....9

1.1. Поняття джерел права та місце судового прецеденту серед них як складової частини.....9

1.2. Історичний розвиток та сучасний стан судового прецеденту в Україні.....35

1.3. Судовий прецедент в англосаксонській системі права та можливість запровадження судового прецеденту на основі поєднання правових систем.....58

1.4. Місце судового прецеденту в країнах романо-германської системи права.....79

1.5. Значення судового прецеденту для оптимізації кримінального процесуального законодавства.....96

РОЗДІЛ 2. ПРАВОВІ ОСНОВИ ЗНАЧЕННЯ ТА ЗМІСТУ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ.....117

2.1. Правові основи впровадження судового прецеденту в кримінальний процес України.....117

2.2. Судовий прецедент як джерело права в кримінальному процесі України.....135

2.3. Значення судового прецеденту для заповнення прогалин у кримінальному процесі України.....157

2.4. Преюдиціальність як взаємозв'язок із судовим прецедентом у кримінальному процесі України.....178

2.5. Тлумачення правовідносин, як зв'язок із судовим прецедентом у кримінальному процесі України.....201

2.6. Співвідношення судового прецеденту в національному, кримінальному процесуальному та міжнародному праві.....223

РОЗДІЛ 3. ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ В УКРАЇНІ.....246
3.1. Основи організації судового прецеденту в кримінальному процесі України.....246
3.2. Форми судового прецеденту в кримінальному процесі України.....267
3.3. Відмінності судового прецеденту в кримінальному процесі України від інших країн.....293
3.4. Рішення ЄСПЛ у правовій формі судового прецеденту України.....318
3.5. Обумовленість судового прецеденту як джерела кримінального процесуального права та проблеми, що можуть виникнути під час запровадження судового прецеденту в Україні.....340
ВИСНОВКИ.....361
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....369

ПЕРЕДМОВА

Україна – держава порівняно молода. Важко стати найкращим без достатнього досвіду, з часом з'являється розуміння про необхідність навчання на власному досвіді, не забуваючи про ідеал, що виблискує попереду. І це повинно стосуватися всіх і кожного, а найбільше тих, хто виконує першочергове завдання з реального забезпечення ефективного механізму захисту основних прав і свобод людини. Звичайно ж, йдеться про судову гілку влади. Суддя не повинен бути виключно обрюзглим бюрократом, він не повинен занурюватися у рутину глибше, ніж містяться ідеали та завдання обраної ним професії. Він повинен бути новатором, людиною широких поглядів та чітких переконань, «ланцюгом», який би поєднав не лише правозастосування, а й створення права.

Враховуючи ту інтенсивність життя, що нас оточує, було б найбільшим безглуздям продовжувати наслідувати нормативістську концепцію права з її визнанням єдиного джерела права – нормативно-правового акту. Чим міцніше будемо занурюватися у цей застарілий «кокон», тим ясніше станемо відчувати себе «обділеними» – тими, хто не здатен як потрібно про себе подбати.

Час іде, повинні рухатися вперед, вбираючи найкраще, переосмислюючи та утворюючи власну «суміш», здатну надати нам неабиякого ривка вперед. Саме тим поштовхом, який здатен це зробити, і є судовий прецедент. А точніше, його сучасне переосмислення й визнання важливим джерелом права в Україні. Він здатен стати тим, хто буде, мов дзеркало, відображати багатогранність та мінливість реального життя, балансуючи між належним і сущим, абстрактним і конкретним, загальним і окремим, динамічним і статичним, духом і дійсністю.

Крім того, прагнення України до вступу у Європейське співтовариство також вимагає дослідження можливості належного впровадження цього правового явища. «Рівний перед рівними» – саме таким

повинно бути гасло вступу українського співтовариства до Європейського Союзу.

На цьому фоні абсолютно логічно відбулася зміна поглядів на діяльність судової системи в Україні. З'явилися різні, часом діаметрально протилежні уявлення про роль і значення судів у правовому регулюванні кримінальних процесуальних відносин.

У цій діяльності важлива роль відведена Конституційному Суду України та судам загальної юрисдикції, оскільки розвиток демократичних інститутів зумовив зміцнення позицій судової влади як обов'язкового елементу політичної і правової дійсності.

Цінність дослідження в рамках галузевого законодавства визначається системним підходом до вивчення певного кола питань, які дозволяють виявити причини й умови виникнення проблем і виробити конструктивні пропозиції щодо їхнього усунення та оптимізації кримінальної процесуальної діяльності під час здійснення кримінального судочинства в Україні.

Комплексне дослідження судового прецеденту в кримінальному судочинстві важливо як з наукової, так і з практичної точки зору, оскільки завдяки реалізації конкретних судових правових позицій забезпечується правильне розуміння і застосування норм кримінального процесуального права у чіткій відповідності Конституції України.

Дослідження питань судового прецеденту, як правило, здійснювалося в контексті джерел права або у ході аналізу правової природи постанов вищих судових органів України і правозастосовного процесу. Проте єдності в розумінні природи і значення судового прецеденту в українській правовій системі на сьогодні не спостерігається. Не всі питання, пов'язані із судовим прецедентом, отримали достатнє висвітлення. Нині думки з приводу визнання за судовим прецедентом сили джерела права в кримінальному судочинстві України досить суперечливі і неоднозначні. Одні вчені, безперечно, вважають судовий прецедент джерелом права. Інші – що тільки постанови Верховного Суду та рішення Європейського суду з прав людини можуть містити

нормативну частину, відповідаючи вимогам створення судового прецеденту відповідно до англійської класичної моделі. Треті вважають, що тільки рішення Конституційного Суду України є джерелом права внаслідок природи існування цієї судової ланки і звичного розуміння процесу правотворчості. А решта навідріз заперечують можливість існування в рамках української правової системи судового прецеденту, побоюючись свавілля з боку судової влади. Більш того, в дослідженнях, що проводилися до цього часу, максимум уваги приділялося інтерпретаційній практиці судів, а індивідуальне правове регулювання судами практично залишалося поза увагою. Малодослідженими є і питання застосування юридичної техніки стосовно судових прецедентів у кримінальному судочинстві України. Зазначені причини створюють необхідні передумови для продовження теоретичного дослідження питань судового прецеденту як джерела права в кримінальному судочинстві України.

Таким чином, актуальність теми цього дослідження визначається з теоретичного боку слабкою розробленістю питань формування, реалізації та впливу судових прецедентів у правовій науці, а також правовою реформою, яка проходить в Україні і вимагає нового підходу та розуміння як уже використовуваних, так і таких нових явищ, як судовий прецедент у кримінальному судочинстві України. З практичної точки зору актуальність роботи визначається тим значним впливом судових прецедентів судів вищої ланки та Європейського суду з прав людини на правозастосовну практику у сфері кримінального судочинства.

Об’єкт дослідження становлять теоретичні та практичні проблеми введення судового прецеденту як специфічного типу правозастосування в кримінальному судочинстві України, що є однією з форм реалізації права поряд з дотриманням, виконанням і використанням права.

Предметом є вивчення можливості введення судового прецеденту в кримінальне судочинство України.

Мета дослідження полягає в тому, щоб, спираючись на вивчення й аналіз міжнародно-правових принципів і стандартів, а також правових систем зарубіжних країн, на основі наукових досліджень і емпіричного матеріалу з урахуванням вітчизняного досвіду, розробити теоретичну концепцію впровадження судового прецеденту в кримінальне судочинство України і підготувати пропозиції щодо її правового забезпечення та використання в правозастосовній практиці.

РОЗДІЛ І
ІСТОРИЧНИЙ РОЗВИТОК ТА СВІТОВИЙ ДОСВІД ЗАПРОВАДЖЕННЯ І ВИКОРИСТАННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ ЯК ОДНОГО ІЗ ПОВНОЦІННИХ ДЖЕРЕЛ ПРАВА

1.1. Поняття джерел права та місце судового прецеденту серед них як складової частини

Право – це один із тих китів, на якому базується будь-яке суспільство. Яким саме воно буде не в останню чергу, випливатиме з того, якими джерелами з якісного та кількісного виміру воно буде підкріплюватися. Йтиметься, звісно ж, про джерела права.

Вперше поняття «джерело права» було застосоване щонайменше дві тисячі років потому. Але проте й до цього часу воно залишається в центрі обговорення наукової спільноти. Що й не дивно, адже, як відомо, абсолютна істинність будь-якого поняття є швидше за все утопічним явищем, тому потрібно до нього прагнути, але ніколи не припиняти пошуків.

І для початку хотілося б наголосити на недаремності цих пошуків.

По-перше, саме в джерелах права найяскравіше проявляються загальносоціальні риси права – саме ті загальні закономірності та специфічні особливості, що характерні праву загалом або окремим його галузям.

По-друге, детальна розробка та вивчення цієї проблеми дозволяє краще не тільки пізнати сучасне право, а й визначити сутність права на кожному окремому етапі його розвитку.

Стосовно цього М. Марченко зазначає, що «... не можна не враховувати історичний аспект процесу формування та розвитку уявлень про джерела та форми права, оскільки право, еволюціонуючи разом зі своїми джерелами, постійно змінюється, розвивається й удосконалюється» [65, с. 4].

По-третє, дослідження цього питання актуалізується і тим, що серед вчених досі не вироблено єдиної позиції щодо розуміння самого поняття «джерело права». На думку більшості, ця правова категорія характеризується нечіткістю, неоднозначністю [103, с. 194; 73], невизначеністю та є однією зі складних об'єктів пізнання. У такій ситуації вирішення обраної нами проблеми набуває особливої гостроти, тим більше, що юридична практика застосування цього поняття в усі часи також характеризувалася суперечністю й інтуїтивністю, підтвердженням, чого є відсутність його нормативного визначення у чинному законодавстві. І не в останню чергу, приступаючи до чергової спроби вичленити істину серед усього розмаїття думок та поглядів, потрібно вірити, що саме ця спроба увінчається успіхом.

Наукове осмислення будь-якої проблеми неможливе без проведення історичного аналізу. Ретроспективна оцінка сприяє глибшому розумінню сучасності та точнішому прогнозуванню майбутнього. Недарма ж основана на досвіді минулих поколінь крилата цитата, що міцно увійшла у свідомість суспільства, – «без минулого немає майбутнього». І аж ні трішки не заперечуємо проти її фундаментальної значущості і насамперед, починаючи досліджувати питання про зміст, сутність і динаміку розуміння категорії «джерело права», згадуємо автора цього поняття Тита Лівія, який понад дві тисячі років потому у своїй праці «Римська історія» вперше вжив цей термін, назвавши Закони XII таблиць «fons omnis publici privatique iuris» джерелом усього приватного і публічного права [133, с. 32; 78, с. 6]. Таке розуміння джерела права ґрунтувалося на первинному лінгвістичному значенні слова «джерело», яке сучасні словники тлумачать як «те, що дає початок чому-небудь», «будь-який початок чи підставу, корінь і причину, вихідне положення».

На рівні правозастосування зрозуміти, що є джерелом формування діючих у суспільстві приписів, намагалися з давніх-давен. Однією з найперших моделей такого уявлення було середньовічне припущення про божественне походження права, яке розуміли як різновид

взаємодії вищих сил з людиною. Так, наприклад, для Ф. Аквінського право було вираженням дії справедливості в божественному порядку людського співжиття, а його джерела – своєрідною формою еманації волі божества. Особливу увагу у своїй правовій доктрині мислитель приділяв законам. На його думку, вони пов'язані між собою зв'язками підлеглості й поділяються на вічний, природний, людський і божественний. Вершину законів займає вічний закон – універсальні норми, загальні принципи божественного розуму, що керують всесвітом. Його Ф. Аквінський ототожнював із Богом і вважав первинним щодо інших. Другий вид закону – божественний, надано людині в Біблії, він є необхідним, оскільки людський розум самостійно не може дійти до єдиного уявлення про правду, а людський закон не здатний повністю знищити зло. Природний закон, що є відображенням вічного закону в людському розумі, приписує прагнути до самозбереження і продовження роду, зобов'язує шукати істину (Бога) і поважати гідність людей. Природний закон конкретизується в людському (позитивному) законі, призначення якого примушувати людину уникати зла і досягати чеснот [121, с. 14].

Тож зрозуміло, що за такого підходу тематика божества як творця всього зумовлювала зміщення акценту за намаганнями пояснити в межах цієї теорії сутність джерела права з питання про те, що таке джерело права, на питання про те, хто створює і надає авторитету правовим приписам.

Згодом у XVII–XVIII стст. у період ранніх буржуазних революцій на зміну релігійно-схоластичному світогляду Середніх віків прийшла філософія раціоналізму, а разом з нею й ідея природного права [116, с. 64]. Поява принципово нових учень про джерело права була пов'язана з кардинальними змінами, що відбулися у сфері філософських і світоглядних позицій. Представники школи природного права почали відходити від християнської метафізики, шукаючи засади формування права у природі людини, її розумі та суспільстві. Так, Т. Гоббс наголошував на великому значенні письмової форми для законодавства і підкреслював, що для належного функціонування форм права

обов'язковим є доведення їх до відома суб'єктів права. Дж. Лільберн обґрунтував ідею переваги природного права над позитивним, згідно з якою закони держави повинні контролюватися загальними принципами, ідеями розуму та справедливості. Ч. Беккаріа виклав свої міркування щодо судового тлумачення та розсуду, вбачаючи велике зло в законах, юридичній техніці й нечіткій мові. Німецький філософ Г. В. Ф. Гегель виходячи із суб'єктивістських позицій визначав джерело права як вічні та абсолютні ідеї, національний дух і традиції народу. У праці «Філософія права» він писав, що підґрунтям права є духовне взагалі, а його найближчим місцем і вихідним пунктом – вільна свобода, оскільки свобода становить її субстанцію і визначення, і система права є царством реалізованої свободи, світом духу, який породив він сам як іншу правову природу [23, с. 31].

Проте висловлюваних думок попередніх вчених було дійсно недостатньо, тому що починаючи з XIX ст. тема про джерела права стає предметом наукового дослідження не одного десятка вчених. Ця правова категорія наповнюється змістом з огляду належності дослідника до певної філософсько-правової школи. Вважається, що у цей час право було ареною напруженої боротьби двох підходів у його розумінні: природного й позитивістського. Проте, звернувшись до відомих постулатів цих правових концепцій, стає зрозуміло, що існуючі між ними відмінності значно були зумовлені саме специфікою трактування понять «форма права» і «джерело права».

Форми та джерела позитивного права (як і саме право) характеризуються тісним і безпосереднім зв'язком з «державним сувереном» [65, с. 65]. За позитивістським визначенням, право – це сукупність норм, що виражають волю держави і забезпечуються її примусовими санкціями. Ці три елементи: норми, суверенна влада і санкції – є суттєвими ознаками права. Звідси його основною формою і головним джерелом постає законодавство [52, с. 6], яке вимагає абсолютної покори і виконання, навіть якщо й видається комусь несправедливим. «Закон є закон», «нехай навіть усе загине, а залишиться закон» – ось основні принципи цього праворозуміння. Закон

виступає вищим проявом вічних зачатків розуму, справедливості, що не піддаються ніякому тлумаченню. Ніщо і ніхто не може бути кращим за нього, а всі інші джерела, насамперед звичай, прецедент і справедливість, повинні підпорядковуватися йому або зливатись із ним [68, с. 30].

Природно-правова концепція права мала в собі зовсім інше розуміння цієї проблеми. Виходячи зі складності й багатогранності цієї концепції в юридичній і філософській літературі немає єдиного визначення природного права, а також його форм і джерел. Залежно від об'єктивного чи суб'єктивного природного права всі джерела поділяються на первинні та вторинні. До первинних джерел відносять матеріальні умови життя окремих людей і всієї людської спільноти (матеріальне джерело), саму життєдіяльність людини в оточуючому матеріальному середовищі як розумної істоти (біологічне джерело), а до вторинних – оточуюче соціальне середовище (соціальне джерело), в історичних межах якого воно народжується, живе й розвивається. Але основним джерелом природного права є все ж таки розум, інтелект людини, можливість сприйняття законів природи і пристосування до їхньої дії.

Представники нормативістської школи права вбачали джерело в абстрактній «основній нормі», що і дає початок усьому праву [92, с. 8; 133, с. 35]. Відповідно до нормативістського типу розуміння норма є не лише єдиним джерелом права, а й загальнолюдською цінністю. Та останнє, зрозуміло ж, не стало загальнолюдською панацеєю, адже багато в чому виявилося суперечливим. Так, людина й дійсно не може існувати без норми: сприймаючи норми зовнішнього світу, роблячи їх своїми, людина зливається з цим світом, живе тепер не тільки в ньому, а й разом з ним. Норма – це спосіб залучення до соціального життя, включення її в роботу суспільного організму, а також запорука стабільності, надійності існування, захисту. Однак поступово на певному етапі норма починає «обмежувати» людину, протистояти прояву її особистості, оскільки це те, що суперечить самій природі людини як творчої істоти. Будучи основою людського існування, вона ж стає

гальмом людського розвитку. Адже норма підводить усіх таких різних під одне загальне правило. Іншими словами, хоча норма й зближує людей, але сама вона й пригнічує їхню свободу [48, с. 17].

Одним словом, критика в цьому випадку не стала лише суто супроводжуючим відлунням, яке невідступно слідує за будь-яким інноваційним відкриттям чи проривом, а трансформувалася у відносно стійку концепцію правового психологізму. Концепції Ч. Ломброзо, Л. Петражицького, З. Фройда та інших неминуче підводили до висновку, що якщо норми права, закони не торкаються свідомості людини, залишаються для неї байдужими, тоді самі вони втрачають будь-який сенс. Так чи інакше, свідомість людини, її психологія і передусім воля є безпосереднім предметом впливу законодавства. Ефективність цього впливу визначає ефективність права взагалі, міру його регулятивності та характер правопорядку загалом. На думку Л. Петражицького, право – це явище духовного світу, психічне явище, явище нашої душі, його не можна обмежити нормами чинного права. Його основою, джерелом є внутрішня сфера, життя людини [30, с. 19].

Таким чином, сприйняття першоджерел почало все більше наближатися до гуманістичного полюсу. Саме засновнику психологічної школи права Л. Петражицькому вперше вдалося акцентувати увагу на суб'єктивних аспектах правової поведінки і правовідносин загалом. Завдяки йому сьогодні вважається, що право – це не суто об'єктивне явище соціально-економічного, нормативного походження, воно має й інший бік – суб'єктивний, без урахування якого не може реалізуватись і функціонувати як таке [49, с. 62].

Значного розвитку проблема джерел права набула завдяки соціологічному напряму юриспруденції. І останній був не чим іншим, ніж ще одним щитом супроти безжалісного панування позитивного підходу, який був як фундамент для вкорінення думки стосовно нівелювання соціального сприймання нормативного документа. Представники цього напряму визначали джерело права через «особливості біологічної природи людини», «соціальну реальність» або практичну діяльність суддів і чиновників.

Не дивно, що серед представників цього напряму левова частина була знайома з тогочасними реаліями, перш за все базуючись на близькому професійному спілкуванні. Судова практика і представники науки, які стояли близько до неї, скептично ставились до «бездушних паперових тиранів», що неначе панували на той час, вбачаючи єдиний доцільний вихід – у наданні судді більше правотворчих повноважень. Тоді, як основою позитивістського типу праворозуміння, були постулати типу: «лише те, що функціонує як норма права і є право», «право є логічно-завершеним і здатне регулювати всі суспільні відносини»; представники соціологічного підходу ставили інші питання: «чи дійсно право «безпрогальне», «що робити, якщо закон не зможе «підказати», «як прийняти правильне рішення» та інші.

І нині здатні з легкістю зауважити, що такі запитання не були безпідставними (й подекуди все ще залишаються такими бути), адже закон, маючи консервативний характер, не може охопити всі сфери соціального життя. Він не завжди встигає за динамікою соціальних та економічних змін, не завжди відповідає новим умовам господарювання й соціальних взаємодій і, як наслідок, стримує розвиток суспільства. Закріплена в законодавстві й забезпечена державою норма права є насамперед результатом попереднього аналізу й осмислення існуючих у суспільстві відносин: ця норма або закріплює вже сформовані правовідносини, що відповідають інтересам суспільства, або спрямована на блокування виявлених негативних форм поведінки, або ж – на формування позитивних типів і моделей поведінки суб'єктів права. У будь-якому випадку закріплена норма права стає негнучкою схемою, під яку просто залишається «підганяти» все розмаїття конкретних ситуацій, що зазвичай не відповідає довічному ідеалові справедливості у вирішенні спорів щодо права. Саме на такі суттєві недоліки позитивізму неодноразово вказували представники соціологічної школи права.

Отже, проаналізувавши все вищезазначене, можна підсумувати, що системне вивчення джерел права було започатковано лише з виникненням самостійних правових концепцій і шкіл. Позитивним

моментом у цьому став різнобічний аналіз джерел права. Застосування різноманітних методів приводило до виявлення та вивчення ще нерозкритих пластів складної структури цього правового феномену. На стадії формування основних шкіл права світова юридична думка змогла, нарешті, подолати історично зумовлені обмеження у сприйнятті джерел права (як, наприклад, абсолютно домінантне розуміння джерела права як нормотворчої волі чи традиційно недостатня аналітична увага до формального аспекту його буття). Джерела права стали самодостатнім об'єктом наукового аналізу, синкретичний розгляд цього правового явища відбувався в умовах концептуального плюралізму, в якому самодостатні теорії відіграли основну методологічну роль. Плюралізм поглядів був зумовлений передусім гносеологічно. Багатозначність, різноаспектність і розмаїтість категорії «джерело права» не дозволяло обмежити його пізнання якимось одним абсолютно правильним способом його осягнення та осмислення. Аналізуючи переваги й особливо недоліки певного підходу до розуміння категорії «джерело права», можна зробити висновок про неможливість їхньої абсолютизації. Тільки раціональне врахування всього позитивного, що є в них, дає можливість адекватно й усебічно дослідити цей складний правовий феномен [30, с. 23].

І звісно ж, з розвитком усього суспільства така категорія, як «джерело права», не залишалась осторонь уваги провідних науковців та мислителів XX ст. У юридичній літературі зазначеного періоду поняття «джерело права» розкривалося, як правило, через співвідношення сутності природного та позитивного права.

Хоч увага з боку теоретиків та філософів права дореволюційного періоду до проблеми джерел права не вщухала з роками, та все ж можна констатувати, що серед них так і не було досягнуто єдності з таких важливих питань, як визначення поняття цієї категорії права, її онтологічної сутності та розробки універсального підходу до її розуміння.

Згодом під час формування та розвитку радянської юридичної науки питання про джерела права було суттєво недооцінене. Уже достатньо наголосити на тому, що впродовж усього післявоєнного періоду

було опубліковано всього лише два загальнотеоретичні дослідження, які стосувалися цієї проблеми, та більш ніж недостатня кількість праць, у яких розглядаються джерела права в окремих галузях і правових системах. Звичайно ж, не потрібно забувати про ті об'єктивні причини, що ставали на заваді, – ідеологія суспільства та розмитість обрисів самого поняття «джерело права».

Деякі вчені під джерелом права розуміли не нормотворчу діяльність держави, а результат такої діяльності – нормативно-правовий акт. «Об'єктивований у документальному вигляді акт правотворчості, – зазначає С. Алєксєєв, – є юридичним джерелом відповідних юридичних норм і одночасно формою офіційного буття, існування» [4, с. 25].

Доволі цікаву точку зору висловив Г. Швеков, який розумів під зовнішньою формою права не тільки офіційні форми вираження права, а й усе те, в чому проявляє себе право: і юридичні поняття, і презумпції тощо [132, с. 45, 47]. Але автор в цьому випадку змішував поняття «джерело права» з іншими категоріями теорії права, що навряд чи можна вважати доцільним. Хоч достеменно й невідомо робив він це свідомо чи випадково.

Отже, проаналізувавши вищезазначені підходи до розуміння поняття «джерело права», можна зробити висновок, що майже їм усім притаманна спільна негативна риса: розуміння права та його джерел як суто об'єктивного явища. Але ж право у своїй сутності, за своєю природою, є не лише об'єктивним, а й суб'єктивним. І зробити висновок про наявність певних суб'єктивних чинників у соціальних відносинах можна вже принаймні з того факту, що право як зовнішнє визначення поведінки людини здебільшого проявляє свою неефективність, а саморегуляція відбувається швидше за рахунок узгодження мотивів та інтересів на міжіндивідуальному рівні.

Сучасні ж умови та абсолютно новий характер право пізнання надихають на пошук та виявлення тих чинників, які раніше або не враховувалися, або не вважали гідними уваги.

Особливо це стосується того, що змінилися об'єктивні обставини, пов'язані з втратою свого панівного становища діалектико-

матеріального підходу. Як наслідок, це дало змогу застосовувати у своїх дослідженнях сучасні світові розробки, здобутки та теорії та цим у майбутньому досягти максимально можливої універсальності отриманих результатів.

Отже, прийшов час створення цілого ряду нових концепцій у сучасній юриспруденції. Але це стало можливим у тому числі завдяки відсутності єдиної загальноприйнятої дефініції «джерело права». Труднощі з формулюванням визначення цього поняття ще більше посилюється великою кількістю значень цього терміна, зміст яких ледве не полюсопротилежний. У юридичній літературі джерело права розуміють і в матеріальному, і формально-юридичному сенсі, і як джерело пізнання права (джерело права в гносеологічному значенні), і як джерело права у філософському розумінні, і як історичне джерело права.

У юридичній літературі під джерелом права в матеріальному сенсі розуміють: 1) економічні, соціальні умови життя суспільства, які визначають державну владу та виступають правотворчою силою суспільства [44, с. 3]; 2) матеріальні умови життя суспільства як безпосередню засаду правотворчості та коло органів, уповноважених творити право в певній спільноті [70, с. 119]; 3) причини, що зумовили зміст права [85, с. 23].

У радянській правовій літературі звісно ж особливу увагу приділяли економічним чинникам, часом навіть переоцінюючи їхнє значення. На сьогодні подібну позицію обґрунтовано критикують, оскільки окремо взятий чинник об'єктивно не зумовлює виникнення права, а лише їхня цілісна система. Тому можна вважати конструктивною позицію західного вченого Н. Фостера про те, що, досліджуючи поняття загальносоціального джерела права, потрібно враховувати всі об'єктивні й суб'єктивні чинники, а не якийсь окремий із них. До об'єктивних чинників учений відносить географічне розташування країни, її природні багатства, клімат, традиції народу, а до суб'єктивних – все те, що пов'язане з людською свідомістю [13, с. 68].

Таким чином, загальний термін «соціальне джерело» охоплює всі аспекти розуміння терміна «джерело», звичайно, лише за умови, що

не буде враховуватися формальний. Це поняття визначає всі умови та чинники, які впливають на створення формального джерела права.

Розуміння джерела права як зовнішньої форми вираження права загалом сприйняли більшість науковців у пострадянський період. Так, В. Гайворонський під джерелами права розуміє способи зовнішнього вираження і закріплення правової норми [22, с. 58]. Аналогічну ідею проводить О. Скакун, яка визначає юридичне джерело права як офіційну, документальну форму вираження і закріплення норм права, що виходить від держави і надає юридичне загальнообов'язкове значення [108, с. 123].

І хоча формально-юридичний підхід у розумінні джерела права є найпоширенішим у юриспруденції, але він все-таки не розкриває сутності цієї юридичної категорії, спрощуючи її зміст і приховуючи діалектичний зв'язок між формою та змістом.

Інколи категорію «джерело права» використовують і в розумінні джерела пізнання права. Джерело пізнання права – це матеріали, за допомогою яких пізнаємо характер, зміст права. Матеріалами, які допомагають пізнати зміст права, є закони, звичаї, судові справи, літописи, археологічні пам'ятки тощо.

Таким чином, проаналізувавши величезну кількість існуючих правових концепцій, можна дійти до єдиного висновку, на цьому етапі створення єдиного та загальноприйнятого поняття «джерело права» є якщо не утопічним бажанням, то принаймні чимось малоймовірним. Адже за певним типом праворозуміння вибір та формулювання суттєвих ознак, що ідентифікують означуване явище серед інших близьких до нього елементів одного класу, приречені залежати від нього. Кожна концепція базується на ряді фундаментальних положень-припущень, сумнівів чи заперечень, вона пропонує свій погляд на право, претендуючи на універсальне пояснення його джерел і буття. Хоча навіть якщо припустити створення універсального визначення, яке було за межами всіх існуючих правових концепцій, то потрібно було б прорахувати його доцільність. Оскільки всі визначення, які базуються на основі узагальнення, можуть вважатися повними лише у певних

історичних умовах. Наші знання про об'єкт не залишаються в тривалому статусі й постійно змінюються, як змінюються й оточуючі обставини, і ймовірно сам об'єкт.

Таким чином, можна підсумувати, що неоднозначність та певні методологічні ускладнення, які постають на шляху визначення поняття «джерело права», зумовлюються щонайменше двома знаковими чинниками: по-перше, величезною кількістю правових концепцій і шкіл, які вивчали та досліджували цей соціально-правовий феномен, по-друге, тим історичним періодом, під час якого відбувалося певне дослідження проблеми. Тож для еволюціонування поняття ми ні на мить не повинні зупинятися.

А тепер, прослідкувавши шлях розробки та дослідження поняття «джерело права», настав час перейти до системи та видів джерел права.

У сучасній правовій науці поняття «система» застосовують до характеристики найбільш загальних категорій позитивного та природного права по-різному. Зокрема, в теорії, зорієнтованій на внутрішньодержавне право певної країни, використовують поняття «система права» і «система законодавства». А у теорії, що досліджує найрізноманітніші варіанти зіставлення правових явищ суверенних держав й має назву правової компаративістики, традиційно вживають поняття «правова система». Чинний соціальний устрій суспільства і держави визначає, зрештою, певну систему джерел права.

У юридичній, філософський і соціологічній літературі поняття «система» трактують по-різному. Багатозначність визначень, наявність різних тверджень і поглядів на цю категорію, специфічність авторських підходів свідчать про те, що й до сьогодні ведеться активна творча розробка цієї проблеми. Однак з усієї різноманітності характеристик системи широке тлумачення все-таки видається більш переконливим, оскільки відображає сутність, основні ознаки цього поняття – наявність структурних елементів і системотворчих зв'язків між ними. Крім цих ознак, які характеризують цей правовий феномен, можна виділити й інші: цілісність, принципову неможливість ототожнення ознак системи із сумою ознак елементів, що її склада-

ють, неможливість виводити з останніх ознаки цілого; залежність кожного елемента, ознак і відносин системи від її місця, функцій всередині цілого; структурність; взаємозалежність системи і середовища тощо [97, с. 53].

Система джерел права характеризується неабиякою динамічністю. Останнє пов'язано з постійною необхідністю збагачення засобів правового регулювання, забезпечення їхньої відповідності потребам правової практики. Оскільки у динамічній системі постійно присутній рух, то й ніколи не зникає потреба постійного доповнення цієї системи новими елементами. Особливо яскраво ця риса проявляється сьогодні, коли система джерел права України перебуває на стадії свого розвитку. Значний період юридична наука і практика нашої країни розглядала закон як єдине джерело права. Але, як свідчить правова дійсність, результати судової правотворчості, принципи права і доктрину необхідно визнати також джерелами права [30, с. 27].

Досліджуючи питання системи юридичних джерел права, необхідно не забути про розгляд ряду методологічних проблем: співвідношення системи права, системи законодавства й системи юридичних джерел права; співвідношення системи джерел права та правової системи.

У науковій літературі сучасності категорії «система права» та «система законодавства» розглядаються по-різному, в тому числі їхнє співвідношення. З одного боку, ці поняття подають окремо, підкреслюючи як їхні спільні, так і відмінні ознаки, виділяючи самостійні основи побудови та звертаючи увагу на особливості окремих елементів. А з іншого – подекуди зустрічається положення, згідно з яким поняття «система права» і «система законодавства» тотожні, і це вчені пояснюють недосконалістю законодавства, неможливістю виділення структурних елементів його системи, посилаючись на те, що і система права, і система законодавства виражають один і той самий феномен – право, але з різних сторін – внутрішньої та зовнішньої. У зв'язку з цим система права і система законодавства співвідносяться як зміст і форма [13, с. 22–27]. Так, наприклад, дехто з науковців, у тому числі

І. Сенякін, зазначають, що система законодавства і система права – це тісно пов'язані категорії, що становлять два аспекти однієї сутності права: вони співвідносяться між собою як форма і зміст. Мовляв, система права – це внутрішня структура права, що відповідає характеру регулювання ним суспільних відносин. Система ж законодавства – зовнішня форма права, що виражає побудову його джерел, тобто систему нормативно-правових актів. Право не існує поза законодавством, а законодавство в широкому його розумінні і є правом [13, с. 22–27].

Звичайно ж, раніше ця думка була б не тільки зрозумілою, а й правильною та більш ніж доцільною, адже формально-визначене існування права було можливим лише у формі закону. Проте в сучасному світі право існує не тільки у законодавчих і підзаконних актах, воно має й інші форми прояву: судовий прецедент, норма-звичай, нормативно-правовий договір. Тому можна стверджувати, що із системою права як зміст і форма співвідносяться не система законодавства, а система джерел права.

Аналізуючи все вищесказане, варто зазначити, що не може бути визнана правильною та допустимою спроба зрівняти систему джерел права і систему нормативно-правових актів, оскільки остання за своїм обсягом значно вужча, адже охоплює лише частину джерел права – нормативно-правові акти.

Та хоча система джерел права в принципі є відокремленим системним утворенням, водночас вона є залежною від такого правового явища, як правова система. Та щоб повністю визначити об'ємне поняття останньої, необхідно взяти за основу широкий підхід розуміння цієї категорії, за яким правова система – це зумовлена об'єктивними закономірностями розвитку суспільства цілісна система юридичних явищ, які постійно діють унаслідок їхнього відтворення і використання суб'єктами для досягнення певних цілей [43, с. 36].

Правова система – це складний і багатоплановий феномен, структуру якого становлять: право як сукупність норм, що створені й охороняються державою; система джерел права, зокрема її складові, – законодавство як форма вираження цих норм (нормативні акти),

правові принципи, судова та інша юридична практика; правові установи, які здійснюють правову політику держави; механізм правового регулювання; правореалізаційний процес; права, свободи й обов'язки громадян (право в суб'єктивному значенні); правова діяльність; система сформованих у суспільстві правовідносин; законність і правопорядок; правова ідеологія (правосвідомість, юридичні доктрини, теорії, правова культура тощо); суб'єкти права (індивідуальні і колективні); системні зв'язки, які забезпечують єдність, цілісність і стабільність системи; інші правові явища (юридична відповідальність, правосуб'єктність, правовий статус, режим, гарантії, законні інтереси тощо), які утворюють «інфраструктуру правової системи» [30, с. 56–57].

Наукове дослідження правової системи передбачає вивчення як статичних, так і динамічних компонентів [81, с. 48]. Якщо динамічний аспект відображає процеси у сфері правотворчості, правозастосуванні і тлумаченні права, то статичний – підсистеми юридичної практики, правосвідомості, юридичних інституцій тощо [121, с. 74].

Одним із елементів правової системи, що пов'язаний як із динамічною стороною правової системи, так і з функціонуванням її статичної сторони, є система юридичних джерел права. Дослідження питання про місце системи джерел права у правовій системі невипадкове. Його розуміння дозволяє досконаліше усвідомити чинники, що впливають на юридичні джерела права у процесі їхнього формування, виявити взаємозв'язок і місце, яке займає система джерел права у правовій системі [30, с. 77].

Загалом система джерел права має вирішальне значення для характеристики правової системи певної країни. Правові системи сучасних держав відрізняються, зокрема, тим, яке із джерел права переважає в національній правовій системі певної країни. Наприклад, у країнах романо-германського права основним джерелом права визнаються нормативні юридичні акти, а основною особливістю правової системи англо-американського права є визнання та широке використання як джерела права судового прецеденту. Якщо ж говорити про

сучасну українську правову систему, то тут вищим джерелом права визнається воля народу, і, відповідно, Конституція України як результат народного волевиявлення є нормативним актом, вищою юридичною силою [102, с. 25–26].

Звичайно ж, як і будь-яке явище, так і кожна правова система має дві сторони – як позитивні, так і негативні аспекти, які необхідно враховувати під час побудови системи джерел права. Так, романо-германська правова система насичена нормативно-правовими актами, що становлять її основу. Тобто кожен етап правовідносин обов'язково повинен мати конкретну власну норму регулювання. Та передбачити всі соціальні явища, які можуть виникнути у суспільному розвитку, і нормувати їх це – нездійсненна мрія для законодавця. Саме тому романо-германська правова система має найбільшу кількість прогалин у праві, що значно ускладнює реалізацію правових норм [112, с. 39]. Англо-американська правова система характеризується казуїстичністю. Останнім часом під впливом інтеграційних і глобалізаційних процесів відбувається зближення національних правових систем та їхніх інститутів [81, с. 3]. На сьогодні у світі практично не існує абсолютно замкнутих національних правових систем. Нині основу всіх розвинених правових устроїв становлять універсальні, а не національні елементи, внаслідок чого основні правові поняття та практика їхнього втілення більш чи менш спільні в усіх сучасних правових системах [88, с. 65–66].

У сучасних умовах формування національної правової системи України все більшого значення набуває вирішення питання про те, як саме побудувати систему юридичних джерел права, яка піддавалася б волі і свідомості людей; що можна змінювати без негативних наслідків для її ефективності, а що – ні; як співвідносяться об'єктивні закономірності її функціонування і суб'єктивні межі її побудови тощо. Необхідність адекватного відображення і закріплення в зовнішній формі права чинних відносин – ось передумова функціонування системи джерел права. Звичайно, за допомогою самого джерела права неможливо регламентувати всі існуючі в державі суспільні відносини,

тому вчені, характеризуючи елементний склад системи джерел права, пропонують виділяти різні набори її компонентів [30, с. 39].

Так, С. Алєксєєв виділяє три основні види юридичних джерел: нормативний юридичний акт, санкціонований звичай і зазначає, що в деяких правових системах, зокрема під час їхнього становлення, значення юридичного джерела набувають форми правосвідомості, правової ідеології [3, с. 175].

Г. Василєвич серед важливих джерел (форм) права називає такі: 1) нормативно-правові акти державних органів (до них дослідник відносить міжнародні договори, які стали обов'язковими для держави у зв'язку з ратифікацією, приєднанням, затвердженням); 2) правові звичаї; 3) судові прецеденти; 4) загальні принципи права [17, с. 2].

Залежно від способу закріплення та існування норм права Н. Гранат виділяє такі види джерел права: правовий звичай; судовий прецедент; нормативно-правовий акт; нормативний договір; загальні принципи права; правову ідеологію, або точніше – правосвідомість; релігійні тексти [25, с. 7].

Р. Тополевський виділяє дві групи джерел права: традиційні та нетрадиційні. До перших вчений відносить нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий звичай, правовий прецедент, а до других – принципи права, корпоративні акти, релігійно-правові тексти, акти «м'якого права» (рекомендаційні акти міжнародних організацій) [120, с. 4].

Отож, враховуючи все вищезазначене, можна підсумувати, що до загального переліку джерел права традиційно включають: правовий звичай; нормативний акт; судовий прецедент; нормативно-правовий договір; принципи права; правові ідеї та доктрини. Однак, проаналізувавши спеціальну літературу з цього питання, можна констатувати, що для вітчизняного права перелік його джерел не настільки широкий, а стосовно тих правових явищ, які все ж вважаються його джерелами, наявні спірні моменти у їхньому науковому розумінні та практичному застосуванні. Це пов'язано з існуванням неминучого суб'єктивізму, коли сформоване уявлення про визнання певного

виду джерела права більш або менш зумовлене світоглядом будь-якого індивідуума. Абсолютно усунути цей суб'єктивізм неможливо, а тому навіть загальновизнані існуючі форми права будуть постійно перевіряти.

На разі ж хотілося тезисно зазначити деякі аспекти основних джерел права та плавно перейти до судового прецеденту як одного із елементів умовно цілісної системи.

Не існує такого юридичного устрою, який віддавав би перевагу виключно одному з джерел права і нехтував усіма іншими, але існують системи, де одне з джерел переважає над іншими [51, с. 21]. Так, у країнах романо-германської сім'ї первинним та широкомасштабним джерелом права розглядають закон [17, с. 3], однак визнання його абсолютного суверенітету є фікцією, адже поряд з ним існують й інші джерела права – судові рішення, доктрина, загальні принципи, наукові праці [51, с. 21], й закон має смисл лише у єдності з ними [88, с. 67]. На думку сучасних правників, законодавче право не може претендувати на єдинопрактичне та справедливе. Адже закон, як й інші форми права, має як переваги, так і недоліки. Позитивність закону вбачаємо в тому, що закон формально визначений, а тому чіткий, зрозумілий та однозначний. Він зручний у регулюванні поведінки суб'єкта, оскільки конкретно вказує умови, порядок, спосіб і наслідки його дії. Лише закон не залежить від особистих бажань чи уявлень суб'єкта та обов'язковий до виконання [48, с. 5].

За змістом закон, як правило, регулює найважливіші суспільні відносини. Крім того, реалізація будь-якої функції держави не може бути виконана без його видання. Саме в ньому оголошуються мета, завдання, визначаються засоби і способи їхнього вирішення, передбачається результат, якого необхідно досягти [97, с. 30]. Закон є єдиною формою права, яка може виконувати соціально необхідну функцію нормування поведінки індивіда, що вписується в суспільні відносини, і політично насильно закріплює тенденцію до володіння засобами виробництва [45, с. 14]. Крім того, не можна ігнорувати й той факт, що в сучасних умовах форми правоутворення, особливо законодавство, є юридично

змістовнішими. Вони не прямо відображають нормативність права, що закладена в суспільних відносинах, а безпосередньо через власні норми, покликані виконувати роль юридичного механізму регулювання суспільних відносин [10, с. 6].

Водночас останнім часом спостерігається поступове послаблення віри у пріоритет закону, розуміння помилковості уявлень про те, що ухвалення рішень – це лише технічна й автоматична операція [51, с. 20]. Незважаючи на всю прогресивність закону, з усієї його досконалості, він не може охоплювати всі можливі ситуації, які наявні й можуть бути у суспільстві.

Іншими словами, враховуючи динамічність життя, важливість передбачення нових суспільних процесів, закон не можна вважати найефективнішою формою права. Через об'єктивні причини будь-яке законодавство має тенденцію до старіння, відставання від потреб суспільства, які розвиваються [102, с. 25]. Старіючи, закон втрачає здатність бути адекватним дійсності, що змінюється й не встигає регулювати нові життєві проблеми, які постійно виникають. Його зміст вимагає постійного оновлення з метою приведення у відповідність до насущних потреб людей [30, с. 33].

У характеристиці закону як джерела права є ще один негативний момент. Хоча позитивні закони і створюються для того, щоб забезпечити людяність у відносинах між суб'єктами, однак ніхто не може дати гарантію, що вони не перетворяться у протилежне. Завжди існує можливість маніпулювання нормами, і тоді найбільша несправедливість може вершитися «за законом». Яскравим прикладом цього є Нюрнберзький процес, де підсудні, захищаючись, висували, зокрема, такі аргументи: на якій підставі їх судять? Як громадяни німецької держави, вони виконували її закони, а отже, діяли правомірно. Однак відомо, що самі ці акти були несправедливими, антиправовими, оскільки суперечили природним правам людини, народів, людства [22, с. 61]. У зв'язку з цим нагальною вимогою сьогодення є аналіз законів з точки зору їхньої спроможності сприяти поставленій меті. Сутність і мета закону розкриваються через філософське розуміння

його як джерела правового регулювання вищої форми, що спирається на гармонійне поєднання всіх інших правових джерел, існуючих у суспільстві. Закон має реалізовувати прагнення кожного індивіда до свободи, рівності, справедливості, щоб не були порушені ні суспільні інтереси загалом, ні інтереси окремих осіб. Тому потрібно погодитися з позицією С. Максимова, що законодавче встановлення норм не є самоціллю, а проводиться для здійснення справедливості, прав людини [61, с. 45].

Важлива умова забезпечення реалізації справедливості та пріоритету основних прав і свобод людини – це підвищення якості закону, тобто ознак, властивих йому як ефективно діючому регулятору суспільних відносин. Неякісний та неефективний закон – це закон, прийнятий без урахування основ природного права, без належного вивчення природи і структури соціальних потреб, якими він був викликаний, без урахування специфіки правосвідомості суб'єктів-реципієнтів, на яких він був розрахований [48, с. 5]. Показник якості закону – це відносини, що ними регулюються і реалізуються в процесі виконання законодавчих приписів [97, с. 35].

Існують чимало чинників, які впливають на створення «недосконалих законів». Відомо, що під час багатьох революцій здебільшого панівні закони «викидають на смітник» і починають все спочатку (хоча це в принципі не завжди є виправданим). Так, з перших років незалежності Україна не припинила чинності практично жодного радянського закону, а поступово замінювала новими законами, які насправді мало чим відрізнялися від попередніх. Тому фактично відбувався застій правової думки, який породжував страх відходу від раніше усталених правових стереотипів.

У результаті поєднання закону з природним правом утворюється правовий закон [112, с. 3]. Правовий закон є формальним закріпленням права, заснованого на гуманістичних і прогресивних поглядах, максимальною реалізацією суспільних ідей розвиненого громадянського суспільства, демократичної та правової держави [27, с. 8]. Соціальна цінність такого закону полягає у тому, що він є основою розвитку ци-

вілізації, культури цього суспільства та впливає не тільки на поведінку, а й на свідомість, психіку, волю людей. Правовий закон впливає на виховання і формування правових поглядів, людських вчинків і поведінки, на підтримку законності і правопорядку.

Від відповіді на запитання, як відрізнити правовий закон від не правового, залежить коректність ідеї розмежування права і закону [131, с. 5]. Проте різницю між правом (jus) і законом (lex) вбачали ще стародавні римські юристи, які вважали, що в разі розбіжності між цими явищами lex необхідно було приводити у відповідність до jus.

Усі міркування філософів права з приводу співвідношення категорій «право» і «закон» коливалися в досить широких межах. Використовуючи різні способи і засоби, вчені приходили до різностороннього пізнання цих правових явищ. Одні їх ототожнювали, інші – розмежовували, а дехто висловлював припущення, що право індивіда взагалі недоречно виражати у формі закону, оскільки природа цієї форми недосконала. Насправді ж відповідь на питання про співвідношення права і закону прямо залежить від того, що потрібно розуміти під правом.

Прихильники позитивістського підходу, розглядаючи право як систему норм, його внутрішню структуру, а нормативні акти, насамперед закони, як форми його вираження, зовнішню структуру, водночас розглядали ці категорії в органічній єдності, невіддільно один від іншого. Наукові дослідження сфокусувалися на текстах права, на його джерелах. Перевагу віддавали вивченню закону, а юридична наука перетворювалася в догму, в коментування тексту, норми, зв'язок із соціальними явищами й процесами ігнорувався [45, с. 15].

На відміну від нормативної концепції прихильники широкого розуміння права (природного права) переносять акценти на розмежування понять «право» і «закон» [86, с. 59], аргументуючи це тим, що право закріплюється, виражається не тільки в законах, а й у різних раціональних надбудовах (як одна із форм суспільної свідомості), у моральних началах (для тих, хто зводить право до справедливості).

Проводячи розмежувальну лінію між ідеєю закону взагалі та позитивними законами держави, Платон робив висновок, що закон тільки розкривають люди, але вони його не створюють. Закон, за Платоном, має божественне походження, і завдання людини – розкрити його істинні правила [45, с. 16].

Цікаві міркування щодо розмежування понять «право» і «закон» можна знайти й у Т. Гобса (цитування зі статті В. Селіванова) . «Необхідно розрізняти jus і lex – право і закон, – наголошував філософ, – хоча той, хто пише на цю тему, звичайно, сплутує ці поняття, оскільки право полягає у свободі чинити або не чинити щось, тоді як закон визначає і зобов'язує до того чи іншого складника певної альтернативи. Отже, закон і право різняться між собою так само, як обов'язок і свобода, щодо однієї і тієї ж речі» [106, с. 8].

Георг Гегель також не ототожнював ці категорії. Відстоюючи філософське поняття права, він гостро полемізував з юристами-позитивістами: «Закон може за своїм змістом відрізнятися від того, чим є право ... Те, чим є право, згідно з розумом (ідеєю), і те, що міститься в певному законодавстві як чинному праві, утворюють дві різних категорії ... Можлива колізія між тим, що є, і тим, що мусить бути, між правом, пізнаним розумом, та емпірично-позитивістським визначенням того, чим є право. Логосом права є ідея права, або природне право. Субстанційну сутність природного права становлять людська свобода, модифікацією цієї сутності є звичаї, договори, закони, правові принципи, судова практика. Все право, відтак, не є творінням державного законодавця. Закони можуть суперечити логосові права, що й змушує мислителя досліджувати проблему неправових законів, проблему неправа» [52, с. 240].

Найбільш природною і безболісною формою існування права є живе право. Як і природне право, живе право «над позитивне». Позитивне право становить тільки актуалізовану частину живого права, оскільки норми останнього живуть у суспільній свідомості й відкриваються у позитивних формах лише у процесі правореалізації.

Живе право існує не всюди, а лише в тих суспільствах, де право виникає зі звичаю [45, с. 11].

З'явившись задовго до правової форми суспільного буття [45, с. 14], саме звичай був основною формою соціального регулювання поведінки членів первісного суспільства [79, с. 133].

Правовий звичай – це звичай, санкціонований державою і цим перетворений у форму права [112, с. 41]. Сутність санкціонування полягає в тому, що у процесі його здійснення звичай як джерело права перетворювався у правовий звичай.

Радянській вітчизняній юриспруденції було притаманне неоднозначне ставлення до такого джерела права, як правовий звичай [133, с. 47]. Вважаємо, що причиною цьому були ідеологічні установки. Адже правовий звичай і зміна політичної, соціальної, економічної систем революційним шляхом – явища несумісні. Звичай «консервує» ситуацію, він зберігає і закріплює традиції минулого [17, с. 5]. Тому збереження звичаєвого права могло заважати знищенню всього дореволюційного ладу.

Сьогодні ставлення учених-юристів до інституту звичаєвого права доволі суперечливе. Так, І. Овчаренко вважає, що правовий звичай швидше за інерцію продовжують розглядати як джерело права [80, с. 7], тоді як реальних прикладів його застосування немає. Вважаємо таке твердження передчасним, оскільки назване джерело права нині існує, а його практична роль значно більша, ніж це здається на перший погляд. Підтвердженням останнього може слугувати фактичне визнання Україною положень Загальної декларації прав людини, яка передбачає можливість застосування звичаєвих норм як матеріально-правової підстави нормореалізаційної діяльності.

Прагнення охопити законодавчим регулюванням якомога більше коло відносин, що спостерігається останнім часом, звичайно, обмежують сферу діяльності звичаїв. Торговельні звичаї ділового обороту, санкціоновані державою, дозволяють регулювати правовідносини, пов'язані з економічним оборотом, простішим і природнішим способом, ніж це випливає із законодавчої процедури. Звичай, який

сприймають критично, може допомогти суддям виносити рішення, що відповідають духові добра та справедливості, особливо у справах, де національне право не може бути цілком застосоване [30, с. 45]. За взаємодії з іншими джерелами права його можна використовувати у тлумаченні закону і заповненні прогалин у праві. Потрібно також зазначити важливу роль звичаю в соціалізації особи. Адже він є первинною формою соціальної комунікації, регулятивним механізмом, який допомагає людині ввійти у суспільство [117, с. 10].

Таким чином, зважаючи на все вищесказане, варто зауважити, що звичай як джерело права все ж таки має своє місце та право на існування. Адже звичаєве право завжди проходить значну апробацію, відображає інтереси членів суспільства та відображає різні форми національної самобутності й культури в процесі регулювання суспільних відносин [117, с. 8].

Крім звичаю, досить своєрідною формою соціальної регуляції є мораль. Якщо мораль є системою нічим не підкріплених вимог, то звичай – вимога, підкріплена традицією. Традиція у цьому випадку виступає як узагальнення тривалої суспільної практики, що дає авторитетне підтвердження її ефективності. Те, що у звичаї є загальноприйнятим стереотипом, у моралі стає абстрактним внутрішнім почуттям [45, с. 14]. Однак, незважаючи на ці та інші відмінності, беззаперечним залишається той факт, що як мораль, так і звичай є першопричиною, основою, джерелом формування позитивного права. Перш ніж оформитися в позитивне право, мораль проявляється у формі природного права, суцільна обов'язковість якого підтверджується суспільною згодою. Якщо ж мораль не відповідає природному праву, вона перестає бути основою та орієнтиром для права позитивного. Так, норми моралі вплинули на скасування дуелей у Середньовіччі, пом'якшили правосуддя у європейських країнах, обмежили застосування катувань, сприяли переходу від інквізиційного до змагального процесу в суді [30, с. 41].

Одним із зовнішніх проявів позитивного права є правова доктрина. Доцільність визнання доктрини самостійною формою пра-

ва залежить від підходу до розуміння права та його сутності. Якщо юридичний позитивізм, не визнаючи самостійності правової науки, прагнув абстрактно оформити її в нормативних актах держави, то прихильники соціологічного підходу до сутності права визнають самостійність доктрини і вбачають її регулятивні властивості у зв'язку з конкретними життєвими обставинами, що вирішувалися у судових чи інших юридичних органах. Зі свого боку представники природно-правового напряму не тільки визнають самостійний характер правової доктрини, а й свідчать про її аксіологічне значення як джерела права [30, с. 51].

Виключно важливим і доволі суперечливим джерелом права є принципи права. Принципи права – це виражені у праві вихідні нормативно-керівні засади, управлінські ідеї, що характеризують зміст права, засади, які визначають закономірності суспільного життя [3, с. 102].

Найбільше проявляється зв'язок принципів права з таким джерелом права, як правова доктрина. Саме у принципах права остання найпослідовніше проявляє свою онтологічну сутність і найглибше проявляє свій зміст. Не можна не зазначити і зв'язок принципів права із судовою практикою. Судді використовують принципи, коли необхідно визначити смисл незрозумілих і двозначних текстів. Якщо під час аналізу певного правила виявляється його невідповідність принципу, суд зобов'язаний дати чітку інтерпретацію такого правила. Але роль загальних принципів виявляється ще значнішою, коли йдеться про заповнення юридичних прогалин.

Клопітка законодавча регламентація за всієї її розвиненості не може передбачити всього, тоді як загальні принципи можуть увібрати в себе велику кількість нових і непередбачених ситуацій. Як регулятори суспільних відносин, принципи права мають і загальну цілеспрямованість: вони багато в чому визначають перспективи розвитку права. Іншими словами, будучи основою нормативного регулювання, принципи права є певним камертоном усієї подальшої нормотворчості. Вони гарантують безперервність, послідовність законодавчого процесу, забезпечують взаємозв'язок права та законодавства,

адаптують відповідну нормотворчість держави до особливостей традиційної правосвідомості населення [30, с. 53–54].

А тепер хотілося б зупинитися на тому, яке саме місце займає судовий прецедент серед інших джерел права.

На сьогодні реалії суспільного й державного розвитку зумовлюють необхідність створення єдиного термінологічного апарату, а також вироблення загальних базових правових понять для їхнього однакового розуміння й застосування в усьому світі. Так, Н. Подольська зазначає, що в процесі зближення правових сімей першим етапом треба вважати уніфікацію правових понять, особливо основи кожної правової системи – джерел права. Однією з таких юридичних констант потрібно вважати дефініцію прецеденту [93, с. 149]. Звичайно ж, конструкція прецеденту неминуче видозмінюється відповідно до умов кожної конкретної країни, але загальні системні властивості дозволяють генерувати юридичні поняття і вживані для їхнього позначення терміни, застосовувані у всіх правових системах, а також установлювати загальні ознаки, властиві цілому ряду розрізнених окремих фактів правової дійсності, й давати узагальнене визначення виявленим закономірностям.

Питання щодо поняття, змісту й онтологічного статусу судового прецеденту завжди було дискусійним у юриспруденції. Акцентуючи увагу на тому, що судовий прецедент є одним із найдавніших джерел права і, згідно з пануючою, хоча й незагальновизнаною думкою, незмінно займає досить важливе місце в системі джерел права, у науковій юридичній літературі його ніколи не розуміли і не визначали однаково. Але проблема не тільки у цьому. Аналізуючи дослідження, в яких здійснювалися спроби визначити це джерело права, неважко помітити, що вони не завжди видаються досить обґрунтованими, аргументованими й безпомилковими.

Згідно з найпоширенішим уявленням, під судовим прецедентом розуміли обґрунтування рішення суду з конкретної справи, що є обов'язковим для застосування судами певної інстанції під час вирішення аналогічних справ. Н. Подольська визначає його як рішення суду вищої інстанції у конкретній справі, винесене в першій, апеля-

ційній чи касаційній інстанціях або в процесі нормативного чи казуального тлумачення правових норм, опубліковане в періодичному виданні, що не тільки є актом застосування права, а й містить норму права, обов'язкову для застосування як цим самим судом, так і судом рівної юрисдикції і нижчим судом [93, с. 149]. Н. Гранат розуміє під судовим прецедентом судове рішення, фактично використовуване як зразок іншими судами за аналогічними обставинами [25, с. 8].

Та скільки б не було визначень, скільки б не існувало різних поглядів на судовий прецедент, він посідає свою «нішу» серед усіх джерел права й при цьому маючи далеко не останнє значення. Для того щоб більш глибоко зрозуміти, чим він є, необхідно звернутися до історії його походження й розвитку, що й проілюструється у наступному підрозділі першого розділу цього дослідження.

Таким чином, підсумовуючи все вищесказане, систему джерел права можна визначити як цілісне, динамічне, інтегративне, об'єктивне правове утворення, що визначається взаємозв'язком таких елементів, як закон, договір, звичай, правова доктрина, принципи права, суддівська правотворчість. Розвиток прецедентного, судового, договірного права, визнання процесу суспільного правоутворення, що є незалежним від правотворчості держави, пріоритет суб'єктивного права над об'єктивним, сприйняття та поширення звичаєвого права і норм ділової активності, відмова від абсолютизації законодавства, адміністративної нормотворчості і надання офіційного значення науковій інтерпретації права – всі ці чинники здатні вдосконалити структуру чинного в Україні права.

1.2. Історичний розвиток та сучасний стан судового прецеденту в Україні

Вітчизняна судова система переживає час необхідних змін, створюються надсучасні механізми захисту прав людини, та проте все ще гострою є необхідність такого регулювання правовідносин, яке було б не тільки ефективним, але і задовольняло б інтереси всього

суспільства. Останнє змушує зосередитися серед усього іншого пласту досліджень на вивченні характеру та видів діяльності судів, а також юридичної природи прийнятих ними рішень. У процесі розгляду цієї проблематики виникали численні дискусії, які, в першу чергу, зосереджувалися на питанні допустимості офіційного визнання й реального існування судової правотворчості як такої, а також на характері й особливостях суддівського права, конкретними формами вираження якого є судові прецеденти в різних проявах.

Та все ж хоч це питання і досі залишається доволі суперечливим, останнім часом у науковій літературі переважає позиція, відповідно до якої судові прецеденти, постанови, визначення й інші юридичні акти, що створюються у вищих судових інстанціях, є одночасно джерелами системи національного права різних країн і міжнародного права. І їхнє вивчення так само вимагає особливої уваги й окремого розгляду, що відбувалося як у зарубіжній, так і вітчизняній науковій літературі.

У західному правознавстві значний вплив на актуалізацію проблем суддівського правознаходження та вільного правознавства здійснив засновник сучасного соціологічного напряму в праві, фундатор руху вільного права, австрійський юрист, колишній ректор Чернівецького університету Є. Ерліх, який наголошував на потребі створення нового підходу, що спрямував би зусилля законодавства на судову практику, подолав би розрив між законом і фактичними суспільними відносинами, спромігся б пристосувати право до життєвих реалій. Критикуючи нормативне розуміння права як таке, що не здатне охопити всю багатогранність правового життя, Є. Ерліх протиставляв цьому розумінню своє «вільне» трактування права. Він зазначав, що не всі норми чинного законодавства застосовуються або виконуються, існує чимало відносин, які взагалі не врегульовані законодавством, але діють й іноді застосовуються судами інші норми, вироблені у процесі співжиття, – «живе право». Їхня чинність є меншою за чинність формального права, але їхнє практичне значення буває інколи навіть більшим, бо існує менша ймовірність наявності правових суперечок, ніж за чітким формально-визначеним правом. Живе право – це лише

те право, що «входить у життя, стає живою нормою, все інше – це лише голе вчення, норма, рішення, догма чи теорія» [30, с. 67]. Одним словом, лише живе право, що змінюється, відповідно до життєвих потреб, органічно розвивається і вдосконалюється в контексті суспільних відносин, тобто, власне, воно і має бути їхнім регулятором.

Та щоб зрозуміти, яке саме право є «живим», необхідно дослідити не просто середовище його виникнення, але й дії як емпіричної реальності. Тобто джерелом пізнання права повинні стати не лише закони, юридична догматика, а й безпосереднє спостереження вчинків, вивчення документів, що відображають його реалізацію.

Розглядаючи право як відображення соціальних тенденцій та етичних інтересів, Є. Ерліх указував на те, що визначеність права – не результат логічних операцій, а наслідок органічного впорядкування процесу вільного здійснення судової влади. Він вважав, що правосуддя – це індуктивний процес вироблення правових норм у зростаючій пропорції; подібно до того, як формуються доктрини експериментальної науки, формується і прецедентне право шляхом застосування права до обставин кожної справи. Суттєвим чинником розвитку прецедентного права є особистість судді, його становище як вільного та творчого, але обмеженого практикою диспозитивного статусу суб'єкта. Суддя має вміти самостійно відшукати норму для вирішення конкретної справи, незалежно від того, вирішує він цю справу на основі правової норми чи без неї. Вільне правознаходження суддею в момент ухвалення рішення щодо конкретного випадку – найефективніший спосіб вирішення проблем правосуддя, тому що «...особиста нота у всі часи була властива судовій практиці й у всі часи на неї необхідним заходом впливали суспільні, політичні й культурні течії». Крім того, «не можна аж ніяк заперечувати той факт, що особи, які покликані застосовувати право, діти свого народу і свого часу будуть застосовувати право в дусі їхнього народу та їхнього часу, який є і їхнім духом, а не в дусі минулих століть згідно з намірами законодавця» [30, с. 71].

Зважаючи на незалежну, критичну, споглядальну роль, яку Є. Ерліх відводив практикуючим юристам і суддям у царині права, його ідеї, нарівні з ідеями інших представників школи «вільного права» – Ф. Гека, І. Германа, Ф. Жені, Г. Зінциймера, І. Канторовича, Е. Фукса, хоч і були доволі поширеними, але як і все нове тривалий час не сприймалися континентальною школою права, яка була орієнтована на чітку ієрархію джерел права та пріоритет законодавства як основи винесення судових рішень. Тож не дивно, що цим значно більше зацікавилися представники американської соціологічної юриспруденції. Це з легкістю пояснюється тим, що в ній значно більша роль відводилася дієвому, «живому» праву, ніж «паперовому».

Ідеї визнання творчої ролі судді під час здійснення правосуддя, розширення сфери судової правотворчості, досягнення справедливості у кожній конкретній справі, в основному розвинені у працях засновників філософії прагматизму Ч. Пірса, І. Джемса, Дж. Дьюї, послідовників правового реалізму К. Ллевелліна, Дж. Френка, Г. Оліфента та класиків прагматичного інструменталізму Р. Паунда, О. Холмса, Б. Кардозо, Р. Саммерса, Дж. Грея. Саме в наукових дослідженнях американських вчених-прагматиків (Ч. Пірса, І. Джемса, Дж. Дьюї) озвучено ряд оригінальних думок стосовно: 1) практичної спрямованості будь-якого дослідження, ототожнення істинності знань з їхньою практичною корисністю; 2) наголошено на створенні такого підходу, який спрямував би зусилля законодавства на судову практику, подолав би розрив між законом і фактичними суспільними відносинами, спромігся б пристосувати право до життєвих реалій; 3) обґрунтовано підхід до дослідження права як динамічного соціально-юридичного явища [30, с. 81].

Справжнє життя права вбачав у суддівській діяльності суддя Верховного Суду США Б. Кардозо, зазначаючи, що позитивне право, яке базується на утвердженні стабільності права, не завжди встигає пристосовуватися до нових умов. Розуміння права, в основу якого покладена відокремлена правова норма і регламентований процес її застосування до певного казусу, з часом перестає відповідати новим

реаліям і потребам суспільного розвитку. Право не можна вмістити в межі писаних документів, що виражають зв'язок з минулим. А тому в його творенні вирішальну роль мають відігравати судді, користуючись суверенною владою вибору у своїх рішеннях [30, с. 84].

Значний внесок у дослідження проблем суддівського правозастосування, подолання розриву між законодавчим задумом і практикою правозастосування зробив представник природно-правової думки Л. Фуллер, який у своїй праці «Анатомія права» досліджував такі важливі теми, як відповідальність законодавців, внутрішні проблеми та суперечності права, роль суддів у тлумаченні й застосуванні законів, різноманітні відхилення у функціонуванні права та системи правозастосування, відповідність дій суддів наміру законодавця. На думку Л. Фуллера, «закон» – це аж ніяк не термін, призначений для опису виключно реальних подій; його невід'ємною властивістю є прогнозування, встановлення того, що має бути. Сполучною ланкою між Словом і Дією має виступати суд. Оскільки жодну норму не можна скласти так, щоб бути абсолютно впевненими в можливості її універсального застосування, тому суттєво важливим стає призначення суддів із повноваженнями виконувати обов'язкове тлумачення норм права й авторитетно визначати їхнє належне застосування у спірних випадках» [123, с. 76]. Але на відміну від правових реалістів Л. Фуллер не зводив право виключно до діяльності суддів і визнавав можливість судової помилки. Якщо суд (свідомо чи ні) неправильно витлумачив наміри законодавця, то утворюється розрив між словом і дією права. Однак це може проявитися і на нижчому рівні, коли закон не відповідає життєвим реаліям, взагалі не застосовується судами. Вивчаючи можливість подолання розриву між текстами нормативних актів і практикою правозастосування, гарантіями реалізації законодавчого наміру він вбачав лише обрання суддями чесних і здібних людей і забезпечення їхньої посади тією мірою незалежності, яка захистить їх від зовнішнього впливу.

В іншій роботі – «Мораль права» Л. Фуллер порушує проблему «внутрішньої моральності закону» та «зовнішньої моральності

права». Застосовуючи ціннісний підхід до права, автор прагне показати, що в сучасних умовах різноманітні правові феномени: законодавство, тлумачення права, судочинство – мають здійснюватися з позицій моралі. На його думку, «...справа тлумачення законів – це щось більше», ніж «просте виконання наміру законодавця» [124, с. 128]. Л. Фуллер підкреслює необхідність застосування у правовому житті принципу інтерсуб'єктивності, антропологічного підходу, бо вони дозволяють гуманізувати, робити ефективнішими і законотворчість, і застосування права, і правову реальність загалом.

У дореволюційний період вітчизняні вчені здебільшого судовий прецедент розуміли, як правило, створене судом під час ухвалення ним рішень в окремих випадках. При цьому його нерідко зіставляли і співвідносили з правовим звичаєм, що розглядали як «правило, сформоване в суспільному середовищі і лише констатоване судом» [138, с. 86].

Але необхідно зауважити, що серед прихильників визнання правотворчості судових органів не завжди панувала єдність у питанні про те, який вид джерел права вони створюють [30, с. 91].

Прихильником суддівського права був видатний український юрист і громадський діяч Б. Кістяківський: «Активісти формалістичної юриспруденції, логічно конструктивного розуміння права зазвичай наполягають на тому, що будь-яке застосування права становить собою суто логічну операцію побудови певного силогізму. Норма права, яка підлягає застосуванню, відіграє у цьому силогізмові роль верхнього засновку, той випадок, до якого вона має бути застосована, є нижній засновок, а саме застосування – висновок. З такого погляду вимога індивідуалізації під час застосування правових норм, напевно, є логічно безсенсова. На противагу цьому ті, хто висуває вимогу індивідуалізації як неодмінної умови справедливого застосування правових норм, виходять з глибшого розуміння права, що охоплює його у цілому, зокрема, вони беруть до уваги ірраціональну природу здійснюваного або суб'єктивного права» [47, с. 195].

Для радянської правової науки характерним було категоричне заперечення і традиційне ухилення від вивчення основних аспектів прецедентного права, що пов'язувалося із небезпечністю, судовим свавіллям і порушенням законності [42, с. 176–180]. На думку С. Зівса, «прецедент веде до відступу від початку законності й підриває роль представницьких органів держави в законодавчій діяльності» [42, с. 176–180].

Незважаючи на стійкості догматів радянського права та використання деякими авторами відомих ще з радянських часів аргументів щодо неприйнятності для вітчизняного права ідей судової правотворчості [80; 94, с. 19], останнім часом, як справедливо зазначає Б. Малишев, «у юридичній літературі спостерігається зростання чисельності прихильників активізації ролі суду у створенні юридичних норм» [63, с. 70].

Історичні умови виникнення, утвердження судового прецеденту як джерела права як у країнах загального права, так і в країнах романо-германської правової сім'ї досліджували у своїх роботах російські теоретики права П. Гук [28–29], С. Загайнова [39–40], М. Кучін [56–57].

Таким чином, як слід проаналізувавши праці попередніх дослідників такого правового явища, як судовий прецедент, можна дійти висновку, що їхні дослідження загалом були теоретичного характеру. Проте за реалій сьогодення цього явно буде замало й нагальним є знайти практичне застосування цього явища у нашій країні, а для цього необхідно не просто з'ясувати стан, у якому він перебуває, але й прорахувати ті проблеми, з якими можна стикнутися, переводячи судовий прецедент із категорії «де юре» серед усіх джерел права України у категорію «де факто».

Важливою особливістю сучасного етапу розвитку правової дійсності в Україні є її перехідний характер. Поступово, крок за кроком здійснюється демонтаж залишків тоталітарної адміністративно-командної системи, вирішуються застарілі суперечності, що дісталися у спадок від минулого, формуються нові цивілізаційні засади для майбутніх перетворень. Попередній тип правової реальності поступово змінюється.

У сучасних умовах глибокі якісні переміни відбуваються як в об'єктивних суспільних відносинах, що є предметом правового регулювання, так і в ціннісних сферах суспільної правосвідомості. Ці складні, часто суперечливі перетворення вимагають формування нової правової дійсності, звільненої від міфів і догм, повернутої на благо людини, її природних прав і законних інтересів, що проголошені найвищою цінністю, найголовнішою метою держави. Забезпечити їх може уже не старе право, що було засобом досягнення формальної рівності, а тільки нове право як засіб забезпечення свободи людини і громадянина, справедливості щодо неї, ефективного захисту прав у разі їхнього порушення. Водночас переоцінка поглядів на право багатьма провідними правознавцями сучасності сприяє суттєвим змінам, що відбуваються у вітчизняній юриспруденції. Якщо раніше всіма силами захищали «чистоту» позитивного права, то тепер такі виступи стали рідкістю. В юриспруденції дедалі більшого поширення набуває висновок про те, що однобокість позитивізму необхідно подолати синтетичним поєднанням його з природним правом, за якого позитивна форма і природно-правовий зміст мають доповнювати одне одного.

Так, на думку О. Костенко, поняття «природне право» належить розглядати як засіб для відображення першого аспекту права, а саме його природного змісту, натомість «позитивне право» для відображення другого аспекту – соціальної форми [53, с. 73]. Розглядаючи питання про співвідношення права природного й позитивного, розрізняючи їх як два самостійні способи осмислення правової реальності, С. Максимов зауважує: «Якщо з погляду позитивізму фактичне – це позитивність, тобто існування права в нормах чи інших правових феноменах, то з погляду природного – це таке суще, що містить у глибині своїй сутність права. Тобто якщо позитивізм наголошує на формі права, то природно-правова теорія – на його змісті, виводячи справедливість із зовнішніх для нього відносин, ототожнюючи право із цими відносинами» [61, с. 65]. У зв'язку із цим заслуговує на увагу позиція С. Сливки про те, що позитивне право має бути синхронним до природного права, у формуванні першого необхідно використову-

вати норми другого, в іншому разі, якщо позитивне право суперечитиме здоровому глузду та природному праву, воно буде не довговічне [110, с. 173]. Схожі міркування висловлює й Л. Петрова: «Принципи природного права можуть бути втілені в багатьох нормах позитивного права. Правомірність останніх ґрунтується саме на природному праві. Це є тим критерієм розмежування правового і неправового законів» [87, с. 41].

Водночас останнє відображає ще один аспект проблеми діалектичного взаємозв'язку природного і позитивного у праві – гносеологічний. Позиція правового позитивізму, що вважає позитивність вирішальною ознакою реальності права, може бути виражена класичною формулою екзистенціалізму «Існування передує сутності». Або все, що законодавець виражає у формі права, завжди має сутність права. Отже, правовий позитивізм виходить із пріоритету екзистенціального елемента права над ессенціальним і зводить сутність права до його існування.

З цієї тенденції поглинання сутності права його існуванням, позитивністю випливає найбільш реакційне й уразливе положення правового позитивізму: для природи права байдуже, який зміст позитивується. І хоча теоретично позиція позитивізму незаперечна, вона неприйнятна в ціннісному відношенні й тому спростовується практично-негативним досвідом тоталітарних диктатур. Цей досвід змушує зробити важливий «метафізичний висновок» про те, що хоча дійсність права більше пов'язана з його позитивністю, воно тільки тоді виражає правову сутність, коли містить її, тобто якщо в його змісті певним чином представлене природне право (справедливість) [61, с. 164].

Отже, позитивне право зумовлене розвитком суспільних відносин, які виникають у кожному конкретному суспільстві й державі, і лише відображає ці відносини у позитивних формах права. Однак при цьому основні комплекси суспільних відносин у різних сферах людської діяльності потребують не просто позитивної форми, а й її змістовної правової наповненості. Позитивне право як обов'язкові, захищені державою норми поведінки має формуватися не стихійно,

а з обов'язковим урахуванням фундаментальних, природних і невідчужуваних прав людини і громадянина. Квінтесенція цієї вимоги зводиться до того, що позитивне право лише у такому випадку набуває стосовно людини якості захисної сили й неодмінної цінності, дозволяє вирішувати наболілі проблеми правової дійсності [41, с. 7]. Без такого поєднання виникають переважно норми, що ускладнюють практичну реалізацію природних загальнолюдських ідеалів і цінностей, а на певному етапі роблять таку реалізацію фактично неможливою.

Отже, аналізуючи все вищесказане, можна стверджувати, що перегляд традиційних уявлень про право у вітчизняній доктрині сприяє глибокому усвідомленню складної природи діалектичного взаємозв'язку природного і позитивного, коли одне й друге розглядають як елементи однієї закономірності, одного соціального феномена – права. Цей синтез сприяє тому, що в особливо складних випадках, для яких юридичні норми не дають однозначного рішення, судді можуть керуватися морально-етичним змістом правової системи загалом. При цьому автор підкреслює, що таке судове рішення (в особливо складних випадках) має будуватися не на суб'єктивних і випадкових моральних міркуваннях, а на так званих «об'єктивних моральних принципах», що полягають в основі правових інститутів цього співтовариства. Об'єктивний характер етичного змісту правової норми виростає ніби всередині її і розвивається зі зміною соціально-історичного контексту. Саме він і визначає уявлення про те, яким має бути судове рішення [30, с. 189–190]. Цей факт сприяє тому, що за відсутності належної норми суд в основу рішення має покласти правило, виведене із загальних начал права, тобто створити правило, придатне, на його думку, для регулювання спірних правовідносин, або ж створити судовий прецедент.

У таких випадках прецедентне право максимально слугує своїй меті безпосереднього захисту природних прав людини, коли судді безвідносно до наявності чи через відсутність відповідного конкретизуючого законодавства про права людини під час обґрунтування своїх рішень виходять не тільки з позитивних форм, а й із принципів спра-

ведливості, розумності, природного права, відповідності моральним критеріям, суспільної необхідності й завдань правового регулювання у суспільстві [134, с. 46].

Однак постановка визначеної нами у цьому підрозділі проблеми актуалізується не лише в теоретичному, а й у практичному значенні. Нові умови і якісно новий характер сучасного правопізнання сприяють виявленню тих чинників у праві, які раніше не враховували або ігнорували. Формування нового уявлення про право вплинуло також і на переосмислення ролі закону, його дії стосовно нових відносин, що виникають у суспільстві. Для вітчизняної, як і для всієї постсоціалістичної, юриспруденції з новою силою постало закономірне запитання: чи може нормативно-правовий акт, що визнається єдиним джерелом права, забезпечити за будь-яких обставин захист невід'ємних прав і свобод людини, пріоритету її інтересів у межах сучасної правової дійсності.

Висока динаміка суспільного життя змінюється таким різноманіттям, що законодавча база для регулювання нових суспільних відносин стає явно недостатньою. Зорієнтований на потреби поточного моменту закон стане неефективним уже завтра, пристосований до реалій, що можуть виникнути в майбутньому, він залишиться «правовим текстом», свого роду «утопією» для сьогодення. Різноманітні несподіванки життя завжди становитимуть джерело ускладнень навіть для найретельніше складених нормативних актів. Тому для забезпечення працездатності будь-якої системи офіційних норм має існувати інший оперативний механізм реагування на сучасну дійсність, яка постійно змінюється [123, с. 122]. Ці умови слугують рушійною силою розвитку судової правотворчості [94, с. 149]. Якщо закон не може вирішити конкретну ситуацію, тоді суддя вимушений звернутися до загальних начал, щоб, спираючись на соціальну реальність і свіжі ідеї, можна було «побудувати» таке рішення, яке відповідало б принципам справедливості і вимогам, зумовленим ситуацією. Покладені на суди обов'язки застосовувати у вирішенні конкретних справ лише правові закони й інші нормативні акти, наділення їх повноваженнями

визнавати невідповідні Конституції нормативні акти недійсними ще більше загострили цю проблему.

Хоча без активної правотворчої ролі законодавця сучасне право уявити практично неможливо, все ж таки він не є єдиним джерелом його формування, а право, відповідно, не міститься виключно в законодавчих нормах. Його сутність є надюридичною [87, с. 41]. Тому пошук права – це мета, на досягнення якої мають спрямовуватися зусилля всіх юристів – кожного у своїй сфері і з використанням своїх методів. При цьому вони мають керуватися спільним ідеалом – прагненням домогтися в кожному питанні рішення, яке відповідало б загальному почуттю справедливості. Здійснення пошуку права – це завдання як законотворчих, так і правозастосовних державних органів і посадових осіб, особливо суддів, які, застосовуючи юридичні норми до конкретних ситуацій, швидше ніж інші виявляють недоліки законодавства й іноді у силу прогалин в останньому займаються творенням права. Здійснюючи пошук права, судді мають залучати для цього пошуку не тільки текст законодавчих актів, а й додаткові джерела права, які б могли бути надійним правовим засобом захисту прав людини. Ці положення з безпосередньою обов'язковістю зумовлюють наділення окремих судових рішень властивостями джерела права.

Подолання у правовій свідомості уявлення про право як сукупність нормативно-правових актів висуває завдання створення правового механізму, який відповідає об'єктивним закономірностям функціонування соціуму, що забезпечує створення системи громадянського суспільства, яке саморозвивається й саморегулюється. Отже, і право має відповідати цим вимогам, відгукуватися на життєві потреби суспільства, відкидати дефектні норми, адекватно оновлюватися. Видається, що забезпечити це вже не зможе «єдиноправильне» джерело права – нормативно-правовий акт, це під силу тільки поєднанню в межах однієї правової системи різних форм права, серед яких особливе місце займають акти судових органів.

Основний якісний момент полягає у тому, що право вперше перестає бути знаряддям домінування однієї частини суспільства над

іншою, а все повніше набуває ознак формально рівної для всіх міри свободи. Також уперше для створення дійсно нового права у вітчизняній юриспруденції почали говорити про необхідність іншого підходу реалізації таких перетворень, сутність якого полягає в реальному забезпеченні ефективного механізму захисту цієї свободи у разі її порушення. В умовах, коли зникає одна система цінностей і формується, проростає нова їхня система на зміну попередній, ще важливішими, ніж зазвичай, стають орієнтири істинності руху до обраної мети. Основне завдання вітчизняної юриспруденції полягає у вирішенні таких питань: як досягти такої реальної, а не формальної захищеності громадян під час здійснення правосуддя та яка роль суду в процесі таких трансформацій. Онтологічною сутністю цих питань сукупно на сучасному етапі є перегляд минулих уявлень про суд, у якому потрібно вбачати не бюрократичну установу, повільну під час розгляду і швидку на розправу, а реального гаранта прав людини, надійного захисника її інтересів. Водночас ця складна проблема, що постає перед теорією і практикою цих трансформацій, пов'язана з багатьма розривами між конституційними положеннями та реальною дійсністю. Наприклад, Конституція України в статті 55 [1] гарантує кожному право на судовий захист. Але водночас абстрактність, статичність, суперечливість і прогальність чинного законодавства, його невідповідність сучасній дійсності та інші об'єктивні причини зумовлюють декларативність і практичну недієвість цього конституційного положення. У такому разі суд стоїть перед вибором, коли, з одного боку, вирішити справу за відсутності необхідної норми закону виявляється неможливим, а з іншого – відступати від букви і духу Конституції України, від закладених у ній ціннісних орієнтирів він не має права. У таких випадках судова правотворчість виступає вимушеним наслідком необхідності відновлення порушеного стану з урахуванням системи діючого в країні права і вимог конституційних положень. До того ж, сприйняття окремих елементів доктрини прецеденту, а саме того, що подібні справи можуть вирішуватись у схожий спосіб, може сприяти єдності правового поля, коли ті самі

прогалини різні суди заповнюватимуть однаково, а не суто протилежними положеннями. В іншому разі вирішення подібних справ по-різному здатне призвести до нерівності громадян перед законом, у результаті чого можуть виявитися порушеними законні очікування й сподівання тих, хто шукає захисту в правосудді [19, с. 5].

Тому варто погодитися з позицією тих науковців, які, ґрунтуючись на досвіді правотворчої діяльності судів у сучасній дійсності, стверджують, що на сьогодні суди найчастіше змушені й повинні «створювати (творити) право, інакше їхня діяльність стане не просто неефективною, а призведе до результатів, протилежних тим, яких від них вправі очікувати суспільство: вони будуть не захищати права, а сприяти їхнім порушенням» [38, с. 20].

Крім об'єктивних причин, вимушена правотворчість судів у сучасній Україні зумовлена також суб'єктивними чинниками. Серед них не останню роль відіграє доволі слабка, а здебільшого зовсім відсутня юридична підготовка вітчизняних законодавців. Присутність тільки механічного читання пропонованих законодавчих актів, а не адекватне їхнє сприйняття призводить, відповідно, до надзвичайно низького рівня досить розрізненого, внутрішньо суперечливого законодавства [65, с. 396–397], «корегування» якого, зі свого боку, вимагає введення нового професійного інституту у вигляді правотворчих функцій вищих судових інстанцій та офіційного надання таким результатам ознак джерела права. Останнє тим більше є порівняно легко здійсненним, оскільки сучасна судова влада в особі Конституційного Суду України фактично здійснює правотворчі функції, і це визнає переважна більшість вітчизняних юристів. О. Скакун вважає, що Конституційний Суд офіційно та законно створює судовий прецедент і є суб'єктом правотворчості [107, с. 73].

Однак у юридичній літературі можна зустріти й протилежну позицію щодо легітимності створення Конституційним Судом України правових норм. Такі сучасні правознавці, як Є. Євграфова [36], В. Тихий [118], В. Нерсесянц [76] та інші не визнають нормативного значення актів, які приймають органи судової влади. У своїх працях

вони дотримуються думки, що всі рішення судових органів є правозастосовними актами, які за своєю природою не можуть нести нового регламентування певних правовідносин. Суд не може підмінювати законодавця – це основний постулат на захист окресленої позиції. Зокрема, Є. Євграфова зазначає, що, ухвалюючи рішення, Конституційний Суд України не встановлює норми права, що не властиво його призначенню і повноваженням, а лише «звільнює» систему законодавства від актів, що суперечать Основному Закону держави [36, с. 67]. «Правова природа офіційного тлумачення Конституції та законів України полягає в їх з'ясуванні, інтерпретації, встановленні дійсного смислу, а не в поправках, змінах чи доповненнях», – пише В. Тихий. На його думку, Конституційний Суд України не наділений функцією правотворчості. «У випадку виявлення в акті, який тлумачать, прогалин, суперечностей або неузгодженості їх можна вирішити тільки законодавчим шляхом» [118, с. 42–43]. Скасування нормативно-правового акта (як і його ухвалення та зміна), зазначає щодо цього В. Нерсесянц, «це – прерогатива правотворчих органів, а не суду. Суд же вправі дати лише юридичну кваліфікацію (правову оцінку й характеристику) розглянутого нормативно-правового акта щодо його відповідності або ж невідповідності Конституції, законові. Рішення судового органу про невідповідність розглядуваного акта Конституції, законові – лише підстава для скасування цього акта компетентним правотворчим органом, а не просто скасування. Таке рішення суду є тільки підставою (юридичним фактом), з яким законодавець пов'язує певні наслідки. Але такі наслідки – це вже заздалегідь установлені законодавцем правові норми, а не норми права, які створює суд» [76, с. 40].

Отже, ці та подібні судження зводяться, зрештою, до висновку про те, що якщо суд не має права скасовувати чи змінювати невідповідний Конституції України або звичайному закону акт, то це означає, що рішення, які ухвалює він стосовно цього, не мають правового характеру, не є і не можуть бути джерелом права.

У випадках встановлення невідповідності нормативно-правового акта Конституції України, на думку В. Шаповала, Конституційний Суд

України займається так званою «негативною правотворчістю», тобто фактично скасовує нормативно-правові акти і здійснює таким чином негативний за своєю сутністю вплив на здійснювану уповноваженими органами правотворчість [130, с. 29].

Більше того, визнання нормативного акта або окремих його положень невідповідними Конституції України є підставою скасування у встановленому порядку положень інших нормативних актів, що ґрунтуються на нормативному акті, визнаному неконституційним, або відтворюють його чи містять такі ж положення, які були предметом звертання. Положення таких нормативних актів не можуть застосовувати суди, інші органи й посадові особи. Припинення дії нормативного акта, зі свого боку, призводить до виникнення, зміни або припинення правовідносин для невизначеного кола осіб, тобто викликає наслідки, аналогічні наслідкам ухвалення закону чи іншого правового акта.

Таким чином, ухвалюючи рішення, що оголошують окремі положення закону чи навіть весь закон неконституційним (як і будь-яку іншу подібну до нього постанову), Конституційний Суд України діє не тільки як «негативний законодавець», який заперечує конституційність розглядуваного положення чи акта і тим самим створює правову основу для його скасування, а й як «право творець». Він указує не тільки на те, як не можна діяти правозастосовувачу в певних випадках, а й як потрібно і варто діяти в подібних ситуаціях. І хоча він формально не створює новий закон, а тільки вказує, яким він має бути відповідно до Конституції України, проте він фактично визначає правила, що повинні діяти до його ухвалення. У таких випадках не можна не побачити елементи нового регулювання, новий підхід до оцінки певних положень законів і вирішення проблем.

Норма поведінки, вироблена в рішеннях Конституційного Суду України, як правило, має характер заперечення колишнього регулювання, тобто вона сама по собі не покликана створювати модель будь-якого нового регламентарного інституту, а навпаки, в таких рішеннях оцінюється позиція законодавця, створені ним правила поведінки. Коли в результаті такої оцінки норми визнаються неконституційними,

виникає нове регулювання – без них, на нових принципах і підходах. При цьому формулюються нові правоположення про регулювання суспільних відносин, які є предметом регламентування норми законодавства, що перевіряється. Ці нові правоположення, на нашу думку, мають усі необхідні характеристики судового прецеденту.

Аналогічно потрібно сприймати правотворчу діяльність Конституційного Суду України не тільки у випадках вирішення справ про відповідність різних правових актів Конституції України, а й у більшості випадків, коли потрібне тлумачення Основного Закону держави, що має не тільки нормативний характер, а й пріоритетне значення перед іншими видами її тлумачення. Конституція – закон вищої юридичної сили, і його пряме застосування – обов'язок суду [1]. Цей обов'язок реалізує суди досить активно, але не в кожній справі можливе пряме застосування конституційних норм, які характеризуються спільністю. Здебільшого конкретні правовідносини вимагають детальнішого регулювання, й конституційні положення не можуть бути достатнім правовим матеріалом для їхньої регламентації [50, с. 154].

Проблема тлумачення правових норм, з'ясування і роз'яснення законодавчих текстів зумовлена проблемою розуміння правової ситуації, інтерпретації юридичних фактів, необхідних для обґрунтованої правозастосовної діяльності й загалом для адекватного здійснення правом своєї регулятивної функції [48, с. 215]. Весь цей процес здійснюється через вирішення ряду пізнавальних проблем. За своїм призначенням інтерпретаційний процес має належно оцінити існуючий стан соціальних відносин, дозволити позитивні з них і заборонити шкідливі їхні форми. Якщо така оцінка з пізнавального погляду виявиться неправильною, будучи, відповідно, відображеною в правовому акті, вона неодмінно трансформується в неадекватні форми правового регулювання.

Природа рішень Конституційного Суду України щодо тлумачення Основного Закону держави є проявом змісту її норм і, звичайно ж, містить у собі нове розуміння, нове регулювання суспільних відносин [50, с. 159]. У такому ракурсі суддя може спиратися на розуміння й

тлумачення права не тільки з погляду юридичних понять і конструкцій юридичної логіки, за допомогою якої правова наука прагне охопити право, а й на основі інтуїтивного проникнення у зміст права та його зв'язки з реальним життям [69, с. 160].

Тому однією з найбільш значущих проблем у сучасній науці постала проблема співвідношення тлумачення й правотворчості в діяльності Конституційного Суду України; існування більш-менш чіткої межі між тим, де закінчується тлумачення й починається правотворчість.

Це призвело до виникнення двох таборів у юридичній методології. Один з них орієнтується на цивільно-правові підходи в методології, традиційно стримує можливості правотворення під час тлумачення права і, обмежуючи їх, орієнтує на волю закону і керівні принципи права. Так, В. Нерсесянц підкреслює, що акт такого (нормативного) тлумачення є нормою розпорядчого розуміння вже існуючої норми права, а не новою нормою [76]. Інший підхід пропонує публічно-правова методологія, яка швидше спирається на те, що тлумачення права, зрештою, є конкретизацією норм права і принципів права. Цього вимагає сама символічно-смислова природа правової матерії. Адже закон – це «особливого роду вираз думки», а думка завжди потребує розуміння, розкриття смислу. Більше того, можна стверджувати, що герменевтичність права є однією з найістотніших його властивостей, а герменевтичний процес загалом є основним джерелом і формою його розвитку. Проблему тлумачення не можна зводити до суто технічної майстерності оперування юридично значущими фактами. Інтерпретація не може бути суто інтелектуальною процедурою, вона завжди екзистенціальна і є наслідком особистісного духовно-пізнавального освоєння і творення реальності як певної смислозначущої цінності [48, с. 229].

Якщо раніше панувала думка про те, що юридичний силогізм – зв'язок норми права з конкретною життєвою ситуацією – завжди даватиме правильний результат, то нині абсолютно переважає правова позиція, яка полягає в тому, що інтерпретація права не обмежується пошуком того, що встановив законодавець і що міститься в законі,

а, на противагу цьому, є актом «креативного правотворення». Інтерпретація – це не лише акт пізнання, встановлення того, що вже має юридичну силу, а й акт творення нового права. Відповідно до нового методологічного підходу застосування права відбувається за допомогою почергового переходу від аргументації, яка використовується в ситуації, до аргументації, яка стосується норми. Такий перехід від аргументації норми до аргументації ситуації, що потребує правового розв'язку, завжди є спробою інтерпретації цієї норми, спробою зрозуміти її і так скоригувати, відповідно до обставин, її зміст, щоб забезпечити справедливе вирішення справи.

Погляд, згідно з яким акт судового тлумачення лише роз'яснює існуючу норму, однак не створює її, мав би під собою логічне підґрунтя тільки у тому випадку, якщо право трактували б як певні відокремлені й паралельно існуючі явища. Однак право, хоч і міститься в різних правових джерелах, має одну важливу ознаку – саме ознаку єдності. Дійсно, право існує як явище, різні частини якого містяться в системній єдності та ієрархічному підпорядкуванні, взаємно підтримуючи й доповнюючи одна одну. Якщо взяти до уваги цю обставину, то неважко помітити, що не існує жодної правової категорії, яка не мала б свого підґрунтя в якійсь іншій правовій категорії. Сучасна Конституція України ґрунтується на природно існуючих у сучасному суспільстві моральних цінностях, надаючи їм юридичної форми позитивного права. У зв'язку з цим заслуговує на увагу позиція А. Пиленко, що у будь-якому застосуванні закону є місце, свідомо законодавцем залишене для індивідуальної творчості. На його думку, в межах, з'ясованих звичайними засобами герменевтики, суддя творить право [91, с. 73–74]. Заперечення судової правотворчості є одночасним визнанням нездатності суддів вирішувати конфлікти в суспільстві за допомогою права і здійснювати правосуддя у так званих важких справах [135, с. 29].

Потрібно звернути увагу й на такий аспект правових позицій Конституційного Суду України, як їхня особлива юридична сила. Ця проблема у вітчизняній юридичній науці недостатньо розроблена. Можна

лише навести окремі висловлювання, які стосуються юридичної сили рішень і правових позицій цього суду, не заперечуючи єдності поглядів. На думку Р. Гаврилюк, практика діяльності Конституційного Суду України дає достатньо підстав для висновку про те, що його рішення про визнання неконституційними законів, інших правових актів або їхніх окремих положень є складовою частиною законодавства і за критерієм ієрархії передують законам, тобто займають у системі джерел права самостійне місце після Конституції України [21, с. 61].

Аналіз цих суджень і правової практики дає підстави зробити припущення про наявність у правових позиціях Конституційного Суду України свого відмінного від інших правових норм місця в цій ієрархії, а саме те, що вони містяться між конституційними нормами й нормами законів.

Одночасно виникає ще одне запитання: чи мають рішення Конституційного Суду України характер судового прецеденту. Так, О. Скакун і Б. Малишев прямо стверджують, що Конституційний Суд офіційно й законно створює прецедент. Однак щоб мати змогу характеризувати рішення Конституційного Суду України як прецедентного, потрібні відповідні аргументи, які містяться у площині результатів порівняння судового прецеденту та рішення Конституційного Суду України. На підставі загальної дефініції спробуємо зазначити ті обставини, що об'єднують явища судового прецеденту і рішення Конституційного Суду України. По-перше, ці явища схожі за своєю формою, а по-друге, їхня форма є юридично-обов'язковою. І прецедент, і рішення Конституційного Суду України є результатом діяльності органу судової влади з розгляду конкретних справ. Цим двом правовим феноменам притаманна властивість безпосередньо регулювати права та обов'язки суб'єктів правовідносин, рішення та прецедент розраховані на неодноразове їхнє використання необмеженим колом осіб і тому мають бути належним чином опублікованими.

Водночас між класичним (англійським) судовим прецедентом і рішенням Конституційного Суду України існують відмінності, які полягають у якісних характеристиках норми права, що в них містить-

ся. Норму, що міститься у рішеннях Конституційного Суду України, не можна вважати класичною прецедентною, оскільки вона є не принципом вирішення спору, а метою діяльності суду, що, зі свого боку, зумовлює особливе її текстуальне розміщення та роль: у рішеннях Конституційного Суду України вона міститься у резолютивній частині, а в англійському прецеденті – ніяк не відокремлюється, міститься в аргументації судді і є правовою основою, принципом його прийняття. Крім того, такі норми різняться ще й за своїм характером волевиявлення, оскільки рішення Конституційного Суду України, яким скасовуються певні правові приписи, є актом відміни, тоді як норми прецедентного права в абсолютній більшості випадків встановлюють нові положення [135, с. 183].

В обох випадках наявний процес правотворчості, але він має різний напрям. Адже Конституційний Суд України не має права виконувати будь-які дії у випадку виявлення ним прогалин у праві, тоді як для суду країн загального права це є приводом (навіть обов'язком) для створення прецеденту. Крім того, між рішеннями Конституційного Суду України і судовим прецедентом існує суттєва відмінність, зумовлена відсутністю існування у перших принципу, подібного до stare decisis, коли подібні справи вирішуються подібним способом. Зі свого боку, прецедент тлумачення можна ототожнити з рішенням Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення. У цьому випадку спільна ознака є очевидною – встановлення загальнообов'язкового правила застосування неоднозначного положення акта законодавчої влади.

У наведеній нами вище проблемі є ще один аспект – міжнародний, пов'язаний насамперед з діяльністю Європейського суду з прав людини. Ратифікувавши Європейську конвенцію про захист прав і основних свобод людини (далі – Конвенція), Україна визнала обов'язковість юрисдикції цього Суду з усіх питань, які стосуються тлумачення та застосування Конвенції і протоколів до неї. Водночас загальновідомо, що право, створене Європейським судом з прав людини, є класичним прецедентним правом. Власне, тому в Україні розпочався якісно новий

і раніше невідомий етап правової реформи, що полягає в перенесенні європейських і загальносвітових правничих цінностей на український ґрунт, які здебільшого знаходять своє практичне відображення в прецедентному праві Європейського суду з прав людини [135, с. 15].

Отже, майже «безсвідомо» для вітчизняної юриспруденції судовий прецедент уже став її джерелом права. Тобто в системі джерел вітчизняного права виникло офіційне, не вимагаючи додатково визнання, джерело права судового характеру.

У зв'язку з цим стає очевидним, що суди України можуть у своїх рішеннях застосовувати не тільки норми Конвенції, а й рішення Європейського суду, в яких подається тлумачення Конвенції, а тому знати прецедентне право Європейського суду українські судді та інші суб'єкти захисту прав людини просто зобов'язані [7, с. 45]. Акцентуючи увагу на цій проблемі, П. Рабінович зазначає: «Практика Суду (а це сотні рішень) розвивається за відверто прецедентним принципом. І тому знання й урахування прецедентних рішень Суду, засвоєння специфіки його професійного мислення, його «правового менталітету» – одне з найактуальніших завдань, що постають нині перед суддями та будь-якими іншими суб'єктами захисту прав людини в Україні» [98, с. 358]. На думку С. Шевчука, «питання про необхідність використання прецедентного права, створеного суддями Європейського суду з прав людини, у процесі прийняття рішень українськими суддями з аналогічних питань є нагальним ... можна цілком припустити, що визначальною підставою саме для таких дій слугує не тільки повага до прецедентного права, а й обґрунтовані побоювання, що у Страсбурзі може бути ухвалено протилежне рішення з цього питання» [135, с. 16].

Таким чином, аналізуючи все вищесказане, можна констатувати, що питання полягає не у тому, щоб «відшукувати» судовий прецедент у вітчизняному праві, а визнати те, що вже існує у реальній правовій дійсності.

До того ж засвоєнню і використанню прецедентного права в Україні сприяє європейське право, яке формується як органічний «сплав»

англо-американської і континентальної правових систем [107, с. 73]. Світові тенденції у напрямі зближення основних правових сімей, що виражається у зростанні ролі судів у правотворенні у країнах романо-германської правової сім'ї на тлі зближення питомої ваги законодавства в державах англо-американської правової сім'ї, є підтвердженням того, що майбутнє розвитку правової системи окремої держави (у тому числі й нашої) – за поєднанням закону та судового прецеденту. Адже універсальність, формальна визначеність, нормативна узагальненість положень законів і конкретизованість, динамічність приписів прецедентного права органічно доповнюють одне одного, що приводить до ефективності дії всього механізму правового регулювання [62, с. 15].

Отже, формування нового образу права, перехід від панування позитивістської моделі права до сприйняття природно-правового підходу, переосмислення традиційних позитивістських уявлень про монопольне становище закону в системі джерел права та поєднання в межах української правової системи різних форм права, інтегративні процеси щодо зближення основних правових сімей, визнання обов'язковості юрисдикції Європейського суду з прав людини зумовлюють необхідність запровадження в Україні прецедентного права та судового прецеденту як джерела права. Більше того, визнання та ефективне застосування цих категорій правотворчими і правозастосовними органами в процесі захисту й реалізації фундаментальних прав і свобод людини визначатиме прогрес України на шляху до об'єднаної Європи, привнесе стійкість, прогнозованість і сприятиме стабільності правових відносин у нашій державі, в результаті чого право виконуватиме роль стимулятора суспільного життя, а не гальмівного чинника.

1.3. Судовий прецедент в англосаксонській системі права та можливість запровадження судового прецеденту на основі поєднання правових систем

Прийшов час проілюструвати світовий досвід запровадження та використання світового прецеденту як одного із повноцінних джерел права. Розпочати хотілося б з того, де він знайшов своє найбільше визнання англосаксонської системи права. Як країну, яка виступить прикладом, було вирішено обрати Англію – країну, яка нараховує більш ніж тисячолітню історію та стала фундаментом, так би мовити, першою сходинкою на шляху розквіту цього глибокого поняття.

В умовах швидкої інтеграції України до світового співтовариства різко підвищилася інтенсивність розробок щодо імплементації до національного права певних юридичних конструкцій, принципів, які належать до найкращих правових надбань провідних західних країн. При цьому автори таких розробок, так само як і особи, що безпосередньо забезпечують імплементаційні процеси, як правило, не враховують того, що без відповідних модифікацій вказані конструкції не можуть ефективно функціонувати в інших умовах, ніж ті, де вони виникли. Усе зазначене особливо стосується запозичень з права країн англо-американської правової сім'ї, зважаючи на специфіку функціонування прецедентної форми права.

У працях, присвячених англійському праву, прецедент завжди аналізується під час розгляду такого явища, як загальне право (common law). Прецедентне право щодо загального права і права справедливості має розглядатись як форма та зміст. Якщо ж брати в ракурсі історії, то під загальним правом розуміється єдине для всієї Англії неписане право, що почало формуватися на базі звичаїв у XII ст. королівськими судами і закріплювалося шляхом внесення їхніх рішень до звітів. Однак сьогодні термін «загальне право» має декілька значень [63, с. 93]. Його вживають для визначення: а) всього прецедентного права на противагу статутному; б) англійського права взагалі; в) групи країн,

правові системи яких побудовані за англійською моделлю, що виражається, зокрема, у значній ролі суду у розвитку права, що обумовлена правотворчою функцією цього органу.

Зосередившись на останньому, хотілося б зазначити, що дослідження англійського судового прецеденту є одночасно аналізом одного з фундаментальних аспектів функціонування права будь-якої з держав, що входять до так званих «країн загального права». Сьогодні 1/3 усього населення планети мешкає у країнах, правові системи яких мають за основу англійське загальне право [66, с. 94]. Як наголошує Р. Давід, потрібно бачити різницю між вузькою концепцією англійського права, що розглядається як сукупність певних обов'язкових юридичних норм, діючих на території Англії та Уельсу, та універсальністю цього права, сприйняттям його як моделі для значної частини людства. Загальне право є системою, що несе на собі відбиток історії, яка до XVIII ст. є історією виключно англійського права [32, с. 207–208]. Завдяки колоніальній політиці Великої Британії англійський судовий прецедент як правове явище набув міжнародного значення. Він є однією з основних ознак, за якими виділяють країни англо-американської правової сім'ї (або країни загального права). Усі держави, що перебували під впливом англійського права, дослідники поділяють на декілька груп, які: а) змирилися зі статусом англійської колонії практично без опору (Індія); б) були фактично засновані після завоювання Англією певних територій (США); в) були завойовані (Південна Африка) [63, с. 95]. Основним шляхом закріплення прецедентного права була діяльність колоніальних судів [37, с. 29], а також можливість оскарження рішень вищих національних судових органів до Судового комітету Таємної ради [63, с. 98].

Вплив загального права залишається значним у державах, пов'язаних з Англією у рамках Співдружності, до складу якої входить декілька десятків країн. Правові системи всіх цих країн мають чимало схожих рис. Тож не дарма їх прийнято виділяти в окрему групу, яка може мати різні назви: «англо-американська правова сім'я», «країни загального права» та ін.

Залишається фактом, що практична рівність за юридичною силою прецеденту та статуту є однією з основних відмінностей правових систем континентальної Європи (і похідних від них) та країн, що зазнали впливу загального права. Це певною мірою підтверджують слова англійця Е. Дженкса, який ще на початку XX ст. зазначив, що сучасний світ завжди знав тільки дві самостійні системи права: римську та англійську [24, с. 45]. Інакше кажучи, сьогодні на планеті домінують дві групи правових систем: держави загального права (чиї правові системи походять від англійської моделі) та держави римського права (які успадкували юридичні традиції Стародавнього Риму). Для останніх характерним є наявність змістовних кодифікованих актів, з яких суди (принаймні теоретично) отримують усі норми для вирішення спорів. Країни римського права зазвичай офіційно не визнають судові рішення за самостійне джерело (форму) права [123, с. 104].

Проте зазначені особливості не потрібно переоцінювати, адже помилково вважати, що основним критерієм класифікації є різний ступень кодифікації права, тому що, з одного боку, континентальне право відрізнялось від англійського ще до того моменту, як було кодифіковано, а з іншого – значна частина англійського та американського права сьогодні також міститься в статутах.

Також не потрібно занадто акцентувати увагу і на різному значенні судових рішень у формуванні права у цих двох правових сім'ях. Не заперечуючи того, що в Англії діє принцип обов'язковості прецеденту (stare decisis), а суди країн романо-германської правової сім'ї теоретично можуть не звертати увагу на попереднє вирішення аналогічного правового питання, не можна не вказати на те, що на континенті все більш відкрито визнається визначна роль судової практики в еволюції права і вищі судові органи багатьох країн Європи уповноважені законодавцям на створення нових юридичних норм [63, с. 103].

Перейдемо ж тепер до самого прецедентного права.

Прецедентний шлях розвитку права А. Барак порівнює з написанням книги багатьма авторами, до завдання кожного з яких входить написати свою главу. Новий автор не може ігнорувати зміст попе-

редніх глав, які визначили загальні рамки та принципи, і тому його глава має відповідати їм; неприпустима також раптова поява нових героїв або нової сюжетної лінії. Разом з тим автор повинен розвивати сюжет, тому деякі персонажі можуть піти, а нові – з'явитися, але при цьому має зберігатись наступництво. Коли глава написана, вона стає інтегрованою частиною книги, і нові автори спиратимуться на її зміст [11, с. 217–218].

Таким чином, правотворчість у формі судових прецедентів є безперервним процесом. Наведене порівняння яскраво демонструє обмеженість судді під час створення права. З одного боку, суддя не слідує всліпу за своїми попередниками, він вправі розвивати право. З іншого – дії судді з розвитку права мають відповідати системі вже створених його попередниками норм і зберігати внутрішню узгодженість з ними. Наступництво обумовлює обґрунтування суддями своїх рішень посиланнями на рішення, винесені їхніми попередниками [33, с. 168]. При цьому абсолютно не має значення час створення попереднього прецеденту. Цей фактор не дає змогу визначити реальну кількість діючих прецедентів: за даними О. Романова, станом на 1996 р. існувало 350 000 прецедентів [101, с. 178]; тим часом І. Богдановська [14, с. 95, 103], посилаючись на англійські дослідження з цього питання, вказує, що на початок 1980-х років чинними були майже 800 000 прецедентів.

Прецедент розвиває право повільно, рухаючись від справи до справи, турбуючись про узгодженість усієї системи, тому для англійського права характерною є прихильність до збереження традицій і деяка консервативність. Саме наступництво та послідовність у процесах зміни змісту норм дослідники вважають найголовнішими особливостями розвитку права Англії [63, с. 122]. Основною особою такого шляху розвитку права є суддя, причому не тільки той, хто нині здійснює правосуддя, а й його попередники та нащадки. Відомим є вислів, що англійський суддя є рабом минулого та деспотом майбутнього: він пов'язаний рішеннями своїх попередників, а своїми рішеннями пов'язує своїх наступників [104, с. 242]. Упродовж століть довіра до суддів є традицією англійського права. На відміну від

континентальних правових систем, де особиста роль судді завуальована поняттям «суд», в Англії завжди визнавалось, що правосуддя здійснюється не судами, а суддями [9, с. 24]. Кожен англійський суддя вищих судів – свого роду знаменитість. Адже з самого початку існування англійської держави судді зайняли досить міцну та незалежну позицію в суспільстві. Таким чином, невелика група професіоналів (до 1800 р. суддів вищих судів було не більше 15 [32, с. 255]) шляхом вирішення справ координовано створювали норми права та визначали порядок їхнього застосування. Професіоналізм та висока репутація суддів завжди обумовлювали силу та чинність прецедентного права. Крім того, вищі суди мають достатньо повноважень та засобів, щоб змусити поважати свої рішення. Серед таких засобів виділяють політичні, матеріально-фінансові та юридичні [32, с. 255; 108, с. 14].

Перейдемо до аналізу судового прецеденту.

За Оксфордським словником, прецедентом є попереднє судове рішення, метод вирішення справи, який являє собою авторитетне правило або приклад для вирішення схожої чи аналогічної справи [141, vol. 8, p. 1243].

За У. Джелдартом, як пише Б. Малишев, опираючись на слова С. П'яткіної [63, с. 129], судовим прецедентом є рішення суду, яке або розглядається як обов'язкове, або як таке, що підлягає уважному вивченню, коли суд має розв'язати таке саме або схоже правове питання.

Основою доктрини прецеденту (та й усього прецедентного права взагалі) є принцип stare decisis (вирішити так, як було вирішено раніше), який повністю сформувався лише у XIX ст. За загальними рисами цей принцип можна визначити таким чином: кожний суд зобов'язаний слідувати прецеденту вищого суду, а апеляційні суди (крім Палати лордів) пов'язані своїми попередніми прецедентами [63, с. 128]. Таким чином, прецедентне право базується на презумпції вірності та істинності судового рішення. Але сила принципу stare decisis поширюється не на все рішення, обов'язковим є тільки його правовий принцип (ratio decidendi). Р. Кросс, як пише Б. Малишев [63, с. 131], вказує, що ratio decidendi прецеденту – це будь-яка норма пра-

ва, яка прямо або побічно тлумачиться суддею як необхідний крок у досягненні рішення, включаючи хід його міркувань чи обов'язкову частину його вказівки присяжним. Водночас необов'язкова частина рішення має назву obiter dictum (попутно сказане). Незважаючи на те, що за певних обставин ratio decidendi та obiter dictum здатні мінятися місцями, в літературі виділення цих двох елементів є загальновизнаним [127, с. 84].

Прецедентне право може існувати тільки за наявності системи записів самих прецедентів [12, с. 73]. Коли протокол рішення відсутній, принцип stare decisis не діє [55, с. 29], оскільки сторони та суддя не мають можливості встановити, чи розглядалася подібна справа у минулому, або навіть якщо вони знають про такий факт і знають результати розгляду цього спору, вони все одно позбавлені права посилатись на це рішення, оскільки воно не має прецедентного характеру, адже невідомі обставини справи, результат їхнього аналізу суддею та його аргументація ухваленого рішення.

Отже, прецедентного характеру набувають лише ті рішення вищих судів Англії, які опубліковані у судових звітах. У певному смислі в Англії майже кожне вирішення спору вищим судом створює норму права [127, с. 84], проте до звітів потрапляють лише ті справи, які привносять до права щось нове. Тому майже 75 % рішень усіх вищих судів не набувають прецедентного характеру [63, с. 134]. Під час публікації рішень упорядниками звітів здійснюється відбір і публікується приблизно 75 % рішень Палати лордів, 25 % рішень Апеляційного суду та 10 % рішень Високого суду [32, с. 259]. О. Романов вказує, що щорічно Палата лордів розглядає не більше 100 справ (наприклад, 1990 р. нею було винесено 50 рішень [32, с. 251], а 2000 р. – приблизно 70), а Апеляційний суд – майже 9 000 справ [101, с. 253]. Зважаючи на викладене, є очевидним, що упорядники звітів, здійснюючи під час публікації певний відбір судових рішень, впливають при цьому на розвиток усього англійського права.

Отже, англійський судовий прецедент потрібно визначити як акт правотворчості у вигляді закріпленого у судовому звіті рішення

(вироку) одного з вищих судів з конкретної справи, правовий принцип вирішення (ratio decidendi) якої являє собою норму права, при цьому юридична сила прецеденту залежить від ієрархічного становища як суду, що його створив, так і суду, що розглядає схожу справу.

Узагальнюючи думки Т. Апарової, Б. Малишев зазначає, що англійські судові прецеденти можуть бути класифіковані відповідно до наступних двох критеріїв. За сферою регулювання прецеденти поділяються на процесуальні та матеріальні. При цьому він слушно зауважує, що для англійського права характерним є відсутність чіткого розмежування матеріальних та процесуальних норм [63, с. 137].

Перейдемо до розгляду прецедентної норми права (ratio decidendi), під якою розуміємо загальнообов'язкове правило поведінки, що створюється суддею під час формулювання основного принципу обґрунтування прийнятого ним рішення (вироку) з конкретної справи і поширюється на судовий розгляд схожих справ. При цьому потрібно зазначити, що за функціональною роллю прецедентні норми, як і норми закону, можна класифікувати на первісні норми (норми-принципи, норми-дефініції) та норми-правила поведінки [63, с. 139].

Виникнення прецедентної норми в результаті судового вирішення юридичної справи обумовлює те, що вона має досить детальну, розгорнуту гіпотезу. Як правило, у судових звітах надзвичайно детально викладаються обставини розглянутих справ, тобто суддями подається майже повна версія подій, що сталися до того, як справа потрапила до суду, адже «наявність цієї інформації є невідмінною потребою того особливого правового мислення, яке властиве прецедентному праву» [123, с. 115]. Окремо потрібно зазначити на тому, що на відміну від норми закону будь-яка норма прецедентного права (не тільки норма-правило поведінки) завжди має гіпотезу, що, безумовно, позитивно впливає на досягнення мети правового впливу.

Не зайвим буде наголосити, що для прецедентної норми англійського права є характерним: нечіткість текстуального виразу диспозиції, конкретизованість гіпотези, а також ретроспективна дія та імперативний характер обов'язковості.

Як вказує Б. Малишев, прецедентне право Англії [63, с. 147]:

1. Є поряд із законодавством основним джерелом (формою) англійського права.

2. За своїм змістом історично складається з норм загального права та норм права справедливості.

3. Розвивається суддями за принципом аналогії, який знаходить свій вираз у поширенні дії прецедентної норми на вирішення схожих справ.

4. Розвивається із збереженням послідовності та наступництва.

5. Містить у собі всі базові принципи англійського права, його понятійний апарат.

6. Внаслідок особливостей своєї еволюції та застосування залежить від власної історії.

З'ясувавши загальні питання, можемо впритул наблизитися до сутності, винесеної до назви цього підрозділу. О. Скакун вказує, що наслідком визнання прецеденту джерелом права є констатація факту, що судові органи здійснюють не тільки юрисдикційну функцію, але й займаються правотворчістю [109, с. 593]. Такий висновок здається цілком логічним. Однак саме питання щодо визнання правотворчого характеру діяльності суддів є принциповим для англійської юридичної науки, навколо вирішення якого вже декілька століть тривають дискусії.

У чистому вигляді системи теоретико-правових досліджень в Англії майже не існує: розгляд суто юридичних питань «розчинюється» у філософії, політології, соціології, психології, етиці тощо. У свою чергу, зміст галузевих юридичних наук практично повністю складається з конкретних суддівських розробок.

Отже, зважаючи на те, що більшість наукових концепцій розроблено суддями в процесі практики, для Англії характерний досить прагматичний підхід до розгляду проблем права, що і визначає значно низький рівень дослідженості його базових, фундаментальних аспектів. Таким чином, вплив судового прецеденту як соціального явища не обмежується лише механізмом правового регулювання. Підтверджуючи цю думку, В. Забігайло, за словами Б. Малишева, пише, що

англійська юриспруденція ставить суддівську діяльність у центр правового життя і правової теорії [63, с. 152]. Існування судового прецеденту в кінцевому рахунку приводить до того, що право ототожнюється з результатами діяльності суду [63, с. 154].

Хоча процес заповнення прогалин сучасними англійськими авторами нечасто називається «проголошенням» права, однак при цьому вони також не використовують і термін «правотворчість». Натомість вказується, що суддя «розширив», «розвинув» або «вдосконалив» право [123, с. 104]. Необхідно зазначити, що у цьому випадку англійське поняття «прогалина у праві» не відповідає тому, що розуміє під ним континентальна наука. Англійський варіант цього терміна належить перш за все до прецедентного, а не статутного права [63, с. 161]. Постійна наявність певної кількості прогалин у правовому регулюванні є невід'ємною ознакою прецедентного шляху розвитку права, адже, по-перше, не існує повністю аналогічних спорів, а по-друге, суспільство перебуває у безперервному розвитку. Тому навіть сьогодні, незважаючи на величезну кількість прецедентів, а також розвинутого законодавства, судді створюють нові норми [126, с. 185]. Вважається, що суддя краще за Парламент здатен заповнити прогалину, більше того, це є його безпосереднім обов'язком, оскільки під час виявлення прогалини Парламент вправі взагалі утриматися від видання закону, а суд не має такої можливості – він повинен вирішити справу і зробити все можливе для виявлення певного принципу для обґрунтування свого рішення [123, с. 109]. Разом з тим у багатьох випадках суди занадто турбуються про уникнення видимості новизни ratio decidendi і під час вирішення справи вдаються до застосування двоїстої мови: створення нової норми докладно обґрунтовується, що вона є «неминучою для всього права в цілому» або що вона є «результатом внутрішньої логіки права» [55, с. 211; 123, с. 104, 106]. У цьому виражається намагання суддів забезпечити стабільність прецедентного права. У будь-якому випадку суддя демонструє, що у разі винесення рішення він не був вільним у своїх діях (як законодавець), а вирішив справу відповідно до певного принципу.

Для англійського судді характерним є проявлення уваги до інтересів сторін конкретної справи та чітке усвідомлення того, що під час винесення рішення він також встановлює певне загальне правило. Це обумовлює намагання суддів знайти якомога переконливішу аргументацію ухваленому рішенню та «вписати» його у систему вже існуючих приписів у цій сфері. Загалом використання зазначених принципів під час створення нових норм права цілком відповідає концептуальному принципу англо-американського права – природний розвиток права залежить не від логіки (якій підкорені абстрактні приписи статутів), а від життєвого досвіду [84, с. 16]. Виразником цього досвіду і виступає суддя.

Таким чином, незважаючи на порівняно невелике значення правової доктрини в Англії, теоретичні обґрунтування прецедентної форми судової правотворчості безпосередньо впливають на діяльність суддів, а відтак напряму впливають і на розвиток усього англійського права.

А тепер хотілося б дещо зупинитися на взаємодії закону та судового прецеденту в сучасному англійському праві.

Статут, ухвалений англійським Парламентом, визначається як акт, в якому документально фіксується (відображається) воля законодавця та розкриваються його наміри щодо певних питань [64, с. 69].

На практиці принцип верховенства Парламента знаходить свій вираз у тому, що в системі джерел (форм) права Англії звичай та прецедент підкоряються законодавству. Тобто законом може бути скасована дія будь-якого прецеденту [55, с. 166]. Однак цей факт не зумовлює визнання принципу верховенства закону, під яким у цьому випадку нами розуміється монополія закону як правової форми на врегулювання своїми приписами найбільш важливих суспільних відносин. Адже для англійського права залишаються домінуючим два постулати: а) принципи права встановлюються прецедентним правом, а статут лише деталізує їх; б) статути мають більшу юридичну силу, ніж прецедент, проте самі по собі вони не є достатнім інструментом для врегулювання суспільних відносин [63, с. 176]. За допомогою існування таких своєрідних взаємостримуючих чинників у відносинах

між двома основними формами правового регулювання (прецедентом та законом) в Англії, на нашу думку, створений і реалізується режим верховенства права у прямому розумінні цього слова.

Під час розгляду сучасного англійського права не виникає сумнівів у тому, що закони та судові прецеденти є основними джерелами (формами) англійського права. Більше того, сьогодні можемо констатувати, що регулювання багатьох сфер англійського права відбувається переважно актами Парламенту [63, с. 178]. Зважаючи на це, виникає логічне питання: наскільки далеко може зайти цей процес і чи можливо таке, що у недалекому майбутньому виникне тенденція зниження значення судового прецеденту для розвитку та функціонування англійської правової системи?

В Англії законодавство перебуває у менш вигідному становищі порівняно з прецедентним правом, адже акт Парламенту вимагає судових тлумачень, які самі стають прецедентами. Тому є спрощенням відноситися до парламентського законодавства як до джерела (форми) права, що міститься вище, ніж прецедент. З цього випливає, що кількісне зростання законів у XX ст. привело лише до активізації прецедентного права. У літературі зазначається, що дев'ять із десяти справ, що розглядаються Палатою лордів та Апеляційним судом, стосуються тлумачення тексту закону [15, с. 106]. Усі без винятку дослідники вказують, що англійське законодавство є повністю залежним від прецедентного права.

Потрібно зазначити, що всі засоби тлумачення поділяються англійськими авторами на підходи, правила, презумпції, допоміжні матеріали. Кількість цих засобів є більш-менш визначеною, однак єдиної та чіткої їхньої класифікації не існує (наприклад, деякі дослідники взагалі не виділяють підходи, а інші, навпаки, об'єднують підходи та правила).

Традиційно виділяють три основних підходи (деякі автори називають їх «правилами») інтерпретації: буквальне правило, золоте правило та правило «виправлення зла».

Буквальне правило (literal rule) полягає у тому, що слова статуту мають тлумачитись відповідно до їхнього звичайного, граматичного,

природного значення. Правило ґрунтується на припущенні, що Парламент має на увазі звичайне та загальновживане значення слів, які він застосовує під час формулювання норм закону. Незважаючи на те, що серед дослідників ведуться спори про те, чи потрібно тлумачити кожне слово окремо або для тлумачення брати закінчену фразу, на практиці саме це правило у більшості випадків дозволяє надати прийнятне тлумачення статуту [14, с. 116−117].

Якщо застосування буквального правила веде до абсурдності, то має бути задіяне так зване золоте правило (golden rule), що виникло як протидія занадто радикальним наслідкам застосування буквального правила. (Основним запереченням проти більш широкого застосування золотого правила, порівняно з буквальним правилом, є те, що йому властивий занадто суб'єктивний підхід, адже суддя сам визначає критерії абсурдності [82, с. 102−103]). Отже, золоте правило може бути використане, якщо результат застосування буквального правила призводить до висновків, які явно не відповідають намірам Парламенту.

Одна із сучасних модифікацій золотого правила іноді називається «цільовим підходом» (the purposive approach). Хоча нам здається, що більш точною є позиція А. Барака та І. Богдановської, які вважають цільовий підхід активною формою правила «виправлення зла» [11, с. 98; 14, с. 118], яке буде розглянуте нами дещо нижче. Під час використання суддею цільового підходу намір законодавця встановлюється не за допомогою тексту статуту, а з того, яку ціль переслідував Парламент, ухвалюючи певний статут [15, с. 111−112].

Правило «виправлення зла» (the mischief rule) було вперше сформульовано у справі Heydon's Case (1584 р.), звідси походить ще одна його назва – «правило справи Гейдона». Правило «справи Гейдона», порівняно з буквальним правилом, застосовується так само рідко, як і золоте правило. Тому не можна погодитися з О. Романовим, коли він пише, що правило «виправлення зла» переживає сьогодні своєрідний ренесанс [101, с. 153], адже, як вказувалося вище, в цьому випадку потрібно свідчити про широке застосування сучасної модифікації правила виправлення зла – цільового підходу.

Англійські дослідники визнають, що три зазначені правила не можна сприймати як універсальні підходи, оскільки вони мають тенденцію до протиріччя та взаємовиключення (наприклад, застосування буквального правила призводить до ігнорування мети ухвалення статуту), однак їхнє застосування є прийнятним у більшості випадків з'ясування змісту закону, при цьому найчастіше судді використовують буквальне правило. Іноді під час вирішення спору застосовується одночасно декілька правил [63, с. 147].

Повертаючись до питання про можливість «витиснення» прецеденту законодавчими актами, ще раз наголосимо, що Англії не загрожує зменшення значення судового прецеденту у правовому регулюванні. Внаслідок розширення сфери законодавчого регулювання змінився лише основний вектор розвитку прецедентного права, більшість норм якого тепер пов'язані з інтерпретацією законодавчих актів. У принципі за будь-яких умов регулююча цінність певного положення закону визначається судовою практикою його застосування до реальних суспільних відносин.

Специфікою правових систем, де визнається судовий прецедент, є те, що результати вказаного застосування набувають рівного за силою із законом нормативного характеру. Таким чином, завдяки прецедентам тлумачення певне положення закону поступово переміщується у систему координат прецедентного права. З цього моменту таке положення починає існувати вже в тому вигляді і набуває того змісту, яке надає йому судове рішення.

Тим самим потрібно зазначити, що судовий прецедент займає центральне місце у системі джерел (форм) права Англії. Це виражається у таких аспектах: а) кількісному (кількість судових прецедентів значно переважає кількість законів та правових звичаїв); б) історичному (основні принципи англійського права закріплені у прецедентах); в) функціональному (від судового прецеденту залежить дія всіх інших форм англійського права: статути діють лише у сукупності з прецедентами, які тлумачать їхні положення).

Аналізуючи обов'язковість рішень Конституційного Суду України в контексті доктрини судового прецеденту, С. Шевчук наголошує на існуванні в Україні судової правотворчості та квазіпрецедентного права [134, с. 48]. О. Скакун прогнозує, що у майбутньому «визначне місце (субсидіарна властивість) у системі джерел права України належатиме правовому, особливо судовому прецеденту» [107, с. 71]. Виразно звучить ідея про необхідність здійснення правотворчості судовими органами й у І. Овчаренка. У своєму дисертаційному дослідженні цей автор акцентує на важливому суспільному значенні судового прецеденту, що в Україні реалізується через такий механізм: ухвалення судового рішення – апробація вищими судовими органами України (якщо рішення ухвалював інший суд) – опублікування рішення – застосування його іншими судами; а також наголошує на потребі легалізації цього джерела права. До останнього, на думку вченого, спонукає й те, що з ухвалення Закону України «Про ратифікацію Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 року» наша держава визнала юрисдикцію Європейського суду з прав людини, рішення якого (у мотивувальній частині) є прецедентами, що повинні використовуватися в національній судовій практиці [80, с. 9]. С. Сливка, досліджуючи сучасний період розвитку джерел права, зазначає: «Використовуючи принцип верховенства права, підвищилась роль Конституційного Суду і судів загальної юрисдикції. Ці суди починають творити нові правові норми, їх ухвали, звичайно, претендують у майбутньому стати джерелами права». Як висновок, автор слушно зауважує, що загалом у сучасній Україні формується тенденція до зародження прецедентного, «живого права», до появи нових природніших джерел права [112, с. 105].

Не заперечуючи цінність вищезазначених положень, потрібно водночас зазначити, що суттєвою умовою, яка спричиняє активізацію науково-дослідницьких пошуків у напрямі задекларованої проблеми, є нестача у вітчизняному правознавстві монографічних праць з питань судової правотворчості, судового прецеденту та прецедентного права. Лише С. Шевчук у роботі «Судова правотворчість: світовий

досвід і перспективи в Україні» послідовно викладає теоретичні основи судової правотворчості; розглядає деякі особливості суддівського правозастосування, зокрема питання суддівського активізму та суддівського обмеження, судової правотворчості у тлумаченні норм права, застосуванні правових принципів, здійсненні судової дискреції; викладає загальну теорію судового прецеденту як джерела права та особливості його дії у сучасних правових системах і на міжнародному рівні; звертає увагу на перспективи судової правотворчості в Україні у контексті міжнародно-правового співробітництва, діяльності Конституційного Суду України, судів загальної та спеціалізованої юрисдикції [136, с. 23].

Відмова сучасної вітчизняної науки від позитивістського підходу у визначенні права, від його одержавлення та закріплення основних принципів природно-правової концепції в Конституції України 1996 р. [1] стали вагомими чинниками, що спричинили перегляд традиційних уявлень про систему джерел права. Сьогодні на зміну радянському державному етатизмові, уявленням про монопольне становище «єдино правильного» джерела права, традиціям юридичного позитивізму приходить визнання різноджерельного права, утвердження принципу персоналізму (індивідуалізму) та поширення тенденцій, близьких до теорії природного права. Багатовікова суперечність між природним правом і правовим позитивізмом стає дедалі більш відносною, і їхнє різке протиставлення – вже пройдений етап, про що у своїх працях неодноразово наголошують О. Костенко [53], В. Кравець [54], С. Максимов [61], С. Сливка [111−112].

Досліджуючи чинники, які зумовлюють необхідність визнання різності й ієрархії джерел національного права, вивчаючи філософський смисл проблеми правових джерел, Л. Петрова наголошує, що радикальна постановка питання про правові джерела властива філософському, а не позитивному підходу до права з його одноманітним розумінням єдиного витоку цього права. Якщо філософія осмислює право у його цілісності й граничності, то природно виникає питання, чи спроможна позитивістська юриспруденція з притаманним їй ви-

значенням права як сукупності норм, що виражають волю держави і забезпечуються її примусовими санкціями, осмислити цілісність і граничність усіх правових речей? Якщо зважити на те, що держава є лише часткою людського буття і в кожному прояві цього буття діє ціле, і ці прояви стверджують своє часткове буття на єдиній всезагальній основі, то очевидно, що позитивістська теорія джерел права з її недостатньою глибиною мислення не спроможна відтворити ціле й граничне усіх правових речей, а тому проблема різності й ієрархії правових джерел є для неї принципово невирішеною. На думку дослідниці, чинниками, які необхідно визнати як джерело права і які спроможні до адекватного відтворення права у його цілості і граничності, є судова практика, правова доктрина та звичаєве право [89, с. 335−336].

Цілком слушно наголошує на потребі впровадження в Україні системи різних юрисдикцій Р. Тополевський: «... право повинно розглядатися не як «наказ суверена», а як засіб забезпечення суспільної гармонії, узгодження точок зору різних суспільних суб'єктів, врешті-решт як справедлива і рівна міра свободи. Це стає можливим при розгляді права як різноджерельного феномена, який формується не лише внаслідок цілеспрямованих зусиль законодавця, але також через інші соціальні канали» [120, с. 1].

У сучасних умовах методологічні проблеми різноджерельного права та визнання функції правотворчості судовими органами, об'єктивно набувають дедалі більшого значення. Їхня актуальність суттєво загострюється не тільки у зв'язку з історичною необхідністю здійснення відповідної трансформації правової системи країни, а й через «тісний зв'язок» з найважливішими дискусійними в юридичній науці проблемами, внаслідок чого вони потребують глибокого теоретичного аналізу. Найкраще в українській правовій думці це питання опрацювала Л. Корчевна, яка слушно підкреслює, що «теорія різноджерельного права дає змогу по-іншому, ніж досі, підійти до вирішення сучасних актуальних проблем українського державознавства і правознавства. Насамперед це стосується теорії і практики народного

суверенітету, безпосередньої демократії, поділу влади, верховенства права, правової держави, громадянського суспільства. Різноджерельне право здатне відіграти вирішальну роль у здійсненні демократичних реформ у галузі права і забезпечити їх відповідність європейським і світовим стандартам» [52, с. 8].

Таким чином, право як сукупність соціальних регуляторів не завжди може бути відображене у відповідній законодавчій формі. Колізію між правом і писаним законом вирішує суд, і його рішення при цьому стають обов'язковими не тільки для правозастосовувача, а й для держави. При цьому новому «образу права», що формується у правовій реальності, далеко не завжди відповідає зміст чинних законів, які вимагають судового тлумачення, а іноді й доповнення. Як наголошують Л. Алєксєєва [5], А. Наумов [74, 75], певну норму законодавства досить важко сформулювати у чіткому зрозумілому вигляді для правильного її застосування суб'єктами правовідносин. Тому норми права, на їхню думку, для ефективного регулювання суспільних відносин обов'язково припускають певну «абстрактність», зміст яких потребує суддівської конкретизації та оцінки. З цього приводу М. Тесленко зазначає, що у випадках неможливості розв'язання законом конкретної ситуації суддя вимушений звернутися до загальних начал, щоб, спираючись на соціальну реальність і свіжі ідеї, можна було «будувати» такі рішення, які відповідали б принципам справедливості й вимогам, зумовленим ситуацією [115, с. 40]. Різноманітні несподіванки життя завжди становитимуть джерело ускладнень навіть для найретельніше складених нормативних актів. Тому для забезпечення працездатності будь-якої системи офіційних норм має існувати інший, оперативний механізм реагування на постійно змінну дійсність. Ці обставини, на думку Н. Подольської, слугують рушійною силою розвитку ідей судової правотворчості [94].

Визнання правотворчого характеру діяльності суддів є необхідним для встановлення гармонії між правовими актами та судовою практикою їхнього застосування, відповідно до потреб суспільства, для по-

долання «розриву» між правом і дійсністю, – наголошують російські правники Т. Гурова [31] і В. Жуйков [38]. Коли соціальна реальність змінюється, право також має змінюватися разом з нею. Здатність права змінюватись разом зі зміною суспільних відносин становить основну ознаку його ефективності та визначає його спроможність слугувати надійним регулятором суспільних відносин.

Ведучи мову про регулятивні функції прецеденту як джерела права, не можна залишити поза увагою питання про його прямий і тісний зв'язок із законом, якому в межах романо-германського права належить пріоритетна роль. Під час розгляду питання про судовий прецедент як самостійне джерело сучасного права, особливо коли йдеться про його співвідношення із законом, досить важливо мати на увазі і враховувати суперечливість поглядів авторів на цю проблему не тільки у відносно недалекому минулому, коли норми, що містяться в прецеденті, іноді розглядали порівняно з нормами законів як деякі другорядні феномени, як норми права меншого значення, а й нині.

Стосовно сучасних реалій більшість авторів, які визнають суддівське право, не прирівнюють формуючі його норми до норм законів. Досить поширеною щодо цього і, як видається, цілком виправданою є точка зору, відповідно до якої акти судових органів займають своєрідне місце в системі джерел права [58, с. 14]. Загалом серед авторів, які виступають за визнання судового прецеденту джерелом сучасного права, домінує теза, відповідно до якої майбутнє розвитку правової системи окремої держави – за сумісністю суддівської правотворчості з парламентською, за поєднанням закону та судового прецеденту. Як стверджує М. Марченко, питання майбутнього суддівського права поряд із парламентським правом і судової практики як джерела права необхідно вирішувати не окремо одне від одного, не в ізоляції від інших соціально значущих явищ, інститутів та установ, а в їхньому взаємному зв'язку і взаємодії [67, с. 408–409].

Аналізуючи проблему застосування судового прецеденту в системі загального і континентального права, М. Кучин зазначає: «Ведучи

мову про судовий прецедент як про джерело права, не слід протиставляти його законові. Кожний із них виконує своє призначення, займає власну нішу в правовій системі» [57, с. 73]. Про генетичність взаємозв'язку прецедентного права і стилю мислення свідчить сучасний український філософ права В. Братасюк. На думку цього вченого, апеляція постмодерного мислення до принципу плюралістичності та поліметодологізму докорінно змінює погляд на проблему судочинства. Єдність права не шукають більше на глобальному рівні, на рівні державної юридичної позитивної системи. Смисл шукають казуїстичним способом, свій – для кожного визначеного випадку, тобто в децентралізованому просторі. Внутрішня цілісність і логічність продовжують бути метою, але тепер не даються одразу. Децентралізація права вказує на занепад традицій єдиного автора нормативного порядку. Як бачимо, за цих умов незрівнянно зростає роль судді і судочинства. Континентальна правова система перестає бути «закритою», вона відкривається, впускаючи прецедент, апелюючи до живого права; розширюється «набір» критеріїв істини, їхня об'єктивність доповнюється суб'єктивними моментами [16, с. 158].

Перманентну актуальність питання про сутність і роль прецеденту пов'язують також зі зміною поглядів на суд, його функції та масштаби діяльності, а також на роль судової влади у механізмі захисту прав людини. Як щодо цього зауважує П. Пацурківський, «понад сімдесят років радянський суд займався розглядом конкретних цивільних і кримінальних справ. І нікому не приходило в голову називати це судовою владою. Судової влади не було в реальному житті, тому й не могло бути відповідного поняття і в нашому політичному, юридичному, науковому лексиконі. Але коли після довгих років самоізоляції ми, нарешті, зрозуміли, що приєднатися до світової цивілізації можна, лише засвоївши і прийнявши за початок відліку загальнолюдські цінності, однією з яких є концепція правової держави, – ось тоді посттоталітарна суспільна свідомість сприйняла ці ідеї як свої власні, тоді ми близько підійшли до необхідності дати вичерпну відповідь на запитання, з яких елементів складається судова влада і як «вмонтува-

ти» її в систему нашої сьогоднішньої державності» [86, с. 187]. Характеризуючи нові функції вищих органів судової влади, С. Алєксєєв підкреслює, що, очевидно, настала пора взагалі змінити наше бачення правосуддя, інтерпретацію його призначення лише як застосування права. Досвід розвинених демократичних країн, причому не тільки англо-американської групи, свідчить, що високий рівень правового розвитку досягається в суспільстві тоді, коли суд, спираючись на Конституцію [1], закон, на загальновизнані права людини, також творить право. Тому надання рішенням вищих судових інстанцій країни функцій судового прецеденту видається справою назрілою, цілком виправданою [4, с. 219].

Сьогодні замість принципу верховенства закону приходить принцип верховенства права, на основі якого найбільш повно розкривається юридична природа основних прав і свобод людини, надається їх безпосередній судовий захист, унеможливлюється свавілля державної влади, забезпечується єдність правозастосовної практики. А це виявляється неможливим без відповідної діяльності оновленого судового корпусу, методологічною основою діяльності якого стала доктрина судового прецеденту. Суди у процесі розгляду конкретних справ покликані підтримувати делікатний баланс між конфліктуючими інтересами та залагоджувати існуючі суперечності. Це досягається завдяки судовій правотворчості, заперечення якої є одночасним визнанням нездатності суддів вирішувати конфлікти у суспільстві за допомогою права та здійснювати правосуддя у так званих «складних справах».

Водночас треба звернути увагу ще на один ціннісний аспект судової правотворчості, коли суди не тільки надають захист основним правам, а й знаходять їх, користуючись теорією «прихованих прав», тобто ті права, що містяться у «сутінковій зоні» конституційних норм або у доктрині природного права. Вирішення останнього питання має глибокий філософський смисл, і його усвідомлення є ключем до з'ясування проблеми суддівської свободи та визначення меж судового розсуду, які й сьогодні у правовій доктрині вважаються дискусійними.

С. Максимов стверджує, що «...світ права – це світ, що будується за законами, які відрізняються від законів емпіричного світу, а його структурними елементами виступають не факти, а смисли і значення. Тут маємо справу з особливою логікою – деонтичною, тому і пізнавальні засоби повинні бути особливими, відмінними від тих, що застосовуються під час пізнання емпіричного світу, оскільки поєднують у собі пізнавальні й оцінні моменти. У зв'язку з цим суддя має вирішувати справу насамперед у категоріях деонтології – вільної волі зобов'язання, відповідальності, а потім уже в категоріях емпіричної онтології – спадковості, соціального середовища, не підмінюючи першого другим» [61, с. 154]. Аналізуючи судову практику як формальне джерело права, в якому проявляються антропологічні джерела права – розум і воля, В. Трофименко стверджує, що вольова діяльність набуває змістового вигляду, коли «у розгляді справи суддею, з одного боку, проводиться інтерпретація правових норм, а з іншого – конструюються конкретні життєві обставини» [122, с. 13].

Отже, застосування прецеденту можливе тільки в тих випадках, коли найбільш важливі фактичні складові розглядуваної суперечки чи ситуації не відрізняються від відповідних обставин справи, у якій раніше вже було винесене рішення, що має силу прецеденту. Більше того, зазначені факти мають відігравати ключову роль в обґрунтуванні прийняття саме такого рішення в минулому. Тому суди можуть дійти висновку про неможливість використання прецеденту, якщо встановлять, що відповідні справи відрізняються одна від одної деякими важливими фактичними обставинами, навіть якщо за зовнішніми ознаками вони видаватимуться досить схожими одна на одну [20, с. 54].

У попередніх розділах цієї роботи було проаналізовано поняття судового прецеденту як джерела права в історичному та порівняльному аспектах, а також у контексті аналізу системи джерел сучасного кримінального процесуального права України. Прогностичний аспект дослідження цього питання – щодо розвитку судового прецеденту в системі джерел кримінального процесуального права України та його

подальшої інтеграції цю систему – зачіпався фрагментарно, лише як принагідно висловлені рекомендації щодо вдосконалення регулювання певного питання.

Проте вбачається, що питання, пов'язані з умовами та порядком подальшого розвитку судового прецеденту в системі джерел кримінального процесуального права України, потребують більш предметного осмислення та системного опрацювання.

У зв'язку з цим можна дійти висновку, що метою цього підрозділу є не просто оцінка необхідності розвитку судового прецеденту як невід'ємного елементу системи джерел кримінального процесуального права України, а й вироблення чітких та послідовних кроків щодо забезпечення можливості та ефективності такого процесу з мінімізацією можливих ризиків.

1.4. Місце судового прецеденту в країнах романо-германської системи права

Дослідження судового прецеденту в романо-германській системі вирішено було провести на прикладі Європейського Союзу. Адже більшість держав-членів користуються в національному законодавстві саме такою системою права, тож значно цікавіше було б дізнатися, у що виллється місце прецеденту у Союзі в цілому. І розпочати хотілося б з прецедентних рішень судів ЄС у системі джерел права Європейського Союзу.

На відміну від внутрішнього права традиційної міжнародної організації, основним призначенням якого є регулювання внутрішнього функціонування цієї організації, право ЄС/Співтовариств покликано забезпечувати насамперед розвиток інтеграційних процесів між окремими державами, що входять до його складу. Вирізнення специфічного права ЄС певною мірою пов'язане з особливим становищем судів Співтовариств (далі – ЄСпв), правове положення яких не має аналогів ні серед національних судів, ні серед міжнародних судових установ. Своєрідний порядок нормотворчості, в якому активна роль належить

Суду Правосуддя, значно відрізняє ЄС від інших сучасних міжнародних організацій. Представник Комісії ЄС С. Гоці підкреслює, що «система спільноти бере свій початок у системі міжнародного права. ...Однак діяльність його інституцій [6, с. 87], зокрема діяльність судових органів Євросоюзу, дала змогу перетворити його на нову юридичну й політичну систему» [26, с. 42]. Розвиток ЄСпв свідчить, що на основі їхніх установчих договорів було побудовано повноцінний правопорядок, а їхнє право є «організованою і структурованою системою правових норм зі своїми власними джерелами, а також своїми власними інституціями і процедурами створення, тлумачення і примусового виконання цих норм» [6, с. 89].

На сьогодні не вироблено єдиної класифікації джерел права ЄС/ЄСпв та, відповідно, залишається невирішеним питання про місце прецедентних рішень судів ЄСпв у цій системі. Різницю в підходах учених насамперед можна пояснити з огляду на чотири обставини. По-перше, відсутністю єдиного розуміння поняття «джерело права ЄС/ЄСпв», що є передусім результатом суперечливості такого поняття у правових системах країн, представлених у ЄС, а також неоднакового використання судового прецеденту як джерела права в зазначених державах. По-друге, тим, що не визначено єдиних критеріїв класифікації джерел права ЄС/ЄСпв. По-третє, наповненням дослідниками схожих за назвою класифікаційних груп різним змістом та, по-четверте, особливостями права ЄС/ЄСпв як системи, що перебуває в постійному русі, є динамічною та невпинно змінюється [6, с. 91].

Вітчизняні, а також російські дослідники права ЄС переважно сходяться на тому, що джерело права ЄС/ЄСпв – це зовнішня форма вираження (фіксації) його правових норм [95, с. 43; 96, с. 123; 113, с. 49], тобто застосовується формально-юридичний підхід. Це питання залишається відкритим і на сьогодні.

Про складність джерельної проблематики свідчить і та обставина, що ні подальші зміни та доповнення до установчих договорів, які набрали чинності, ні Договір, що вносить зміни до Договору про

Європейський Союз та Договору, що засновує Європейське Співтовариство [142] (далі – Лісабонський договір), не вирішили проблеми джерел права ЄС/ЄСпв.

Узагальнюючи запропоновані в юридичній літературі з питань джерел права ЄС/ЄСпв підходи щодо місця в них прецеденту судових органів ЄС/ЄСпв, можна виділити дві протилежні точки зору: 1) про належність (позитивне ставлення) та 2) про неналежність (нігілістичне ставлення) прецедентних рішень судів ЄС/ЄСпв до системи його джерел права. Розглянемо їх більш детально.

Підхід 1. Прецедентні рішення судів ЄС/ЄСпв не є джерелом права ЄС/ЄСпв. Найбільш поширеними концепціями щодо розуміння природи права ЄС на сьогодні є три основні: федералістська (федеративна), представлена Р. Біндшедлером, Р. Віндельманом, Р. Козловським, Ш. Мозлером, Е. Фрідландером, Ш. Шлогауером, у межах якої право ЄС розглядається як синтез міжнародного та національного права [113, с. 18–24]; міжнародно-правова, обґрунтована А. Дашвудом, М. Івановим, Г. Розелібом, У. Фастенратом, відповідно до якої право ЄС виступає як якісно новий рівень розвитку МП [113, с. 24–30]; автономна концепція, яка підтримується Р. Барантсом, С. Ю. Кашкіним, Д. Лейсоком, М. М. Микієвичем, О. М. Москаленком, В. В. Муравйовим, К. С. Смирновою, А. Татамом, Б. М. Топорніним, за якою право ЄС є новим типом права, самостійною правовою системою sui generis [72; 96; 113].

Як вказувалося нами вище, абсолютна більшість держав-членів ЄС являє систему континентального права, де судове рішення (прецедент) як джерело права відіграє не таку значну роль у процесі регулювання суспільних відносин, як у країнах англосаксонського права. Разом з тим, як було показано вище, судовому прецеденту і в цих країнах відведено достатньо важливе місце. З огляду на це велика кількість як вітчизняних, так і зарубіжних авторів, передусім італійських та німецьких, «вихованих» у дусі національних правових традиції, обережно ставиться до такої форми права та намагається всіляко не згадувати про неї (Дж. Кокотт) [119, с. 131; 128].

Є автори, які прямо заперечують існування такого джерела права [113, с. 60]. Зокрема, О. В. Буторіна в системі джерел ЄС виокремлює установчі угоди інтеграційних об'єднань, загальні принципи права, міжнародні угоди ЄС, акти ЄС, наголошуючи на тому, що судові рішення не входять до системи джерел права [34, с. 50–51].

Принципи субсидіарності та пропорційності на переконання деяких дослідників є найбільш значущими та складними в праві ЄС [83, с. 128]. Їхній зміст запроваджений ст. 3b Маастрихтського договору (нині ст. 5 ДЄСпв) та розкривається відповідним Протоколом до Амстердамського договору 1997 р. [140].

Принципи верховенства та прямої дії права ЄСпв вперше були сформульовані Судом шляхом здійснення телеологічного тлумачення установчих договорів. Важко уявити нормальний функціонуючий механізм інтеграції за відсутності верховенства норм її права над нормами права держав-членів цього об'єднання та його прямої дії у правопорядках держав-членів [6, с. 117].

Отже, вище було наведено лише деякі приклади використання прецедентних рішень Суду Правосуддя у становленні загальних принципів права ЄСпв. Разом з тим вважаємо, що прецеденти судових органів ЄС є самостійним правовим явищем, хоча й тісно пов'язаним із загальними принципами права ЄСпв.

У прецедентних рішеннях загальний принцип набуває свого юридичного наповнення, доповнюється, розвивається й остаточно оформлюється. Таке явище можна порівняти з поступовим проявленням зображення на щойно виготовленій фотографії. Щодо будь-якого судового прецеденту є певні правила чи процедури його виникнення або у вигляді окремих приписів, або в усній формі у вигляді певного звичаю, принаймні вони є зрозумілими і дають змогу визначити, які явища можуть бути прецедентами, а які ні. Цього не потрібно зазначати про загальні принципи права ЄСпв, які «існують з огляду на своє існування». Тобто суди ЄС, навіть за відсутності положень установчих договорів, в яких згадуються загальні принципи права Співтовариства, застосовували б їх. Іншими словами, Суд вважає, що ці

принципи вже закладені у правопорядку, а рішення Суду – лише формальне тому підтвердження [71, с. 88–89].

Судовий прецедент може досить швидко виникати, змінюватися чи припиняти своє існування. Загальний же принцип права виникає поступово, упродовж тривалого часу, так само поступово він змінюється чи припиняє існувати. Принаймні це важлива подія для правопорядку, у межах якого він існує. Така подія має місце, коли щось докорінно змінюється.

Судовий прецедент словесно зафіксований, його зміст чітко сформульований. Поза словесним виразом прецеденту не існує, тому він не може виступати, наприклад, у формі звичаю. Що ж до загального принципу права ЄСпв, то він необов'язково має письмову форму, а його зміст зазвичай необхідно ретельно виводити з інших джерел; його можна порівняти з фантомом, якого беруть і уловлюють.

Ще одним аргументом проти визнання рішень Суду Правосуддя джерелом права для деяких авторів слугує твердження, що Суд, залучений до правотворчого процесу, виконує функції законодавця, судовий процес набуває політичного забарвлення, втрачає природно належну йому неупередженість і об'єктивність, чим порушується розподіл влади в об'єднанні. Так, як вказує А. О. Четвериков, «основоположним принципом організації і функціонування механізму політичної влади ЄС є принцип розподілу влад, що втілюється у життя з урахуванням специфіки устрою і компетенції Союзу. Незважаючи на те, що цей принцип не одержав прямого закріплення в тексті Договору про Європейські співтовариства (та інших установчих договорах), він випливає із системного тлумачення його норм і послідовно реалізується в прецедентному праві Європейського суду. Законодавчу функцію в ЄС сьогодні здійснюють Рада і Європейський парламент; виконавчу – Комісія; судову – Суд і Суд І інстанції» [129, с. 18]. Більше того, автор висловлює думку, що характер розподілу функцій і владних повноважень між органами ЄС має спільні риси з класичною доктриною розподілу влад, яка сформульована у вченнях конституціоналістів XVIII–XIX стст.

Не погоджуємося з таким розумінням устрою ЄС, оскільки вчення про розподіл влади, запропоноване Дж. Локком, Ш. Монтеск'є, історично виникло з метою обґрунтування обмеження абсолютної влади в державі. Як зауважує М. Л. Фернандез Естебан, зміст принципу розподілу влад, а точніше повноважень, не співпадає в загальній теорії права та в теорії комунітарного права. У праві ЄСпв він розуміється як гармонійне поєднання трьох складових: інституційного балансу, автономності інституцій і лояльної співпраці між ними [6, с. 121]. Відповідно, система інституцій ЄС не може будуватися на виокремленні законодавчої, виконавчої та судової влади, а повинна відображати збалансоване поєднання повноважень цих інституцій. Іншими словами, має місце функціональний підхід [35, с. 216], відповідно до якого за інституціями виділяють установчі, законодавчі, виконавчі, бюджетні, контрольні, зовнішньополітичні повноваження, які можуть бути спільними для декількох інституцій ЄС. Такий підхід дозволяє так упорядкувати відносини між інституціями, щоб уникнути нерівномірного посилення окремих інституцій на шкоду інтересам держав-членів та забезпечити досягнення цілей і завдань інтеграції.

Таким чином, представники нігілістичного підходу наголошують на важливій ролі судових органів ЄС не лише у встановленні або визначенні загальних принципів права ЄСпв, а й у безпосередній участі цих судів у творенні та розвитку норм комунітарного права.

Проте основними перешкодами у визнанні прецедентів судів ЄСпв джерелами права є:

а) національна правосвідомість дослідників і формальне невизнання прецедентних рішень судових органів ЄСпв джерелами права;

б) виокремлення лише загальних принципів права ЄСпв, утворених у результаті винесення рішень судових органів ЄСпв з наступним їхнім підтвердженням;

в) розуміння прецеденту судів ЄС насамперед як форми права, а не як джерела права;

ґ) відсутність формально визначеної загальнообов'язковості;

д) політична активність судів (ухвалення рішень виходячи із політичної доцільності, а не юридичних приписів) [6, с. 134].

Підхід 2. Прецедентні рішення судів ЄС/ЄСпв є джерелом права ЄС/ЄСпв. Сутність цього підходу зводиться до відведення судам ЄС особливого місця у правовій системі ЄС/ЄСпв з наділенням їх широкими повноваженнями, у тому числі у сфері правотворчості. У межах цього дослідницького підходу виокремлюється так зване «прецедентне право» судів ЄС.

Більшість теоретиків права ЄС/ЄСпв пропонує поділяти його джерела за різними критеріями на первинні (основні, першопочаткові) та вторинні (допоміжні, похідні, секундарні) [35, с. 83; 87, с. 120]. Разом з тим у поняття «первинні» («основні») та «вторинні» («допоміжні», «похідні») джерела автори вкладають різний зміст: спосіб утворення (формування, походження) та/або ієрархічна підпорядкованість, спосіб застосування.

Значна група вчених не погоджується з класифікацією джерел права ЄС/ЄСпв на первинні та вторинні, вважаючи її такою, що не виявляє особливостей юридичної природи джерел права. Зокрема, В. Кернз та А. Татам вважають її прийнятною лише щодо законодавства ЄС, до інших джерел права ЄСпв вони відносять МП (міжнародні договори ЄС та держав-членів), загальні принципи права та судові рішення [46, с. 91; 114, с. 50]. На думку К. Кеніха, А. Харача, М. Боніні та Ф. Джекобса, рішення судових органів не можна однозначно відносити до джерел первинних чи вторинних через характер норм, які містяться в них [119, с. 26].

Розповсюджений у літературі з права ЄС поділ джерел на первинні та вторинні вважаємо достатньо умовним з огляду на те, що судові рішення, а точніше прецеденти судів ЄС, можуть одночасно містити як норми первинного права, коли йдеться про норми-принципи права ЄС, так і норми права вторинного у разі ухвалення судом рішень, спрямованих на тлумачення чи роз'яснення правозастосування установчих договорів та інших актів первинного права. Тому така класифікація є неприйнятною передусім через

суперечливість визначення прецедентів судів ЄС у системі джерел права.

Підтримуємо позицію тих авторів, які відносять прецедент, утворюваний судами ЄС, до джерел права ЄС/ЄСпв. При цьому вважаємо, що такого висновку можна дійти з огляду на: 1) специфіку права ЄС/ЄСпв, зокрема особливості установчих договорів ЄС/ЄСпв, що впливають на формування прецедентного права судами ЄС; 2) особливого місця судів ЄС в інституційній системі; 3) значення рішень судів ЄС у правопорядку ЄС/ЄСпв.

Передусім правопорядок ЄС/ЄСпв характеризується підвищеним динамізмом і мінливістю. Він нагадує певну «машину», що невпинно рухається і у процесі свого руху виходить на новий рівень свого розвитку. Для нормального існування такої «машини» необхідним є належний, ефективний правовий інструментарій. Оскільки судовий прецедент є найбільш динамічною формою (джерелом) права, для якої перебування у процесі постійного розвитку та удосконалення є природним станом [63, с. 166], то він може бути найбільш зручним засобом розвитку правопорядку ЄС/ЄСпв. З іншого боку, прецедент, який утворюється судовими органами ЄС, виступає тим інтегруючим компонентом правової системи ЄС, який забезпечує її стабільність, а також адекватне і вчасне реагування на зміну суспільних відносин.

Частиною 1 ст. 3 ДЄС вказується, що Союз обслуговується єдиною інституційною структурою, яка забезпечує узгодженість і наступництво діяльності, що здійснюється з метою досягнення його цілей, одночасно поважаючи та розбудовуючи acquis communautaire. На нашу думку, однією з форм забезпечення узгодженості і наступництва діяльності Союзу і є винесення судами ЄС прецедентних рішень. Отже, ця стаття виступає певним юридичним підґрунтям для формування прецедентного права ЄС, спрямованого на забезпечення узгодженості і наступності у діяльності Союзу для реалізації цілей інтеграції, визначених у стст. 1, 2 ДЄС та преамбулі ДЄСпв.

Крім того, прецедентне право судових органів ЄС продовжує здійснювати значний регулюючий вплив і на національні правопоряд-

ки держав-членів, тобто виходити, власне, за рамки функціонування об'єднань.

Отже, хоча формально правило прецеденту в праві ЄС/ЄСпв не закріплено, з аналізу сучасного розвитку цього права можна дійти висновку, що прецеденти судових органів ЄС на сьогодні є важливим джерелом права ЄС/ЄСпв. На нашу думку, прецедент судових органів ЄС є важливим самостійним джерелом права ЄС/ЄСпв виходячи з того, що за його допомогою значно деталізуються і конкретизуються положення установчих договорів ЄС/ЄСпв та норми права ЄС/ЄСпв; у них подаються єдині норми, стандарти, необхідні для ефективного функціонування Союзу у цілому; такі судові роз'яснення набувають нормативного характеру, обов'язкового для дотримання всіма суб'єктами права ЄС/ЄСпв; за допомогою прецеденту судових органів ЄС здійснюється значний регулюючий вплив у національних правопорядках держав-членів. Незважаючи на те, що завдання судів ЄС формально обмежене тлумаченням і застосуванням кожного з інших джерел права, їхні прецедентні рішення відіграють ключову роль у розширенні правопорядку ЄСпв і ЄС загалом. Прецедент судових органів ЄС (передусім Суду Правосуддя) у праві ЄС виконує інтегруючу функцію – через нього формується і розвивається це право. Тому можна стверджувати, що правова система ЄС/ЄСпв має прецедентний характер.

Може виникнути питання про те, до якої з відомих моделей судових прецедентів подібний судовий прецедент у праві ЄС. На нашу думку, він має багато спільного з класичним англійським прецедентом, використовує елементи прецедентної практики країн романо-германського права (передусім французької), однак зберігає при цьому ряд унікальних особливостей, які дозволяють розглядати його як окремий правовий феномен.

Так, організаційний та правовий статус судів ЄС (головним чином Суду Правосуддя) побудований на засадах континентальної моделі, в основному французької [125, с. 205]. Роль Суду Правосуддя та СПІ у забезпеченні дотримання права під час тлумачення та застосування

установчих договорів ЄС подібна до тієї ролі, яку виконує Касаційний суд Франції (Cour de Cassation), створений також з метою забезпечення одноманітності тлумачення права всупереч неієрархічній природі судів цієї країни [46, с. 101]. Разом з тим спосіб формулювання принципів або загальних положень права в рішеннях судів ЄС досить схожий на методи, що використовує Державна Рада Франції (Conseil d'Etat), проте техніка Суду щодо використання попередніх рішень та визначення значущого правоположення нагадує методи, притаманні англійським судам [137, с. 82].

Специфічність прецедентів судових органів ЄС полягає також в особливому способі взаємодії між правом ЄС та національним правом держав-членів. Так, прецедент судових органів ЄС «працює» не лише безпосередньо в рамках ЄСпв і Союзу, а здійснює значний регулюючий вплив у національних правопорядках держав-членів і є обов'язковим для застосування їх судами як частина права ЄС/ЄСпв. У будь-якому разі за національним судом зберігається право звернутися за роз'ясненням до Суду Правосуддя з питань, передбачених ст. 35 ДЄС та ст. 234 ДЄСпв.

Наголосимо, що не будь-яке рішення суду ЄС характеризується властивостями прецеденту. Серед загальної кількості такі рішення займають значно менший сегмент. З аналізу практики судів ЄС можна виділити певні вимоги, яким повинне відповідати прецедентне рішення. По-перше, за своїм змістом воно має містити в собі новизну. Йдеться про формулювання нової норми права (правоположення) або зміну існуючої, що спрямоване на регулювання суспільних відносин, неурегульованих або недостатньо урегульованих у правопорядку ЄС. За наявності ситуації, неврегульованої у правопорядку ЄС, можна свідчити про нормоутворюючу функцію Суду та винесення ним креативних прецедентів. Коли ж правова ситуація характеризується недостатньою урегульованістю, суперечливістю, наявністю прогалин та інших дефектів, Суд виконує прецедентно-правозастосовну або прецедентно-інтерпретаційну функції. Таким чином, рішення суду ЄС прецедентного характеру можна поділити на два блока: ті, що містять

нормативну складову – креатині прецеденти, та ті, що не містять такої складової: прецеденти тлумачення та прецеденти правозастосування. Креативні прецеденти в системі рішень судів ЄС утворюють абсолютну меншість.

По-друге, такий прецедент має бути достатньо точно і чітко сформульований, так, щоб з його змісту можна було вивести конкретну недвозначну норму права (правоположення) або тлумачення чинної норми. Це дозволятиме йому виступати у майбутньому зразком під час винесення рішення за аналогічних обставин, тобто бути таким, що зможе бути використаним у майбутньому, певним алгоритмом для розв'язання задачі, поставленої перед Судом у подальшому, тобто бути універсальним.

По-третє, таке рішення повинно підтверджуватися рядом наступних рішень (наступність, перманентність). При цьому не йдеться про точну кількість рішень, а лише про необхідну. Прецедент у більшості випадків створюється декількома судовими рішеннями. Лише в результаті ряду аналогічних справ і відповідних рішень судді визначаються у своєму виборі основної ланки і приходять до єдиної думки про те, що вважати загальним принципом чи нормою, які в наступних судових розглядах потрібно розвивати і дотримуватися [6, с. 143].

Варто підкреслити, що дослідження практики судів ЄС свідчить, що під час здійснення правосуддя фактично враховується принцип прецеденту, оскільки це є необхідним для правової визначеності, правової передбачуваності, недискримінаційного ставлення, послідовності та одностайності. При цьому рішення Суду Правосуддя користуються високим авторитетом та мають великий вплив на національні суди держав-членів. Отже, можна свідчити про дію принципу переконливого прецеденту в судовій системі ЄС.

Судовий прецедент, як і більшість течій заходу з багатовіковою історією, постійно привертав до себе увагу. Уже зазначалося про те, що він не залишив осторонь навіть Європейський Союз, який важко назвати єдиною державою, то звісно ж подібне стосується і країн СНД.

Як не парадоксально, вищезазначене нерідко стосується імплементації нових ідей і у саму теорію права. Наприклад, у збірнику статей російських вчених «Судова практика як джерело права» (2000 р.) уже з перших сторінок автори починають аргументувати прийнятність чи неприйнятність судової правотворчості для Росії, беззмістовно посилатися на досвід англійського права, застосовувати як рівнозначні терміни «прецедентне право», «судовий прецедент», «судова правотворчість», «судова практика», «Постанови Пленуму», «рішення Конституційного Суду» тощо, не з'ясувавши для себе їхню сутність і співвідношення. Характерно, що єдина стаття збірника (автор – Н. Подольська [93, с. 149–151]), яка носить суто теоретичний характер і робить спробу розібратися з феноменом англійського судового прецеденту, є найменшою за обсягом і міститься наприкінці збірки.

Наведена ситуація є наслідком традиційного ухилення радянської правової науки від вивчення основних теоретичних аспектів прецедентного права та розгляду всіх правових явищ виключно у розрізі норм, що містяться у нормативно-правових актах. У двох роботах радянського періоду, які стосувались англійського судового прецеденту (Т. Апарової [8] та В. Лучнікової [60]), основний акцент робився на розкритті історичних аспектів. При цьому на перший план виходили ідеологічні моменти, а аналіз матеріалу проводився з позицій наперед відомого висновку про небезпечність, негуманність та класову сутність прецедентної форми права. Наприклад, Т. Апарова перед тим, як перейти до викладення тез свого дослідження, вважає за доцільне наголосити на тому, що прецедент породжує «правовий нігілізм», «розрив з принципом законності», залежність права від «класових симпатій суду». Не менш характерним є і закінчення роботи автором висновком про «гостру кризу сучасного англійського права» [8, с. 1, 26]. Однак показовим є те, що, повернувшись до цієї теми у середині 1980-х років, автор не змінила свого однозначно негативного відношення до судового прецеденту. Але цього разу вона з Ф. Решетніковим несвідомо приходить до підтвердження нелогічності своєї позиції – після переліку недоліків прецедентної форми права вони

ставлять питання: «Чому ж настільки недосконала система прецедентів феодального права становила і до сьогодні становить основу буржуазного права Англії?»[99, с. 17]. Зрозуміло, що далі автори не дають відповіді, вважаючи за достатнє наведення цитати Ф. Енгельса щодо «консервативного характеру англійської буржуазної революції» [99, с. 18]. Очевидно, що при такому підході не можна сподіватись на об'єктивне висвітлення реального стану речей.

У роботах радянських та російських дослідників судовий прецедент розглядається частіше за все лише як авторитетний приклад вирішення схожих справ у майбутньому. Однак це занадто звужене розуміння цього явища. Характерною ознакою останнього часу стала поява у теоретичних працях поодиноких думок щодо недостатності такого розуміння судового прецеденту, яке, на думку С. Алєксєєва, є «досить примітивним» [2, с. 64]. Але далі поверхневих, здебільшого історичних і орієнтованих на західні дослідження з порівняльного правознавства, загальні ствердження про судову правотворчість, справа не пішла.

У радянській юриспруденції під прецедентом (від латинського praecedens, родовий відмінок praecedentis − той, що передує) розуміли поведінку у певній ситуації, що розглядається як взірець за аналогічних обставин [139, с. 380].

Незважаючи на суттєвий опір окремих дослідників (наприклад, В. Нерсесянца [77]) та стійкості догматів радянського права, зростання чисельності прихильників активізації ролі суду у створенні юридичних норм притаманне також і праву сучасної Росії. Так, А. Цихоцький зазначає, що історичний період заперечення пошуку права за межами позитивного закону у пострадянських державах підійшов до кінця [127, с. 82], у свою чергу, А. Гранат пише, що поступово «судовий прецедент прокладає собі шлях» у російському праві [25, с. 9]. Вважаємо природною поступовість вказаного процесу, оптимальні форми якого мають визначатись у тому числі в результаті плідних наукових дискусій. Прикро лише те, що при цьому засоби обстоювання неприйнятності для російського права ідеї судового прецеденту нерідко є

неконструктивними і побудованими на використанні відомих ще з радянських часів шаблонів та беззмістовних аргументів (типу «крах законності», «заперечення універсальності права» та ін.), які виражають не наукову позицію, а свідчать лише про відсутність у їхніх авторів навіть поверхневих знань про функціонування прецедентної форми права.

Р. Лівшиць одним з перших на теренах СНД акцентував увагу на необхідності розширення повноважень суду, зважаючи на складність відносин у сучасному суспільстві. Автор вказує, що норма закону повинна допускати певний ступінь свободи дій учасників правовідносин. Саме це й дозволить суду більш активно та дієво брати участь у правовому регулюванні відносин, адже законодавець у будь-якому випадку не має змоги передбачити всі можливі ситуації [59, с. 45, 50]. Як пише А. Вєнгєров, життя завжди складніше, ніж абстрактний припис норми закону [18, с. 130].

У Росії прецедент офіційно не є джерелом права, хоча на практиці рішення вищих судів часто беруться до уваги під час вирішення спорів. Роль прецеденту в деякому сенсі виконують постанови Пленумів Верховного та Вищого Арбітражного судів з окремих питань правозастосування. Керівна роль тлумачення правових норм у цих постановах, а також Оглядів судової практики, затвердженої Президією Верховного Суду РФ або поширеною листами Вищого Арбітражного Суду РФ, закріплена статтями 126 і 127 Конституції РФ. Крім того, судовий прецедент попередніх рішень прямо закріплений у конституційному судочинстві Федеральним конституційним законом «Про Конституційний Суд РФ» (ст. 43 ч. 3, ст. 47.1. І ст. 75 п. 9) і законами про статутні (конституційні) суди суб'єктів РФ. Необхідно зазначити, що внаслідок ст. 15 ч. 4 Конституції РФ, законів про ратифікацію положень та протоколів Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод суди Російської Федерації зобов'язані керуватися тлумаченнями Конвенції, викладеними у рішеннях (постановах) Європейського Суду з прав людини під час винесення власних рішень, що надає їм характер судового прецеденту.

Однак останнім часом у російській правовій науці ведуться бурхливі дискусії на предмет того, що право судового прецеденту могло б стати самостійним джерелом права в Росії. Необхідність судового прецеденту мотивується обов'язком вищих судових органів у частині забезпечення єдності судової практики (ч. 3 ст. 377 та ст. 389 Цивільного процесуального кодексу Російської Федерації), або однаковості в тлумаченні і застосуванні судами норм права (п. 1) ст. 304 Арбітражного процесуального Кодексу Російської Федерації). Єдність (однаковість), на думку апологетів судового прецеденту, в Росії є засобом забезпечення рівності всіх перед законом і судом (ч. 1 ст. 19 Конституції Російської Федерації).

Опоненти заперечують, вказуючи на те, що феномен єдності (однаковості) не є однозначним, що для введення права судового прецеденту необхідно вносити зміни в Конституцію Російської Федерації, в ст. 120 якої зазначено про те, що судді незалежні і підкоряються тільки Конституції і федеральному закону. Крім того, повноваження в частині забезпечення єдності (однаковості) судової практики не мотивовані текстом Конституції, у стст. 126 і 127 якої встановлено обов'язок судів у частині роз'яснень судової практики, але не в частині забезпечення її єдності.

21 січня 2010 Конституційний Суд РФ ухвалив постанову № 1-П, в якій визнав, що положення Арбітражного процесуального кодексу Російської Федерації не суперечать Конституції, оскільки за своїм конституційно-правовим змістом ці положення:

− не передбачають надання зворотної сили правовим позиціям, вираженим у відповідній постанові Пленуму Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації або Президії Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації, без урахування характеру спірних правовідносин і встановлених для цих випадків конституційних рамок дії правових норм з іншою силою (якщо надання правової позиції зворотної сили необхідно для відновлення та захисту таких прав і інтересів, які внаслідок їхнього конституційно-правового значення не допускають збереження судового акта в силі, у тому числі якщо в результаті

нового тлумачення поліпшується становище осіб, які залучаються до податкової, адміністративної або іншої публічно-правової відповідальності, а також у виключних випадках у справах, що випливають із цивільних правовідносин, якщо цього вимагають за своєю сутністю публічні інтереси захисту невизначеного кола осіб або свідомо більш слабкої сторони у правовідносинах);

– допускають перегляд за нововиявленими обставинами набрання законної сили судового акта тільки за умови, що у відповідній постанові Пленуму Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації або Президії Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації міститься пряма вказівка на надання сформульованої в ньому правової позиції зворотної сили стосовно справ зі схожими фактичними обставинами;

– не припускають, що наявність у визначенні колегіального складу суддів Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації про відмову в передачі справи в порядку нагляду до Президії Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації вказівки на можливість перегляду оспорюваного судового акта за нововиявленими обставинами виступає як обов'язкова вимога такого перегляду;

– не виключають можливість безпосереднього звернення зацікавленої особи із заявою про перегляд за нововиявленими обставинами судового акта, який набрав законної сили, в арбітражний суд, який прийняв оспорюваний судовий акт;

– не допускають перегляд за нововиявленими обставинами набрання законної сили судового акта з порушенням процедури, встановленої главою 37 АПК Російської Федерації.

Таким чином, за загальним правилом судовий прецедент поширює свою дію (юридичну силу) тільки на майбутнє, але ВАС РФ вправі надавати зворотну силу своїм прецедентів.

Отже, як би це не здавалося неможливим, навіть у Російській Федерації почали допускати можливість часткового запровадження судового прецеденту як джерела права, а це вже свідчить про зрілість науковців та невеличку векторну зміну у політиці цієї держави.

Наступним прикладом такої тенденції є Вірменія, яка, будучи одним з держав романо-германського права, стала лідером серед них зі зміни ставлення до судового прецеденту, офіційно визнавши судовий прецедент джерелом права. Це дає підстави стверджувати, що офіційне існування судового прецеденту можливо і в тих країнах, які традиційно належали до романо-германської правової сім'ї. Однак потрібно мати на увазі, що судовий прецедент у правовій системі Вірменії не може мати те саме значення, що і в країнах загального права.

У результаті судової реформи після 2007 року в країні зросла роль судової влади, що призвело до змін у розумінні джерела права, що і сприяло виробленню більш широкого уявлення про джерела вірменського права. Зокрема, виникла необхідність включення в поняття джерела права Вірменії результатів судової нормотворчості, зокрема судового прецеденту.

Судовий прецедент був введений після ухвалення нового Судового кодексу Республіки Вірменія 17 лютого 2007 року і закріплений у статті 15 цього кодексу.

У третьому пункті зазначеної статті, зокрема, зазначається, що «кожен під час розгляду своєї справи має право наводити як правовий аргумент обґрунтування судового акта суду Республіки Вірменія, яке вступило в законну силу (в тому числі тлумачення закону), щодо іншої справи з аналогічними фактичними обставинами» [105].

А четвертий пункт свідчить: «Обґрунтування судового акта Касаційного суду або Європейського суду з прав людини (в тому числі тлумачення закону) у справі має певні фактичні обставини, є обов'язковими для суду під час розгляду справи за аналогічними фактичним обставинам, за винятком випадку, коли останній, наводячи вагомі аргументи, обґрунтовує їхню непридатність до даних фактичним обставинам» [105].

Касаційний суд Республіки Вірменія створює судові прецеденти за допомогою як формулювання нових правових норм (судовий прецедент у класичному вигляді), так і тлумачення правових норм (прецедент тлумачення), причому тлумачення як негативне (відкидає), так

і позитивне, яке встановлює порядок і особливості застосування правової норми.

На нашу думку, зазначене в цьому параграфі доводить до такого висновку: прецедент, не будучи визнаним як джерело романо-германського права формально, виступає як такий реально. Це підтверджується повсякденною практикою використання цього джерела права судами практично всіх країн, які належать до романо-германської правової сім'ї.

Таким чином, сьогодні навряд чи будуть справедливими твердження про самодостатність і самобутність національної правової системи. Навпаки, об'єктивною реальністю є феномени інтернаціоналізації, зближення, гармонізації та уніфікації права. Адже право розвивається набагато успішніше завдяки взаємозбагаченню й обміну досвідом з іншими країнами.

1.5. Значення судового прецеденту для оптимізації кримінального процесуального законодавства

Засвідчуючи про удосконалення кримінального процесуального законодавства, обов'язково маємо розглянути можливості та особливості широкого використання прецедентного права в судовій практиці України. Дехто задається питанням, чи існує в Україні така особливість американсько-англійської судової системи, як прецедент. У попередніх своїх дослідженнях, викладених у дисертації, зазначалося, що використання цієї особливості (судового прецеденту) може сприяти розвантаженню судів і значно спростити систему ухвалення судами рішень під час розгляду кримінального провадження. На сьогодні в Україні є досить поширеною думка серед науковців про те, що прецедентного права в країні не існує. Насправді це не зовсім так, і прецедент в Україні існує. Він апріорі не може не існувати. Звичайно, судовому прецеденту в Україні не приділяється така роль, як у британській або американській судовій системі, і, на нашу думку, для того, щоб зробити такий висновок, потрібно розібратись у природі

прецеденту. Тому для початку необхідно коротко підсумувати і нагадати, що таке прецедентне право, як воно працює і взаємодіє з іншими законами, і, як підсумок, можливість його широкого використання в Україні.

Правова система – це сукупність джерел права і юрисдикційних органів конкретної держави. Прецедентне право – це правова система, в якій джерелом права є прецедент. Судовий прецедент − це не що інше, як рішення суду, в якому сформувалася норма права, на яке в майбутньому можуть посилатися інші суди, і такі суддівські норми є джерелом права. Таким чином, якщо у процесі нового розгляду в суді кримінального провадження будуть виявлені схожі обставини, викладені в провадженні, за яким уже було винесено рішення суду, то аналогічна справа повинна бути розглянута за таким самим принципом. Досить важливо під час розгляду цього питання пам'ятати ст. 129 Конституції України, у якій зазначено про «рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом» [155]. Виходячи з цього короткого і чіткого правила стає зрозуміло, що в умовах конституційно встановленої рівності прецедент – це само собою зрозуміла річ. Його не обов'язково впроваджувати в українське законодавство, а заборонити законодавчим актом навряд чи можливо, адже закон не може суперечити сам собі, тим більше Конституції України. Звичайно, противники такого твердження апелюватимуть, що Конституцією передбачено незалежність суддів і підпорядкування їх тільки закону. І саме тут важливо зазначити, що прецедент жодною мірою не порушує цю норму. Адже прецедент не є обов'язковим під час прийняття рішення суддею, і він може використовуватися суддею тільки у тому випадку, якщо є глибокі прогалини в нормах кримінального процесуального законодавства, які не дозволяють судді швидко відреагувати на обставини, які повинні стати основою для винесення ним справедливого рішення в кримінальному провадженні. І в такій ситуації судді повинні бути не тільки «правозастосовувачами», а і «нормотворцями». І саме таке усунення прогалин у законодавстві дозволяє не порушувати принципи верховенства закону під час застосування прецеденту.

Актуальність важливості ролі кримінальної процесуальної форми полягає саме в тому, щоб забезпечити правильне й ефективне застосування норм кримінального процесуального законодавства під час досудового розслідування кримінального провадження та його розгляду в суді. Позапроцесуальну форму кримінальний закон може застосувати тільки щодо судової практики, зафіксованої в рішеннях ЄСПЛ, які в Україні є прецедентними й обов'язковими до використання та застосування, в інших випадках законодавство України не передбачає її пряме застосування. Процесуальна форма норми, в рамках яких здійснюються розслідування і розгляд провадження в суді, створюють той режим законності, який є першорядною умовою успішної боротьби зі злочинними проявами і поряд з цим необхідною гарантією особи від свавілля і судових помилок. Але цю свою позитивну роль процесуальний закон, як і будь-який інший, може виконати лише у ході правильного розуміння і застосування таких норм та рішень ЄСПЛ.

У ст. 7 Закону України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів» право на справедливий суд закріплено як організаційний принцип судової влади, в якій зазначено, що «кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів у розумні строки незалежним, безстороннім і справедливим судом, утвореним законом» [152].

У нормативно-правових актах немає визначення принципу справедливості. В. І. Гончаренко зазначає, що «у вітчизняних і зарубіжних наукових дослідженнях немає єдиної думки з приводу його визначення, змістовного наповнення» [145, с. 123]. Він вважає науково обґрунтованою необхідність запровадження законодавцем у законодавчі норми, вимоги, щодо «справедливого правосуддя з визначенням поняття цієї етико-правової категорії, умов і способів її реалізації на практиці при регулюванні окремих конкретних відносин на всіх стадіях судочинства» [145, с. 123]. Досить вдалим та необхідним може бути впровадження в КПК України статті про «Принцип справедливості», визначивши таким чином сутність цього принципу в кримінальному судочинстві України.

З цього приводу досить актуальним є думка В. Т. Нора, який визначає засади кримінального провадження як «закріплені в Конституції України, загальновизнаних міжнародних актах та у кримінальному процесуальному законодавстві фундаментальні (базові) керівні для учасників провадження положення, що виражають і визначають найістотніші властивості провадження, вимоги до правил і способу діяльності насамперед органів і службових осіб, які здійснюють кримінальне провадження, та є гарантіями забезпечення дотримання прав, свобод, законних інтересів тих учасників провадження, які залучаються до нього, а в підсумку – виконання завдань кримінального провадження [156, с. 39].

Останнє десятиліття відзначається серйозними змінами у сфері кримінальної юстиції. Авторитетні міжнародні документи націлюють світове співтовариство на включення в національне законодавство положень, які забезпечують справедливе і швидке розслідування і судовий розгляд кримінальних проваджень, з дотримання при цьому принципів поваги, честі і гідності особи, презумпції невинуватості, рівності громадян перед законом і судом, права на життя, свободу й особисту недоторканність, таємниці особистого і сімейного життя, реабілітації незаконно або необґрунтовано притягнутих до кримінальної відповідальності. Особливими гарантіями і правами наділяються особи, які страждають фізичними і психічними відхиленнями, а також неповнолітні, потерпілі та свідки.

Зміни, що відбулися в суспільно-політичному житті України в пострадянський період, відбилися на розумінні самого права і його застосування в кримінальному процесі. Нормативістський підхід, який ототожнював право із законом, досить часто критикується у зв'язку з унеможливленням вчасно реагувати на динамічні процеси, які пов'язані з глобалізацією процесуальної діяльності та інтеграцією України до країн з розвиненою ринковою економікою. Все більш популярною стає концепція, яка відображає сутність прав людини в сучасному суспільстві, яка зобов'язує державу визнати та забезпечити її реалізацію. Більше уваги приділяється внутрішньому змісту

нормативно-правових актів, оскільки ідея і суспільна вимога справедливості повинні бути покладена в основу законодавства і права сучасної демократичної держави. Такі зміни пов'язані насамперед з визнанням на рівні Конституції України як Основного Закону принципу верховенства права.

Як зазначає А. В. Петришин, «правом може вважатися тільки те, що може бути захищене в суді. Тому верховенство права не повинно бути певним стандартом тільки законодавчої діяльності, а й виражатися через судові рішення, які засвідчують неупередженість правосуддя і прагнення суддів забезпечити справедливість [162, с. 33].

Звичайно, справедливість може впроваджуватись і шляхом інкорпорування міжнародних правових норм у національне законодавство. Часом таке інкорпорування пов'язане з кардинальним змістовним переглядом уже наявних інститутів та відмовою від тих інститутів, які здатні спровокувати обвинувальний ухил у діяльності суду або іншим чином обмежити права і свободи особи. Для створення повноцінного механізму реалізації обумовлених міжнародним правом гарантій у рамках існуючого типу процесу створюються нові інститути або відбувається створення й оптимізація інститутів, які позитивно зарекомендували себе раніше. При цьому в процесі реформування національне законодавство поповнюється елементами різних моделей правових систем, що теоретично цілком може привести до зміни наявного типу судочинства або навіть до його заміни іншою моделлю.

Проводячи реформування правової системи, Україна зробила досить значний крок до уніфікації нашого законодавства з європейськими нормами. На сьогодні в КПК України, а саме в ч. 2 ст. 8 та ч. 5 ст. 9 чітко вказується на те, що в кримінальному судочинстві принцип верховенства права застосовується з урахуванням практики Європейського Суду з прав людини [157]. Правовою основою для функціонування і діяльності ЄСПЛ є Конвенція про захист прав людини й основних свобод. В Україні вона була ратифікована Законом № 475/97-ВР від 17.07.97 разом з протоколами до неї [154]. Таким чином, рішення, ухвалені ЄСПЛ, стали прецедентними й офіційно визнаними джерелами

національного права України. Також визнання таких рішень джерелами права передбачено і в ст. 9 та ч. 4 ст. 55 Конституції України [155] та ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [165]. Крім того, в ч. 4 ст. 9 КПК України передбачає, що «у разі якщо норми цього Кодексу суперечать міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, застосовуються положення міжнародного договору України» [157].

В Україні входження до світових стандартів полягає в реалізації підвищеного захисту прав і свобод особи, яке проходить у декількох напрямах: від закріплення процесуальних гарантій в основних законах країни й інкорпорування міжнародних норм у правову систему держави до безпосереднього впровадження в національне право апробованих на практиці інститутів, які вже існують в інших державах (наприклад, створення Спеціалізованого антикорупційного суду). В останньому випадку нашій державі потрібно приводити зміст законодавства відповідно до зарубіжних норм загальної тенденції розвитку кримінального процесу, основне, що потрібно при цьому зробити, – це уникнути ефекту незбалансованості правових приписів у рамках окремої галузі права. Подібні прорахунки законодавця можуть бути пов'язані як з відсутністю попереднього аналізу практики застосування зазначених норм права, прогнозування наслідків їх введення, так і з формальним підходом до визначення чіткої лінії кримінальної процесуальної політики держави з урахуванням сформованого типу кримінального судочинства в Україні.

Досліджуваний процес неминуче приводить до стирання кордонів між національними типами кримінального судочинства різних країн, є наслідком культурного діалогу, який країни світу постійно вели і ведуть у ході свого історичного розвитку для запровадження справедливого судочинства.

Концепція американських вчених А. Гамільтона, Дж. Медісон і Дж. Джея, в якій отримала своє теоретичне обґрунтування доктрина справедливого судочинства на підставі тлумачення Конституції,

визначила місце і роль судів у системі органів державної влади США. У їхній спільній роботі «Федераліст» досить чітко були висвітлені питання правосуддя. На думку А. Гамільтона, «саме незалежність суддів є надзвичайно важливою для реалізації ними права визнавати або не визнавати силу актів законодавчої влади шляхом дослідження їх на предмет відповідності Конституції. Однак це не означає перевагу судової влади над законодавчою. Це означає лише, що влада народу є вище їх обох, і там, де воля законодавчого органу, висловлена в його законах, суперечить волі народу, яка виражена в Конституції, судді повинні керуватися не законами, а Конституцією» [144, с. 394]. «І саме таким чином суди захищають Конституцію від зазіхань законодавчої влади» [144, с. 395]. На нашу думку, саме такий принцип справедливого судочинства нам потрібно впроваджувати в нашу правову систему.

Таким чином, норми міжнародного і закордонного права завжди впливали на національні правові системи. Їхнє впровадження в національне законодавство зумовило потребу у створенні повноцінного механізму реалізації гарантій прав особи в кримінальному процесі.

У зв'язку з цим аналіз закордонного й українського законодавства дозволяє виділити принаймні три шляхи реформування кримінального процесу України: створення на основі норм міжнародного права нових інститутів, запозичення інститутів закордонного права, а також оптимізація інститутів (тобто створення оптимальної форми), вже наявних у національному законодавстві України.

Визначаючи шляхи вдосконалення внутрішньодержавного кримінального процесуального законодавства, необхідно виділити ряд таких напрямів цього процесу, як: посилення гарантій прав особи; деталізація досудового (слідчого) етапу судочинства; зміна співвідношення публічності і диспозитивності; впровадження змагальності і поширення її на досудові стадії процесу; спрощення кримінального судочинства; введення альтернатив кримінальному переслідуванню.

Проте не всі зміни здатні впливати на функціональний зміст і типологію кримінального процесу. У зв'язку з цим необхідно звернути

увагу на таке правове явище, як змагальність, яке, безумовно, мало значний вплив на функціональний зміст вітчизняного кримінального процесу і формування національного типу сучасного кримінального судочинства.

Будучи невід'ємною частиною англосаксонської системи права, змагальність проникає і міцно вкорінюється в романо-германську правову сім'ю, стає предметом поглибленого дослідження в працях континентальних юристів.

Як зазначає Н. Нор, судова практика проявляється «у двох вищих її формах – керівній і прецедентній, в яких чітко проявляється судова правотворчість, яка є одним із джерел права загалом і кримінально-процесуального права зокрема» [160, с. 257]. У своїй роботі він визначає судову практику як «досвід застосування чинного законодавства (норм права), що виражається у рішеннях найвищого суду (вищих судів) стосовно конкретних справ, але рішення, яких мають принципове значення». Керівна практика, зазначає він, «це досвід застосування законодавства (норм права), що акумульований і виражений в особливих судових актах найвищих (вищих) судів вітчизняної судової системи загальної юрисдикції – постановах та пленумах, насамперед у постановах Пленуму Верховного Суду України. У них на основі узагальнення судової (конкретної) практики розгляду і вирішення судами певних категорій кримінальних справ та застосування процесуального законодавства, а також аналізу судової статистики правозастосовна судова практика формулюється у вигляді конкретизованих правоположень, які спрямовують поточну (первинну) практику судів на законне, обґрунтоване і справедливе вирішення конкретних справ, чим сприяють реалізації принципу верховенства права» [160, с. 262]. Ці два поняття, продовжує Н. Нор, «…є найвищою формою судової практики, найбільш-виразною формою судової правотворчості і, безумовно, виконують функцію джерела права у механізмі кримінально-процесуального регулювання» [160, с. 262].

Ці твердження свідчать про те, що прецедент, який може бути створений вищими судами України як прояв одного з видів (форм)

судової правотворчості, також стає реальним фактом правової дійсності в Україні. Суд став виконувати нову важливу функцію – правотворчу. Правом створювати прецеденти володіє як Конституційний Суд України, так і Верховний Суд. Тим самим можемо стверджувати, що формування національної судової практики та підвищення її ролі в кримінальному судочинстві показує, що в Україні відбувається об'єднання двох правових систем романо-германської та англо-американської. Крім того, це свідчить про те, що кримінальне процесуальне право України сприймає міжнародний досвід і систему загальнолюдських цінностей шляхом визнання судової практики ЄСПЛ джерелом права. Процеси, які відбуваються нині в суспільному житті України, підтверджують той факт, що в сучасних умовах надзвичайно швидкого і динамічного розвитку суспільних відносин нормативно-правовий акт уже не може достатньою мірою забезпечити їхнє ефективне правове регулювання. Підвищення ролі судової влади в правотворчості сприяє більш оперативному реагуванню на зміни в правовій дійсності. Особливо важливу роль відіграє судова практика у сфері захисту прав людини і їхніх основних свобод.

У свою чергу, в минулому до такого поєднання двох систем призвела і французька революція кінця XVIII ст., яка стала причиною створення нового буржуазного законодавства. Але основні риси кримінального процесу Франції були запозичені з англійського змагального процесу [167]. Аналізуючи структуру переформованого наполеонівського законодавства, І. Я. Фойніцкий писав: «Прийнявши за зразок англійську систему процесу, Франція значно його переробила під впливом місцевих інститутів колишнього порядку і таким чином створила континентальний тип реформованого процесу, який носить змішаний характер» [166]. Так, за французьким статутом кримінального судочинства, воно «…поділялося на попереднє і остаточне судочинство. Перше будувалося на принципах розшуку (відсутність змагальності, таємниця слідства, письмове протоколювання), друге передбачало гласність, усність і змагальність» [166, 167].

Ідеями змагальності переймалися і німецькі процесуалісти. Мотиви до створення проекту нового закону містили намір слідувати вимогам здорової законодавчої політики, враховуючи як власний позитивний досвід, так і досвід, який існує в інших законодавствах. Такий підхід, на думку німецьких процесуалістів, зводив законодавчу ініціативу «в зразок прогресу і досконалості» [165, с. 7].

Описуючи основні риси кримінального процесу Німеччини за Кодексом 1877 року, М. А. Чельцов-Бебутов вказує на те, що німецький кримінальний процес, формально побудований на обмеженні початкового етапу слідства на користь змагального з незалежним від прокурора слідчим суддею і навіть з допущенням захисника в стадії попереднього слідства, проте зовсім не відрізняється лібералізмом [167]. Німецькі процесуалісти, взявши за основу французький варіант побудови кримінального процесу (особливо його судової частини), все ж зберегли вірність своїм національним традиціям.

З наведеного бачимо, що реалізація права на справедливий судовий розгляд у романо-германській так само, як і в англо-американській правових сім'ях безпосередньо покладається на створену в державі систему судів і стає можливою через законодавче закріплення належної правової процедури, що в сукупності направлено на ефективний захист прав людини і її свобод. Суди, як зазначає Н. В. Сібільова, «… утворюють судову систему. Як і кожна система, вона має певні характерні зв'язки і відносини між окремими її елементами (судами), а також їй притаманні такі властивості, як ієрархічність, багаторівневість і структурованість» [161, с. 66]. Суд виконує основну функцію правосуддя як орган, який представляє судову владу в кримінальному судочинстві.

Досліджуючи тенденції оптимізації кримінального судочинства різних правових систем, не можна обійти увагою питання істини кримінального процесу як цілі доказування. Вітчизняна кримінальна процесуальна доктрина традиційно представляла істину як наріжний камінь розслідування кожної кримінальної справи. Саме з цим

поняттям пов'язувалося традиційне досягнення законності і справедливості підсумкового рішення у провадженні.

Як зазначає професор З. Д. Енікеєв, «істина і справедливість – нерозривні, взаємообумовлені, взаємодіючі поняття. Якщо вимоги справедливості диктують необхідність встановлення істини у справі, то істина виступає фундаментом справедливості в кримінальному судочинстві, рушійним початком, квінтесенцією правосуддя. Істина потрібна для реального захисту прав і законних інтересів громадян від незаконного та необґрунтованого обвинувачення, засудження, обмеження їхніх прав і свобод, для забезпечення справедливого покарання осіб, які дійсно вчинили злочин» [148, с.45]. Однак юристи, які були причетні до створення чинного КПК України, заявили про безпідставність суперечок про істину як мети кримінального процесу, домігшись її виключення з тексту закону. Також з КПК України було виключене положення про всебічне, повне й об'єктивне дослідження всіх обставин кримінального провадження. Хоча, на нашу думку, саме воно дозволяло правозастосовувачу зібрати ту саму сукупність доказів, які повною мірою адекватно відображали подію, яка сталася в минулому, а також передбачало активну позицію суду з перевірки та дослідження обставин кримінального провадження.

Необхідно зазначити, що роль суду, а саме його активність або пасивність у вирішенні кримінального провадження, стала непереборною перешкодою в суперечках про істину як цілі доказування.

Здається, що витоки цієї проблеми криються в неправильному підході законодавця до побудови моделі вітчизняного кримінального процесу та в помилковому розумінні ролі суду як «пасивного арбітра». Неупередженість зовсім не означає пасивність і відстороненість. Звичайно, суд сьогодні не є простим «реєстратором поєдинку», але навряд чи виходячи з його нинішніх прерогатив можна чекати винесення справедливого вироку.

Поняття «правосуддя» зазвичай у кримінальному судочинстві асоціюється з процесуальною діяльністю суду з розгляду кримінальних проваджень і суб'єктним складом суду як органу влади (законністю

створення суду, незалежністю, неупередженістю суддів, наділених владними повноваженнями). Хоча В. Т. Маляренко називає правосуддям не тільки правозастосовну діяльність суду з розгляду і вирішення в установленому законом процесуальному порядку віднесених до його компетенції цивільних, господарських, кримінальних та адміністративних справ, а й акцентує увагу на тому, що «здійснюється воно з метою охорони прав і свобод людини та громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб та інтересів держави» [158, с. 50]. Здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, суд виконує завдання забезпечення кожній людині його права на справедливий суд і поваги до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Проте не всі вчені схильні бачити у відсутності принципу повного, об'єктивного та всебічного дослідження доказів у кримінальному провадженні причину ймовірної неістинності підсумкового рішення суду. Так, В. В. Сердюк вважає, що норми КПК України, поширивши принцип змагальності на всі стадії процесу, дозволили не тільки встановлювати всі обставини, що підлягають доказуванню, а й забезпечили учасникам кримінального судочинства повну реалізацію ними своїх прав [164]. Однак досі ще суд у ході реалізації своїх повноважень все-таки не завжди є цілком самостійним учасником кримінального процесу навіть у формуванні свого внутрішнього переконання, оскільки не має для цього реальної можливості.

Дещо по-іншому склалося на практиці та в кримінальному процесуальному законодавстві Німеччини. Згідно з п. 2 § 244 КПК ФРН суд з метою встановлення істини зобов'язаний досліджувати всі факти і докази, які мають значення для вирішення провадження за сутністю [159, с. 11]. Зауважимо, що багато процесуалістів Німеччини схильні вважати свій процес обвинувальним з рисами інквізиційного, проте саме Німеччина входить у перелік країн, де з найбільшою повагою ставляться до прав особи, яка є стороною в кримінальному судочинстві [159, с. 11]. Хочемо зазначити, що деякі автори

стверджують, що англійський (традиційно змагальний) кримінальний процес містить чимало положень, які, на їхню думку, істотно обмежують права особи. Такий погляд вони обґрунтовують поясненням, що основним критерієм допустимості доказу є здатність доказу підтверджувати обставини, які підлягають встановленню в суді. Такі дослідники англійського кримінального процесу зазначають, що ставлення суддів до процедури збирання доказів демонструє повну байдужість останніх до гарантій прав особи [147, с. 11]. Але такий підхід до оцінки доказів існував в Англії до 1955 р., але після того, як Палата лордів змінила пріоритети в бік інтересів громадян, то тепер суддя має право відхилити доказ, якщо вважає, що «прийняти його було б несправедливим щодо сторони захисту, оскільки порушення норм права під час збирання доказів є перш за все порушенням справедливості» [147, с. 89].

Ще одним негативним моментом дослідники кримінального процесу Англії називають повну формалізацію доказування на стадії віддання суду [147, с. 124–125]. Сутність її полягає в тому, що судді можуть ухвалити рішення про віддання обвинуваченого до суду без аналізу змісту наданих доказів, «задовольнившись кількісною, а не якісною характеристикою» [147, с. 125]. В Англії будь-яка особа має право зібрати докази і направити їх до суду. Процес збирання доказів не контролюється жодним чином.

Наведеними прикладами не вичерпуються всі останні зміни англійського змагального процесу в сторону активності суду з метою повного, об’єктивного та всебічного дослідження доказів ще до судового розгляду справи за сутність.

Не підтримуємо українських процесуалістів, які апелюють до закордонного досвіду і не вбачають негативних моментів такого підходу, і вважаємо там, де англійський суд залишається пасивним, доказування набуває формальної сутності, внаслідок чого може відбуватися порушення прав людини. А наведене вище доводить, що останні тенденції в розвитку англійського кримінального судочинства зводяться саме до прагнення повного, об’єктивного і

всебічного дослідження всіх обставини справи, тоді як наш законодавець відмовляється від перевіреного десятиліттями і цілком відповідаючого сучасному типу вітчизняного кримінального процесу принципу. А враховуючи правовий нігілізм наших правоохоронних органів та високу корумпованість, саме це і може становити загрозу порушення основних прав і свобод людини, коли внаслідок безпідставного внесення відомостей до ЄРДР, яке не можна оскаржити, проводяться різноманітні гласні та негласні слідчі розшукові дії. У зв'язку з цим, на нашу думку, досить цікавою є практика, яка напрацьовується в органах внутрішніх справ, яка полягає у тому, що після отримання повідомлення заява реєструється у журналі обліку інформації (ЖОІ) і проводиться звичайна перевірка, після чого заявнику у разі відсутності складу кримінального правопорушення надається відповідь про те, що за результатами проведеної перевірки уповноваженим працівником поліції ознак злочину не виявлено, а тому подальша перевірка заяви недоцільна. При цьому така перевірка проводиться на підставі згідно із ст. 20 Закону України «Про звернення громадян», де зазначено, що «звернення розглядаються і вирішуються у термін не більше одного місяця від дня їх надходження, а ті, які не потребують додаткового вивчення, − невідкладно, але не пізніше п'ятнадцяти днів від дня їх отримання. Якщо в місячний термін вирішити порушені у зверненні питання неможливо, керівник відповідного органу, підприємства, установи, організації або його заступник встановлюють необхідний термін для його розгляду, про що повідомляється особі, яка подала звернення. При цьому загальний термін вирішення питань, порушених у зверненні, не може перевищувати сорока п'яти днів» [151]. Але це не є вирішенням проблеми, яка склалася, вважаємо, що необхідно на законодавчому рівні повернути «багатостраждальний» принцип повного, об'єктивного та всебічного дослідження доказів в українському кримінальному судочинстві. Це, у свою чергу, дозволить судам у разі виявлення порушень зі сторони захисту органів досудового слідства, самостійно і незалежно здійснюючи правосуддя, вживати, відповідно до

Кримінального процесуального кодексу України, заходи щодо їхнього усунення з метою відновлення порушених прав учасників кримінального судочинства і створення умов для всебічного та об'єктивного розгляду провадження за сутністю. Вказана обставина є серйозною передумовою для законодавчого наділення суду процесуальними повноваженнями, завдяки яким цей орган зможе гідно виконувати свою місію – захищати права, свободи та законні інтереси громадян і ухвалювати законне, обґрунтоване і справедливе рішення у кримінальному провадженні.

Подібні зміни відбуваються останнім часом і в американському кримінальному процесуальному праві. У законодавстві ряду штатів закріплені норми, які орієнтують уповноважених суб'єктів кримінального процесу на досягнення істини в процесі доказування. Наприклад, ст. 16.01 КПК штату Техас вказує: «У разі коли обвинувачений доставляється до магістрату для попереднього розгляду, ця посадова особа повинна здійснити перевірку істинності пред'явленого обвинувачення...» [153]. Пункт 5 Правил доказування штату Нью-Джерсі свідчить: «Ухвалення цих правил не повинно перешкоджати розвитку і вдосконаленню доказового права відповідно до основних принципів, мета яких – справедливе встановлення істини» [153]. Стаття 102 цих же Правил встановлює таке: «Справжні правила повинні тлумачитися так, щоб під час їхнього вчинення забезпечувалася неупередженість, усувалися невиправдані матеріальні витрати та безпідставна трата часу, а також наповнювалося та вдосконалювалося доказове право з тим, щоб у кінцевому підсумку було можливим встановити істину для ухвалення справедливого рішення у вирішуваному питанні» [153].

Крім наведених вище прикладів, в американському законодавстві є й інші підтвердження активної ролі суду в процесі доказування під час розгляду та вирішення кримінального провадження.

На практиці суду надаються досить широкі повноваження, які дозволяють активно впливати на дослідження доказів, здійснювати розумний контроль за способом і порядком допиту свідків, з тим щоб

провести такий допит найбільш ефективним способом у плані встановлення істини, викликати і допитувати будь-якого свідка з власної ініціативи, призначати експерта тощо [153].

Зазначена імплементація в законодавство таких норм, які відповідають ознакам континентального права, наочно свідчить про намагання створити в цих країнах у сфері захисту прав особи і справедливого правосуддя найбільш оптимальну модель кримінального судочинства. І все це в черговий раз показує можливість єднання таких різних за сутністю правових систем.

Крім того, продовжуючи тему додержання принципу повного, об'єктивного та всебічного дослідження доказів у кримінальному провадженні, хочемо знову повернутися до діяльності ЄСПЛ, яка здійснюється на основі тлумачення норм Конвенції, ґрунтується на доктрині судового прецеденту. Правові позиції, вироблені й обґрунтовані суддями на основі вивчення норм законодавства, попередніх прецедентів, доктринальних джерел права, отримали назву «ratio decidendi» (з лат. підстава рішення) [168, с. 53]. Такі правила, принципи, підходи «ratio decidendi», на підставі яких відбулося застосування ухваленого раніше рішення, у кримінальному провадженні в певний спосіб, за конкретних обставин виводяться за допомогою формулювання аргументацій. Доктрина судового прецеденту передбачає обов'язковість його врахування для органів судової влади їхніх попередніх рішень «stare decisis», що означає дотримання вирішеного раніше. Таким чином, справедливість кримінального судочинства оцінюється виходячи з правової позиції ЄСПЛ, виробленої на підставі рішення за конкретними справами. Кримінальним правосуддям, згідно з такої позиції, визнається не тільки діяльність суду як органу держави, а й інших органів, які забезпечують справедливе розслідування кримінальних проваджень. Таким чином, досить часто для визнання порушення вимоги про справедливість судового розгляду, передбаченої у ст. 6 Конвенції, може бути достатнім виявлення порушень, допущених на досудових стадіях під час розслідування кримінального провадження [163, с. 51]. Тим самим практика

Європейського суду з прав людини також зобов'язує Україну передбачити зміни, які стосуються перевірки відомостей перед внесенням їх до ЄРДР.

Під час оптимізації кримінальної процесуальної нормотворчості міжнародні стандарти справедливого правосуддя не зводяться тільки до організаційних вимог у діяльності судів. З цього приводу, на нашу думку, досить слушно висловився М. Л. Ентін, який виділяє чотири групи елементів, «які в сукупності складають право на справедливий судовий розгляд за міжнародними стандартами: органічні, інституційні, процесуальні та спеціальні» [149, с. 86].

«Органічні елементи забезпечують ефективне використання цього права (доступ до правосуддя і виконання судових рішень).

Інституційні елементи права на справедливий судовий розгляд – це критерії, яким повинна відповідати як судова система держави в цілому, так і кожен національний судовий орган окремо (незалежність, неупередженість, створення суду і формування складу суду на підставі закону, достатня тривалість повноважень суддів і їх незмінюваність протягом терміну повноважень).

Процесуальні елементи права на справедливий судовий розгляд забезпечують реальну участь особи або його представника в розгляді судового провадження, змагальність процесу, рівність сторін на всіх стадіях судового розгляду і розумність його термінів.

Спеціальними елементами вчений вважає додаткові гарантії, визначені у п. 2 і 3 ст. 6 Конвенції, що забезпечують дотримання універсальних вимог справедливого правосуддя з урахуванням особливостей кримінального процесу» [149, с. 86–87].

І. С. Гриценко та Н. А. Погорецький, аналізуючи норми міжнародно-правових актів національного законодавства України, а також правозастосовну практику, уточнюють наведену класифікацію, але в цілому погоджуються з її доктринальними позиціями. Вони ідентифікують право на справедливий судовий розгляд з правом на справедливий суд, називаючи його структурні елементи: 1) інституційні (принципи, які визначають організацію судової системи в цілому і

кожного судового органу зокрема, а саме створення суду на підставі закону, незалежність суду, неупередженість суду); 2) організаційно-функціональні (принципи, які об'єднують критерії організації та функціонування суду, а саме доступ до правосуддя, рівність сторін, право на правову допомогу, публічність (гласність і відкритість) судового розгляду, обов'язковість судових рішень); 3) функціональні (принципи, що визначають процесуальний порядок і правила здійснення правосуддя, а саме змагальність процесу, розумні строки розгляду справи); 4) спеціальні (принципи, що стосуються сфери кримінального процесу, а саме презумпція невинуватості, право на захист, право на перекладача) [146, с. 4–5].

Міжнародні стандарти справедливого судового розгляду, на нашу думку, розраховані не на декларативне, а на практичне втілення. Справедливість у цьому сенсі є тим критерієм, який відображає ступінь відповідності їхнього реального забезпечення типовою формою, ідеального подання. Принцип справедливості в кримінальному судочинстві забезпечує відповідність вчиненого кримінального правопорушення і його оцінки в рішенні суду. Кінцевою ж метою кримінального судочинства є відновлення порушеного права. Поняття справедливості, за визначенням Аристотеля, «пов'язане з уявленнями про державу як право, яке слугує мірою справедливості і є регулюючою нормою політичного співтовариства» [143, с. 38]. Тому цілком логічно, що будь-яке відновлення порушеного права в кримінальному судочинстві вимагає теоретичного обґрунтування на державному рівні принципу справедливості.

Найбільш складною проблемою кримінальної процесуальної діяльності є проблема співвідношення законності і справедливості.

Усім відома консервативність законодавства і можливі складнощі в реалізації його вимог під час вирішення конкретної життєвої ситуації. Рішення формально законне може насправді виявитися несправедливим, і навпаки.

Згідно із ст. 129 Конституції України в редакції від 01.01.2006 судді у процесі розгляду кримінальних проваджень керуються і

зобов'язані підкорятися тільки закону як найважливішому джерелу права країн романо-германської правової сім'ї. Але в українському законодавстві з ухваленням судової реформи були внесенні кардинальні зміни, не стала винятком і Конституція України. Стаття 129 Конституції України в редакції від 21.02.2019 показала, що судді під час здійснення своєї діяльності керуються верховенством права [155]. Віддаючи належне закону, суддя в кожному кримінальному провадженні індивідуалізує норму, вдається до тлумачення її змісту, конкретизуючи її, щоб у подальшому мати можливість її застосувати. Право судді тлумачити закон є невід'ємною і важливою складовою частиною його діяльності. Позбавити його цього права, на думку І. Я. Фойніцкого, означало б відібрати у нього можливість застосовувати закон [166, с. 162].

З урахуванням різноманітності поглядів щодо поняття справедливості можуть виникати розбіжності і в поглядах щодо змісту принципу справедливості у кримінальному судочинстві. Ключовим у подоланні таких розбіжностей, на нашу думку, є положення про те, що ефективність системи кримінального правосуддя будь-якої держави визначається його можливістю забезпечити право кожної людини на справедливий судовий розгляд. Основним же критерієм ефективності діяльності цієї системи є ступінь досягнення цілей і виконання завдань кримінального судочинства, співвідношення результатів кримінальної процесуальної діяльності з її метою. Ступінь відповідності вказаним критерієм оцінюється учасниками кримінального процесу з урахуванням оцінки справедливості кримінального судочинства.

Незважаючи на це, рівень довіри в суспільстві до кримінального правосуддя залежить від ступеня реалізації справедливості як основоположної ідеї в кримінальному правосудді. На сьогодні національна судова практика та практика ЄСПЛ відіграють важливу роль у формуванні єдиного підходу до розуміння кримінального судочинства. Його особливістю є захист прав і свобод людини як від протиправних посягань інших осіб, так і від свавілля органів державної влади. Правовий інститут, що забезпечує право кожної людини на справедливий

судовий розгляд у кримінальному провадженні, формується на основі дії принципу верховенства права. Визнання пріоритету прав і свобод людини та їх захист незалежним, неупередженим, створеним на підставі закону судом, який відповідає міжнародним стандартам, встановленим у сфері кримінального правосуддя.

Надалі необхідно визначити пріоритети, важливі для встановлення відповідних критеріїв справедливості в кримінальному судочинстві, і їхнє обґрунтування, розробки теорії справедливості в кримінальному правосудді. І в цьому не останню роль має відіграти впровадження судового прецеденту в нашу правову систему як елемента оптимізації кримінального процесу в цілому.

Що стосується України, на сьогодні можна свідчити про розвиток кримінального процесуального права шляхом максимально можливого впровадження елементів змагальності на стадії досудового розслідування і в суді, вирішуючи при цьому проблему незмішування процесуальних функцій і зменшення впливу негативних моментів під час проведення на досудовому розслідуванні процесуальних дій.

Зміни в політичній, економічній, ідеологічній областях привели до об'єктивної потреби у реформуванні всієї правової системи, в тому числі процедури кримінального судочинства. Що і почалося 2016 року, коли був даний старт судовій реформі в Україні.

У цьому зв'язку стають цілком зрозумілі спроби українських процесуалістів залучити до побудови моделі кримінального процесу зарубіжний досвід. Однак необхідно враховувати, що будь-яке запозичення, яке позитивно зарекомендувало себе, наприклад, у країнах англосаксонської системи права, може не вписатися в систему вітчизняного кримінального процесу. Як показує досвід Німеччини, правильним є підхід, обумовлений побудовою оптимальної моделі процесу, що враховує потреби конкретного суспільства, і заснований на визнаних світовою спільнотою принципах, направлених на захист прав, свобод і інтересів особи.

Разом з тим хочемо відмітити і той факт, що завдяки запровадженню в КПК України міжнародних стандартів у ньому міститься

ряд революційних новел, які покликані забезпечити дотримання прав людини.

Хоча на практиці досить часто ці новели застосовуються в Україні вибірково. Наприклад, слідчі судді формально підходять до необхідності перевірки обґрунтованості підозри і доведеності наявності ризиків під час обрання запобіжного заходу. Все одно вважаємо, що це значний крок уперед.

Тому нормативне врегулювання хоч і впливає на захист прав людини в кримінальному процесі, проте реальний захист визначається правотворчою (судовою) прецедентною практикою, якою керуються сторони кримінального судочинства.

РОЗДІЛ ІІ
ПРАВОВІ ОСНОВИ ЗНАЧЕННЯ ТА ЗМІСТУ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

2.1. Правові основи впровадження судового прецеденту в кримінальний процес України

Однією з тенденцій розвитку системи джерел права України «є проникнення прецедентних засад у вітчизняну правову систему, що має важливе значення, оскільки суперечить вітчизняній правовій доктрині, згідно з якою судові органи влади не можуть мати правотворчих повноважень» [177, с. 311].

30 вересня 2016 року набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Конституції України (стосовно судової реформи)» та Закон України «Про судоустрій та статус суддів» (в новій редакції). Ці законодавчі акти покликані комплексно реформувати судову систему в Україні. Принциповою зміною в цих законодавчих актах є перехід до трьохрівневої судової системи (суди першої, апеляційної та касаційної інстанції) шляхом ліквідації Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів. Замість них було створено єдиний Верховний Суд.

Крім того, зазначені зміни в новій редакції Конституції України передбачають відведення особливої ролі Верховного Суду, яка полягає у забезпеченні єдності судової практики, а це означає, що фактично запроваджується судовий прецедент як джерело право.

Висловлюючи свою думку з цього приводу, Н. Пархоменко стверджував, що «на сучасному етапі надання суду правотворчих повноважень і визнання судового прецеденту джерелом права може розбалансувати систему розподілу влад, що не відповідатиме основним засадам правової, демократичної держави та суперечитиме існуючій сталій практиці державотворення і правотворення, хоча в

майбутньому існує можливість входження судового прецеденту до системи джерел права України» [177, с. 315].

Ця позиція заслуговує на увагу, однак потрібно зазначити, що такі висновки мають досить суперечливий характер, тому що «юридична сила закону не може ґрунтуватися тільки на авторитеті органу державної влади, на це має бути конституційне уповноваження; офіційне опублікування також не є визначальною ознакою джерела права; здійснювати аналіз нормативно-правових актів на відповідність Конституції України – це повноваження не Верховного Суду України, а Конституційного Суду України» [177, с. 317].

На нашу думку, основним завданням внесення змін до законодавства України є імплементація вищезгаданих положень у новій редакції Конституції України. Таким чином, пропонується законодавчо забезпечити роль Верховного Суду як органу, що забезпечує єдність судової практики та офіційне визнання судового прецеденту як джерела права під час вирішення спірних моментів, які виникають як на досудовому розслідуванні, так і під час розгляду кримінальних проваджень за сутністю в суді. Тим самим запровадження таких механізмів значно пришвидшить розслідування кримінального провадження та прийняття кінцевого рішення про винуватість чи невинуватість особи під час судового розгляду у судах першої інстанції і дозволить значно швидше усувати неточності у процесі розгляді справ в апеляційних судах, а також впровадження такої процедури касаційного розгляду справ, за яким не порушуватимуться розумні терміни.

Продовжуючи нашу думку, хочемо відмітити, що фактично, ратифікувавши Конвенцію 1950 року «Про захист прав людини і основоположних свобод та Протоколів до неї» [178], Україна підтвердила, що на законодавчому рівні повністю визнає юрисдикцію Європейського суду і визнає обов’язковими його рішення (це стосуються тлумачення і застосування Конвенції), які пов’язані із захистом прав людини без укладення будь-яких спеціальних угод. А це і є пряме використання прецеденту в судових провадженнях, які розглядаються на території України.

Звичайно, для того щоб прецедент був закріплений на офіційному законодавчому рівні, необхідно передбачити внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших нормативних документів, які регламентують порядок досудового розслідування та судового розгляду кримінальних проваджень.

Прикладом внесення таких змін та доповнень може бути стаття 17 Закону України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», в якій передбачено, що «суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду (стаття 1 Закону «практика Суду – практика Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини») як джерело права» [183]. Тобто під час застосування практики Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини нашим суддям необхідно використовувати та застосовувати не тільки рішення, які надходили та виносилися стосовно України, а й рішення або ухвали, постановлені щодо інших країн. Такий висновок випливає з проведеного нами аналізу Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», у якому відсутні положення про заборону застосовування рішень або ухвал Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини, постановлених щодо інших країн.

Засвідчуючи про основні зміни до законодавства України, які можуть бути характерними для будь-якої галузі права (у нашому випадку – це застосування процесуальних норм в кримінальному провадженні на будь-якій стадії кримінального процесу), необхідно закріпити та запровадити застосування судового прецеденту в самому Кримінальному процесуальному кодексі України.

Фактично упродовж як мінімум 10-ти років судове рішення в Україні має роль судового прецеденту. Висновки, зазначені у постановах Верховного Суду, юридично є обов'язковими для застосування всіма судами під час розгляду аналогічних справ, а також усіма суб'єктами владних повноважень, які у своїй діяльності застосовують нормативний акт, який містить відповідну норму права. Це

закріплено у статті 13 Закону України від 02.06.2016 № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів». Аналогічні положення були прописані і в попередніх законах, які втратили чинність з ухваленням нового закону.

Це свідчить про те, що значний вплив на судову практику мають рішення судів касаційної інстанції минулих років. Враховуючи той факт, що новостворений Касаційний кримінальний суд може відступити від раніше висловлених ними висновків щодо застосування норми права і для уникнення подвійної практики, в новому Законі передбачено, що з цього питання повинна висловити свою позицію у прийнятій постанові Велика Палата Верховного Суду, рішення якої є обов'язковими для застосування всіма судами. Таким чином, суди першої та апеляційної інстанції зобов'язані в обов'язковому порядку враховувати позиції, викладені в постановах Верховного Суду.

Крім того, вважаємо, що постанови Верховного Суду повинні забезпечити не тільки однакове застосування судами норм права, але й забезпечити усунення прогалин у кримінальному процесуальному законодавстві. Провівши аналіз судової практики, необхідно зазначити, що постанови Пленуму Верховного Суду України минулих років, а також постанови та роз'яснення вищих судових інстанцій, які були актуальними в різні періоди, усували прогалини в законодавстві, у тому числі кримінальному процесуальному. Також ними усувалася наявність двояких формулювань змісту норм Кримінального процесуального кодексу України та інших нормативних документів, які регламентують процесуальний порядок на всіх стадіях кримінального провадження.

Таким чином, «висновки, які містяться в постановах Верховного Суду, фактично доповнюють та тлумачать відсутній зміст правового регулювання у нормах, покликаних регламентувати процесуальний порядок здійснення процесуальних дій у кримінальному провадженні, – від відомчої інструкції до конституційного закону України, не будучи при цьому джерелом права (принаймні офіційно визнаними джерелами права)» [187, с. 57–58].

Реалізовуючи теорію конвергенції, відповідно до якої правові системи, такі як романо-германська та англосаксонська, поступово зближуються, тим самим відбувається збільшення ролі судового прецеденту в Україні та поступово відбувається закріплення його на законодавчому рівні. Теж саме відбувається і у країнах, які є батьківщиною судового прецеденту, таких як Великобританія та США, де значну роль відіграє засноване на нормах закону статутне право.

Погоджуємося з думкою про те, що «вироблені судовою практикою правові положення, викладені в постановах Верховного Суду як у джерелах права, можуть міститись у таких двох групах постанов:

1) створення прецеденту тлумаченням норм права шляхом різних видів конкретизації;

2) усунення прогалин у таких галузях права, де допускається використання аналогії права або аналогії закону» [177, с. 316].

На нашу думку, в Україні необхідно формалізувати правила застосування судового прецеденту під час застосування норм, які не регламентовані в кримінальному процесуальному законодавстві України, і використовувати їх на рівні з нормами, які закріплені в нормативних документах. Тобто прецедентні норми, які закріплені в Позиціях Великої Палати Верховного Суду, повинні бути обов'язковими для судів усіх рівнів під час розгляду справ з аналогічними обставинами. На сьогодні такі позиції для суддів носять переважно рекомендаційний характер, хоча законом передбачена їхня обов'язковість. Крім того, Рішення Кримінального касаційного суду також повинні мати обов'язкове прецедентне значення для всіх судів цієї спеціалізації, якщо воно не суперечить правовій позиції Великої Палати Верховного Суду.

Нами пропонується також надавати силу прецеденту рішенням апеляційних судів та слідчих судів, які виносяться на стадії досудового розслідування та є остаточними і не підлягають оскарженню, але за такими рішеннями є висловлена позиція у постанові Верховного Суду.

Таким чином, цілком імовірно, що після запровадження таких змін до законодавства України забезпечуватиметься єдність застосування

законодавства судами першої інстанції, що значно зменшить та розвантажить суд Кримінальної касаційної інстанції. А це, в свою чергу, дозволить змістити його функцію з перевірки правильності застосування норм матеріального та процесуального права на забезпечення єдності судової практики.

До недавнього часу процес становлення судового прецеденту в Україні взагалі був нівельований унаслідок прийняття у липні 2010 року Закону України № 2453 «Про судоустрій та статус суддів». Верховний Суд України практично втратив законодавчі засоби та повноваження, які б дозволили ефективно забезпечити однакове застосування норм права судами України. Пленум Верховного Суду України «був позбавлений права надавати судам роз'яснення з питань правозастосування на основі узагальнення судової практики» [181, с. 36]. Тобто законом 2010 року був створений дисбаланс під час розподілу функцій забезпечення єдності судової практики між вищими спеціалізованими судами та Верховним Судом України. Основними процесуальними засобами забезпечення єдності судової практики того часу були, зокрема, «правові позиції, викладені в постановах касаційних судів, а тому надання відповідних функцій Верховному Суду України залишалося першочерговим завданням судової реформи, яка розпочалася 2016 року» [186, с. 5].

Сьогодні судова практика формується на рівні Кримінального касаційного суду, а в разі відступлення від раніше прийнятих позицій, зазначених у постановах касаційних інстанцій минулих років, справа направляється на перегляд до Великої Палати Верховного Суду.

Нині в частині 1 статті 36 Закону України від 02.06.2016 № 1402-VIII «Про судоустрій та статус суддів» зазначається, що «Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом» [180].

Крім того, у статті 31 цього закону передбачено можливість утворення та функціонування Вищого суду з питань інтелектуальної власності та Вищого антикорупційного суду як судів першої ін-

станції з розгляду окремих категорій справ. До їхніх повноважень віднесено узагальнення судової практики та інформаційно-аналітичне забезпечення суддів з метою підвищення якості судочинства [180].

На нашу думку, запровадження прецеденту в кримінальному процесі також значно спростить процедуру закриття кримінальних проваджень та процедуру розгляду аналогічних справ у суді.

Як показує практика (дослідження з анкетування), встановлення та перевірка фактичних обставин у кримінальному провадженні, які є доказами, потребує досить значного ресурсу та процесуального часу, пов'язаного з дотриманням розумних термінів. При цьому часто виникають ситуації, коли обвинувачений або його представник свідчить про те, що в його діях відсутній склад злочину, обґрунтовуючи це тим, що факти, на які вказує сторона обвинувачення, не підтверджуються жодними процесуальними діями, які були проведені на досудовому слідстві, а також тим, що сторона обвинувачення, проводячи процесуальні дії, грубо порушувала як норми матеріального, так і процесуального права, що в своїй сукупності призвело до фальшування результатів дослідження.

У світовій практиці досить ефективно використовується процедура «summary judgment». Сутність такої процедури полягає у тому, що суд має право закрити провадження у справі, якщо ним буде встановлено, що навіть за умови, що сторона обвинувачення доведе всі факти й обставини, на які вона посилається, а також що всі ці факти будуть досліджені з дотриманням певних процедур, процесуального права, все одно сторона обвинувачення програє у зв'язку з порушенням нею норм матеріального права. У такому випадку суд обов'язково вирішує питання про можливість закриття провадження до того, як перейде до дослідження фактичних обставин у справі та перевірки доказів, які підтверджують такі фактичні обставини. Таким чином, судова справа, у якій заздалегідь вбачаються обставини порушення матеріального або процесуального права, буде закрита на ранній стадії судового розгляду.

Як приклад, можемо запропонувати універсальну подію: в обвинувальному акті відсутні ознаки складу кримінального правопорушення, але певні факти, на які посилається сторона обвинувачення, були підтверджені доказами і справу направили до суду. На практиці це виглядає так, якщо особі пред'явлено обвинувачення у хуліганстві, яке проявилося у публічному спаленні портрета будь-кого з вищого керівництва держави України, воно має бути негайно закрите ще на стадії попереднього судового розгляду, тому що навіть за умови повного підтвердження всіх фактичних обставин справи шляхом проведення різноманітних гласних слідчих розшукових або процесуальних дій, така дія особи не міститиме складу кримінального правопорушення за статтею «Хуліганство».

Звичайно, після закриття провадження у таких справах через відсутність складу злочину сторони кримінального провадження можуть оскаржити ухвалене рішення суду в апеляційному та касаційному порядку і у випадку, якщо суди вищестоящих інстанцій погодяться з висновками, викладеними у рішенні суду першої інстанції, справа вважатиметься прецедентною. І під час розгляду аналогічних справ суд першої та апеляційної інстанції вже матиме позицію вищестоящого суду щодо правильного тлумачення закону і може не сконцентрувати в подальшому увагу на встановлені фактичних обставин справи.

Таким чином, значна кількість аналогічних проваджень може бути вирішена практично без проведення процедури судового розгляду, що значно зменшить навантаження на суддів.

Що стосується закриття справ на етапі досудового розслідування, хочемо відмітити той факт, що прикладом застосування судового прецеденту може бути можливість закриття кримінальних проваджень, які розслідуються за фактом вчинення кримінального правопорушення. Таке право виникає після закінчення граничних строків під час розслідування злочинів (ч. 1 ст. 219 КПК України): 12 місяців – злочини невеликої або середньої тяжкості та 18 місяців – тяжкі або особливо тяжкі злочини, якщо особі(ам) не повідомлено про підозру [1].

І саме тут часто виникають суперечки між стороною обвинувачення та стороною захисту.

У Кримінальному процесуальному кодексі України відсутня можливість процесуально зупинити досудове розслідування в кримінальному провадженні до моменту повідомлення особі про підозру.

У цьому випадку виникла ситуація, коли процесуальна норма, яка зазначена в ч. 1 ст. 219 КПК України, повністю суперечить та нівелює матеріальну норму, яка викладена в ст. 49 Кримінально кодексу України, (Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності), за якою термін давності притягнення до кримінальної відповідальності становить 15 років.

З огляду на відсутність законодавчого урегулювання цього питання, а також можливості створення простої схеми для уникнення кримінальної відповідальності і необхідно створювати правові позиції, викладені в постановах Верховного Суду. Такі правові позиції, по суті, усувають прогалини в кримінальному процесуальному законодавстві України і є підставою застосування судового прецеденту судами нижчої ланки під час ухвалення рішень.

Виходячи з цього можна стверджувати, що судовий прецедент – це правовий акт судової гілки влади, у якому відображаються суддівські пояснення, чому саме таким чином вирішена справа. Тобто судом формулюється правова позиція, яка є обов'язковою для суддів, які ухвалюють рішення в аналогічних справах. Такі правові позиції набувають обов'язкового прецедентного характеру. Український дослідник С. В. Шевчук зазначає, що «в основі судового прецеденту полягає соціальний факт повторюваності певних суспільних відносин та специфіка людської природи, справедливим буде те судове рішення, яке не відрізняється від ухваленого раніше, за умови, що співпадають фактичні обставини справи, яка розглядається» [189, с. 111–112].

Засвідчуючи про правові основи судового прецеденту, потрібно обов'язково зазначити, що українська правова традиція не пов'язана із системою загального права і більше належить до романо-германської

правової сім'ї, у якій основним джерелом права є нормативно-правовий акт, тим самим мінімалізовано можливість застосування судового прецеденту як джерела права. Хоча останнім часом у правовій літературі все частіше йдеться про безпідставність невизнання судового прецеденту джерелом права. На нашу думку, враховуючи активні глобалізаційні процеси, які відбуваються у правовій сфері, позиція про те, що романо-германська система права визнається джерелом права і судовий прецедент заслуговує на більшу увагу.

У Конституції України зазначено, що Конституційний Суд України є єдиним органом, на який покладено повноваження офіційного тлумачення законів України. Як зазначив у своїй науковій праці Г. В. Омельяненко, роз'ясненнями не можуть встановлюватися зразки інтерпретації законів, оскільки така діяльність належить до повноважень Конституційного Суду України [176, с. 14]. Хотілося б почути і продовження його думки, хто може тлумачити застосування законів і підзаконних нормативних актів, які здебільшого трактуються неоднаково судами під час ухвалення рішень.

Таким чином, хочеться продовжити його думку таким твердженням, що законодавець повинен внести зміни до Конституції України і покласти такий обов'язок на Верховний Суд, який і повинен забезпечувати єдність застосування судової практики в цілому, і своїми постановами усувати прогалини, які виникли в законодавстві.

На цьому етапі, відповідно до законодавства України, забезпечення єдності судової практики щодо застосування норм кримінального та кримінального процесуального права покладається на Касаційний кримінальний суд та Велику Палату Верховного Суду.

Ще до липня 2001 р., коли були прийняті закони, які кардинально спрямовувались на тотальне реформування судової системи України, статтею 40 Закону УРСР від 5 червня 1981 р. «Про судоустрій» визначалась юридична сила правових позицій (роз'яснень), де було зазначено, що роз'яснення, викладені у Пленумах Верховного Суду України, є «обов'язковими для суддів, інших органів і службових осіб, що застосовують закон, за яким дано роз'яснення» [171]. Та-

ким чином, стає очевидно, що роз'яснення були фактично судовими прецедентами, які ставали загальнообов'язковими та поширювали свою дію і на всіх осіб, які застосовували закон і мали право звернутися до суду. Практично аналогічна норма містилася і у Закон України від 7 лютого 2002 року «Про судоустрій», де було зазначено, що «Верховний Суд України і вищі спеціалізовані суди дають роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства без жодних застережень щодо обов'язковості таких роз'яснень» [172].

З цієї позиції роз'яснення Верховного Суду України та Вищих спеціалізованих судів навряд чи можна називати класичним прецедентним правом України, тому що такі роз'яснення є тільки узагальненням судової практики, а не мотивацією суду, яка має обов'язкове значення, під час вирішення конкретної справи. Український вчений С. В. Шевчук свідчив про те, що «такі роз'яснення мають нормативний зміст, оскільки вони є обов'язковими для нижчих судів та опосередковано обов'язковими – для всіх суб'єктів правовідносин, які застосовують норми права, стосовно яких була узагальнена судова практика у формі роз'яснень» [190, с. 28]. Інша вчена Д. Ю. Хорошковська зазначала, що «роз'яснення, які містяться в постановах Пленуму Верховного Суду України, не є судовими прецедентами в класичному варіанті загального права. Однак той факт, що постанови Пленуму не є судовими прецедентами, не свідчить, що вони не є джерелами права, в яких не містяться нові правоположення» [188, с. 127]. Також погоджуємося з такими твердженнями, оскільки такі роз'яснення вищих судових інстанцій пояснюються здійсненням контролю Верховним Судом за однаковістю та єдністю судової практики, а також усуненню прогалин у законодавстві України.

Хотілося б зазначити, що існування Великої Палати Верховного Суду у нинішньому вигляді є тимчасовим та вимушеним. Колегії Кримінального касаційного суду у складі Верховного Суду не відразу зможуть однозначно трактувати норми кримінального процесуального законодавства. Це пов'язано з тим, що вони самі повинні слідувати

раніше встановленим прецедентам, які приймалися іншими колегіями касаційних інстанцій, які існували до судової реформи 2016 року. Саме для того, щоб забезпечити тлумачення однієї і тієї ж норми права, яка свого часу була неоднаково застосована різними колегіями (або різними касаційними судами), утворюється Велика Палата Верховного Суду.

З такою думкою погоджується і Є. В. Васьковський, який свідчить про те, що система, за якої нагляд за єдністю судової практики здійснює особливий Верховний Суд, має найбільше переваг, але суд з відповідними повноваженнями має бути єдиним, оскільки під час розподілу функцій між кількома судами не може мати місця однакова судова практика [169, с. 35–38].

Перегляд справ у Великій Палаті Верховного Суду не повинен бути четвертим рівнем судового розгляду, згідно з Конституцією України у нас трирівнева система правосуддя, оскільки Велика Палата Верховного Суду переглядає справи виключно з мотивів суперечливості рішень та відступлення Кримінальним касаційним судом від норм попереднього трактування норм закону, і саме у зв'язку з цим необхідно внести пропозицію, яка б доповнила Кримінальний процесуальний кодекс України нормою про те, що Велика Палата Верховного Суду не повинна виносити рішень за сутністю справи. Тобто у 99,9 % судових проваджень перегляд розглянутих справ має закінчуватися у Кримінальному касаційному суді Верховного Суду.

Сьогодні у ч. 4 статті 442 КПК України зазначено тільки те, що в постанові Великої Палати Верховного Суду має міститися висновок про те, як саме повинна застосовуватися норма права, із застосуванням якої не погодилася колегія суддів або палата, об'єднана палата, що передала справу, відповідно, на розгляд палати, об'єднаної палати, Великої Палати Верховного Суду [173].

Донині є актуальною класифікація радянського вченого С. М. Братуся про положення, які повинні міститися у постановах Верховного Суду: «нагадування про чинні норми права, які внаслідок певних причин ігноруються або неправильно застосовуються судами під час вирішення справ; роз'яснення змісту чинних норм права, формулю-

вання логічних висновків, які випливають з них, без будь-якої конкретизації цих правоположень; створення прецеденту тлумачення норм права шляхом конкретизації нечітких понять, деталізації; усунення прогалин у тих галузях права, де допускається використання аналогії права та/чи аналогії закону [182, с. 149–157].

Продовжуючи думку щодо удосконалення КПК України, необхідно зазначити, що статтею 434-2 передбачений порядок передачі кримінального провадження на розгляд Великої Палати Верховного Суду за клопотанням учасника справи [173].

Нами пропонується конкретизувати цю процедуру шляхом внесення таких пропозицій у КПК України: заявником подається клопотання, в якому зазначається, яке саме рішення Кримінального касаційного суду порушує єдність судової практики. Клопотання подається у паперовому вигляді або в електронному вигляді завантажується через сайт Верховного Суду; суддя-доповідач перевіряє заяву на відповідність формальним вимогам КПК України, а також ухвалює рішення щодо неоднаковості і наявності суперечностей у судовій практиці. У разі встановлення суддею, що суперечність судової практики існує, відкривається провадження у справі. Якщо буде встановлено, що вони відсутні, тоді заява в електронному вигляді направляється всім членам Великої Палати Верховного Суду, які упродовж 14 днів повинні проголосувати за відкриття провадження у справі. Якщо троє суддів Великої Палати Верховного Суду підтримають пропозицію про відкриття провадження у справі, тоді це провадження відкривається. У всіх інших випадках суддя-доповідач виносить ухвалу про відмову у задоволенні клопотання і допуску справи до провадження. При цьому в цій ухвалі повинно зазначатися, що судді Великої Палати Верховного Суду не дійшли висновку, що в клопотанні є обставини, які б свідчили про порушення єдності у судовій практиці Кримінального касаційного суду; у разі передачі справи до Великої Палати Верховного Суду попереднє судове засідання проводиться без виклику сторін. На попередньому судовому засіданні можуть розглядатися заяви учасників процесу. За підсумками попереднього судового засідання

Велика Палата Верховного Суду може відмовити у задоволенні клопотання через те, що не були підтверджені обставини порушення єдності судової практики. Якщо Велика Палата Верховного Суду вже розглядала аналогічні клопотання або з питання правильного застосування закону вже існує судовий прецедент, тоді у попередньому судовому засіданні скасовується рішення Кримінального касаційного суду, апеляційної або першої інстанції (залежно від того, в якій судовій інстанції вперше була допущена помилка) і направляє справу на новий судовий розгляд до суду саме цієї інстанції з вказівкою на норму або прецедентне рішення, яким необхідно керуватися. Тим самим буде усунена ситуація, коли ідентичні справи направлялися до Великої Палати Верховного Суду тільки через те, що в певні періоди часу не існувало стабільної судової практики; у випадку, якщо суперечність дійсно наявна і жодної судової практики чи прецеденту не існує, повинен відбуватися судовий розгляд за процедурою, аналогічною процедурі касаційного розгляду, зазначеній у Главі 32 КПК України. При цьому судді мають отримати час для написання проекту рішення, його обговорення, корегування, складення окремих думок до нього. Остаточне рішення має бути прецедентним і використовуватися судами на обов'язковій основі під час ухвалення аналогічних рішень.

Обов'язковою умовою повинно бути те, що остаточна постанова, ухвалена Великою Палатою Верховного Суду, не повинна виносити нового рішення. Нею може бути скасоване рішення Кримінального касаційного суду та залишено в силі рішення суду апеляційної інстанції або скасоване рішення судів апеляційної інстанції та Касаційного кримінального суду і залишене в силі рішення суду першої інстанції. У випадку коли жодною інстанцією не винесено правильного рішення, справа направляється Великою Палатою Верховного Суду на новий розгляд із зазначенням, яку саме необхідно застосувати норму права. Відсутність у Великої Палати Верховного Суду права ухвалювати нові судові рішення буде гарантією того, що вона не перетвориться на окрему, четверту, інстанцію, а після унормування судової практики і взагалі може бути скасована. Таким чином, сторони кримінального

провадження зможуть отримати від Великої Палати Верховного Суду лише роз'яснення тлумачення норм права, якими вони зможуть скористатися для того, щоб виграти справу, а у разі вказівки на судовий прецедент суд повинен ухвалити рішення, яке прописане в аналогічній справі.

До правових основ судового прецеденту в кримінальному процесуальному законодавстві України потрібно віднести і правові позиції, викладені в рішеннях Конституційного Суду України (далі – КСУ). Важливими завданнями КСУ є захист та дотримання прав, свобод і законних інтересів громадян на стадії досудового розслідування кримінального провадження, а також забезпечення дотримання конституційних основ судочинства у ході судового розгляду кримінальних проваджень.

У науковому середовищі правові позицій Конституційного Суду України як джерела права сприймаються по-різному. Висловлюючи свою думку, М. Тесленко зазначав, що «правові позиції Конституційного Суду України як джерело права здатні заповнювати прогалини в законодавстві і вирішувати колізії в ньому відповідно до букви і духу закону, розкриваючи при цьому особливості права як живого організму» [184, с. 38]. Іншим вченим П. Ткачуком відмічається, що в одному випадку «правові позиції Конституційного Суду України є викладенням розуміння певної норми Конституції України або закону. Тобто, по суті, є тлумаченням позиції законодавця і складовою відповідних норм» [185, с. 16]. В іншому випадку «правова позиція є узагальненням знань, розумінням дії конституційно-правових приписів стосовно конкретної правової ситуації» [185, с. 16].

Переважна більшість рішень, які виносилися КСУ, позитивно впливали на уникнення правозастосування тих норм кримінального процесуального законодавства, які не відповідали Основному Закону держави. Крім того, такі рішення КСУ забезпечували реалізацію конституційних приписів щодо захисту прав та законних інтересів тих осіб, які залучалися до сфери кримінального судочинства як зі сторони захисту, так і зі сторони обвинувачення. Під час судового

правозастосування норм кримінального-процесуального законодавства або встановлення правової кваліфікації справи та вибору норми права в кримінальному судочинстві обов'язково враховується існуюча судова практика КСУ. Це пов'язано з тим, що, тлумачачи практику КСУ, звертається увага до історії ухвалення законодавчого акта. Під час ухвалення рішення обов'язково враховується мета утлумачених норм. Ці норми викладаються у письмовому вигляді в мотивувальній частині ухваленого рішення.

Окремо хочеться зазначити про чинність рішень КСУ, щодо норм яких свого часу виникала необхідність тлумачення норм Конституції України і які змінилися у зв'язку з ухваленням нового закону, зокрема, що стосується змін до кримінального судочинства, пов'язаного з ухваленням Кримінального процесуального кодексу України 2012 року. У Рішенні КСУ від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 (звернення до КСУ з клопотанням дати офіційне тлумачення положень статей 55, 59 Конституції України, ст. 44 та гл. 22 КПК 1960 р. щодо вільного вибору захисника) зазначалося, що положення ч. 2 ст. 59 Конституції України не може тлумачитись як право вибирати захисником лише адвоката (особу, яка має свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю). Таке положення є тільки гарантією того, що підозрюваний, обвинувачений і підсудний мають можливість реалізовувати своє право вільно вибирати захисником у кримінальному судочинстві адвоката.

Така правова позиція не дозволяла повною мірою реалізувати норму, яка викладена в статтях 45, 50 КПК 2012 р., де законодавець передбачив, що захисником у кримінальному провадженні може бути лише адвокат. І лише з впровадженням судової реформи 2016 року, в результаті якого це питання було врегульоване внесенням змін до статті 59 Конституції України, дозволила на законодавчому рівні врегулювати це питання. Хоча, на нашу думку, до КСУ повинно бути направлено подання, яке б привело Рішенні КСУ від 16 листопада 2000 року № 13-рп/2000 до вимог сьогодення і унеможливило в подальшому подвійного трактування норм чинного законодавства з цього питання.

Звичайно, зазначаючи про правові основи практики впровадження прецеденту у вітчизняну правову систему, потрібно вказати, що важливою передумовою імплементації є ґрунтовна розробка доктрини та виважене формування відповідної концепції, прийнятної для нашої правової системи. При цьому варто брати за основу традиційне розуміння прецеденту, яке вже висвітлене в світовій правовій думці, і обов'язково враховувати особливості вітчизняної правової системи.

До розробки та запровадження цієї концепції спонукає і євроінтеграційний вектор розвитку України. Актуальність вирішення правового статусу судового прецеденту в кримінальному процесуальному законодавстві та визнання його як джерела права зумовлено значенням прецедентної практики Європейського суду з прав людини. У Законі України від 23 лютого 2006 року «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» зазначено, що «рішення Європейського суду є обов'язковими до виконання» [179].

Повноцінне використання судової практики Європейського суду зобов'язує Україну не тільки посилатися на відповідні рішення, а і глибоко імплементувати сутність таких рішень у правове поле законодавства України. Виконуючи рішення та застосовуючи практику Європейського суду під час винесення власних рішень, наша держава повинна розбудовувати систему джерел права, в якій прецеденту відводиться окреме місце.

Крім того, застосування судового прецеденту в кримінальному процесуальному законодавстві підкреслить своєрідність та гнучкість норм права. Тобто необхідність у ньому виходитиме не від законодавчої гілки влади, а виявлятиметься суб'єктами правозастосування, що значно пришвидшить правове регулювання прогалин у законодавстві. Адже підставою для застосування судового прецеденту є, в першу чергу, виявлення пробілів, неконкретності правової норми, виникнення необхідності тлумачення наявних норм їх корегування, пов'язаних зі зміною істотних обставин.

З цього приводу досить влучною є позиція, висловлена Б. В. Малишевим, який зазначав, що «приписи прецедентного права не лише

базуються на спірних ситуаціях, а й виникають у результаті їхнього судового вирішення. Тому прецедент не тільки містить норму права, а й пропонує ще й приклад її застосування до конкретних фактів та обставин» [175].

У свою чергу, Д. В. Кухнюк, досліджуючи проблему упорядкування статусу судового прецеденту в Україні в площині кримінального процесу, приходить до висновку, що «для впровадження судового прецеденту в систему джерел кримінально-процесуального права України відсутня необхідність прямого законодавчого закріплення за певними судовими рішеннями статусу судового прецеденту або прийняття спеціального закону про судовий прецедент» [174]. На нашу думку, ця позиція відображає тільки часткове вирішення імплементації судового прецеденту в кримінальний процес. Підтримуємо автора в позиції, що законодавчий припис не вважається необхідною умовою імплементації судового прецеденту в систему джерел права України. Разом з тим це твердження необхідно доповнити думкою, викладеною іншими науковцями, які вважають, що «прецедент істотно підвищує значення мотивування судових рішень. Авторитет і сила прецеденту, динаміка розвитку прецедентного права ґрунтуються на мотивації й аргументації. Прецедент стає джерелом права не тільки внаслідок статусу органу, що його створив, а й з огляду на його переконливість» [170].

Хоча враховуючи тривале заперечення можливості існування інших джерел права, крім нормативного акта, пов’язаного з недостатньо високим авторитетом судової влади в суспільстві, а також складність правової системи України, вказують на можливість закріплення відповідної норми в кримінальному процесуальному законодавстві України, яке стане обов’язковим для виконання.

Підбиваючи підсумок та зазначаючи про правові основи судового прецеденту в Україні, необхідно відмітити особливу роль, яка відведена позаправовим факторам (нерегламентованих законом), покликаних у найкоротший термін усунути прогалини законодавства та урегулювати правові відносини, які виникають між сторона-

ми кримінального провадження на будь-якій стадії кримінального процесу.

Основну роль імплементації судового прецеденту у вітчизняне правове поле України покладаємо на новий Верховний Суд, авторитет якого, в першу чергу, будується на морально-ділових якостях кожного окремо взятого судді.

2.2. Судовий прецедент як джерело права в кримінальному процесі України

Нині питання про застосування судового прецеденту як джерела права та можливості його впровадження в українську правову систему є досить актуальним.

Під судовим прецедентом необхідно розуміти рішення Верховного Суду у конкретній справі, яке надалі є обов'язковим для застосування ним самим та всіма судами нижчих інстанцій під час вирішення аналогічних справ.

Судовий прецедент є одним з найдавніших джерел права. Історично склалося, що прецедентне право існує в країнах, що належать до англосаксонської правової сім'ї (Англія, США, Канада, Австралія).

Становлення української правової традиції віднесено до романо-германської правової сім'ї, де основним джерелом права є нормативно-правовий акт, тим самим наша правова система практично ніяк не пов'язана із системою загального права, у зв'язку з чим в Україні ускладнюється можливість застосування як джерела права судового прецеденту.

На сьогодні у сучасній літературі все частіше висловлюються думки щодо безпідставності невизнання судового прецеденту джерелом права. На нашу думку, світові процеси глобалізації, у тому числі і в правовій сфері, заслуговують на увагу позиції про те, що «романо-германська система права визнає джерелом права і судовий прецедент» [203, с. 16–17].

Для досить чіткого розуміння проблеми потрібно виділити характерні риси судового прецеденту в українському праві. Першим і найбільш важливим є те, що сформувати судовий прецедент можуть тільки органи судової влади. Другою рисою можна виділити обов'язковість застосування таких рішень. Не менш важливим є використання певної юридичної процедури під час його створення. І на останньому етапі будь-яке прецедентне рішення повинно бути опубліковано в офіційному виданні.

Застосовуючи судовий прецедент, у нашій правовій системі змінюватиметься праворозуміння сукупності принципів, на яких побудована правова система України, не винятком будуть і джерела права. Досі ще у суспільстві існує інша думка, що «…в масовій суспільній свідомості України продовжують домінувати уявлення про право як знаряддя політики, інструмент примусу, зведену в закон волю, якщо й не якогось окремого панівного класу, то принаймні панівної частини суспільства» [197, с. 29].

Вітчизняна юридична наука досі, як і в радянський період, розділена на два табори, один з яких повністю заперечує можливість існування прецеденту на території України, а інший визнає за рішеннями вищих судів силу джерела права.

Досить актуальним і виправданим є визнання інтегрального підходу до праворозуміння. Під таким поняттям необхідно розуміти, що «право є цілісним багатоаспектним явищем і не може досліджуватись на основі одного методу» [208, с. 5–7].

Для романо-германської правової сім'ї судова практика як джерело права не виходить за межі тлумачення або роз'яснення норм закону. Здебільшого вважається, що правотворча діяльність є прерогативою законодавця, а також урядової або адміністративної влади, уповноваженої на це законодавцем [206, с. 151]. І. Ю. Богдановська у своїй праці зазначає, що «судова практика є досить суперечним джерелом права романо-германської правової сім'ї. Ця обставина пояснюється тим, що роль судової практики може бути уточнена лише у зв'язку з роллю закону, більш точно, творча роль судової практики завжди

чи майже постійно приховується за баченням тлумачення закону. Це пояснює прагнення юристів спиратися на закон. У континентальній Європі з XVII–XVIII стст. з'явилася доктрина, що закріплювала попереднє зобов'язання й вимагала керуватися попередніми рішеннями» [192, с. 12]. Для країн романо-германської правової системи закон займає основне місце.

Зовсім іншої позиції дотримується А. Х. Саїдов: «Шанобливе ставлення до закону як основної форми виразу права характерне для юридичного позитивізму XIX століття, змінилося в XX столітті критичною тенденцією щодо закону і широким поширенням вимог свободи суддівського і адміністративного розсуду. Закон має вагоме значення як основне джерело в сучасну епоху, особливо під час зростання державного впливу. В європейських країнах простежується тенденція прагнення підняти престиж і роль судової практики як джерела права в романо-германській правовій сім'ї. При цьому критикується юридичний позитивізм і спостерігається настирливе розмежування права і закону, яке звучить нерідко як протиставлення. Звідси в цілому негативне ставлення до кодифікації законодавства» [217, с. 31].

Продовжуючи свою думку, він зазначає, що «у країнах романо-германської правової сім'ї в останні півстоліття переважає тенденція до визнання суддівського права, і судова практика вивчається як різновид правотворчості». Це зумовило пошуки відповідей на такі питання: які судові рішення і чому можуть бути і є джерелом права і яке їхнє співвідношення з іншими видами джерел права. Сьогодні все більше утверджується думка про те, що судові рішення можуть бути визнані джерелами права в усіх правових сім'ях, хоча і різними за походженням, з різною обов'язковою силою і з різним механізмом їхньої дії і застосування [217, с. 33].

Основною особливістю романо-германської правової сім'ї є визнання нормативно-правового документа як основного і єдиного джерела права. Хоча уже нині, «проголошуючи спадкоємність традицій римського права, країни романо-германської правової системи

все ж відмовилися від «активної казуїстики» і проголосили верховенство закону» [192, с. 9]. На нашу думку, ті, хто підтримує цю ідею, керувалися тим, що під час дотримання принципу точності формулювання норми, її застосування у суді може викликати труднощі, пов'язані з тим, що законодавець не завжди може передбачити різноманітність у конкретних ситуаціях, які виникають на практиці. Крім того, погоджуючись з абстрактним застосуванням правових норм, суддя втрачає можливість вільно ухвалювати рішення на свій розсуд, тобто втрачається можливість удосконалення правової норми для забезпечення правової рівності сторін. Досить слушно з цього питання висловив свою думку Г. В. Гегель: «Нічого не змінює ту обставину, що закон сам не встановлює необхідної остаточної визначеності, а надає право ухвалити рішення судді й обмежує його лише максимумом і мінімумом, бо кожен з цих мінімумів і максимумів є окреме кругле число і не суперечить тому, щоб суддя згодом встановив таке кінцеве, цілком позитивне визначення, а навпаки, визнає за ним таке право, бо бачить в останньому щось необхідне» [195, с. 235].

Усе більше науковців, які досліджують цю тематику, доходять до висновку про закономірності визнання в Україні нормотворчої функції судового прецеденту і необхідності не тільки доктринального закріплення місця судового прецеденту в системі джерел права, але нормативного визначення юридичної сили й обов'язковості прецедентів Європейського суду з прав людини, а також українських судів для вітчизняної правової системи.

Необхідно відмітити досить слушну думку з цього приводу, що «…постійний пошук нових дослідницьких прийомів і методів не завжди забезпечує якісний приріст наукових знань. Використовуючи нові методологічні підходи, необхідно ґрунтуватися на принципі додатковості, а не на заміні одного уявлення іншим. Підходи й методи повинні доповнювати один одного для цілісного відображення правової реальності» [213, с. 3–32]. А це свідчить про те, що, досліджуючи природу будь-якого явища, ніколи не потрібно

відмовлятися від набутого та перевіреного роками досвіду, утвердженого на практиці.

Висловлюючись про застосування судового прецеденту в Україні як джерела кримінального процесуального права, потрібно зазначити, що досвід застосування законів через норми права показує, що в Україні орган законодавчої влади (Верховна Рада України) намагається максимально врегулювати суспільні відносини в тексті закону та підзаконних нормативних актах. Прикладом такого регулювання можуть бути зміни, які вносилися до Кримінального процесуального кодексу України (2012 року) та інших нормативних документів, коли удосконалюючи або шляхом внесення нових норм вдавалося усувати ряд прогалин та неточностей, які виникали під час практичного застосування як на стадії досудового слідства, так і на стадії судового розгляду. І хоча у багатьох випадках такі зміни та доповнення дозволяють уникнути таких прогалин без їхньої детальної регламентації, проте існує велика ймовірність конкретизації таких норм у процесі їх застосування під час практичного застосування через рішення, викладені у постановах Верховного Суду, які є обов'язковими для застосування усіма іншими судами та органами державної влади. Заради справедливості хочемо зазначити, що така конкретизація здійснюється в основному в межах прописаних у законі норм. З цього приводу вкотре хочемо послатися на думку Г. В. Гегеля, який свідчив про те, «що вимога від закону, щоб він був абсолютно закінченим і не допускав подальших визначень у формі суджень про зміст норм права, є абсолютно неправильною і результатом нерозуміння природи таких кінцевих явищ, як позитивне право, в яких досконалість є безперервним наближенням» [195, с. 237].

У цілому, проаналізувавши правову систему України, можна дійти до висновку, що судова практика розгляду кримінального провадження вже є джерелом права і здебільшого застосовується як судовий прецедент. Так, до судових актів, які містять нормативні вказівки щодо застосування норм у кримінальному процесі, потрібно віднести: рішення Конституційного Суду України; роз'яснення

Пленуму Верховного Суду минулих років; постанови, які містять правові позиції Верховного Суду; рішення судів першої та апеляційної інстанції, які не оскаржуються, але були переглянуті Великою Палатою Верховного Суду; і звичайно, це рішення Європейського суду з прав людини.

Продовжуючи дослідження питання судового прецеденту як джерела права, вважаємо за необхідне зупинитися на поетапному аналізі законодавчої системи України, де у нас уже є приклади застосування судового прецеденту.

У першу чергу, необхідно зазначити, що Законом України «Про Конституційний Суд України» та Конституцією України визначено, що «органом конституційної юрисдикції, який забезпечує верховенство Конституції України, вирішується питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених Конституцією України випадках інших актів, здійснюється офіційне тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до Конституції України» [196; 199]. Таким чином, виникає необхідність більш детального дослідження юридичної природи та сили актів, які ухвалюються цим органом.

Розпочнемо з питання статусу рішень, які ухвалюються Конституційним Судом України і стосуються норм, закріплених у кримінальному процесуальному законі. За результатами розгляду конституційних звернень ним виносяться рішення, висновки та ухвали.

Розглядаючи проблему визначення правової природи рішень Конституційного Суду України щодо визнання законів України та інших нормативно-правових актів неконституційними і стосовно офіційного тлумачення, вона залишається актуальною і повною мірою не вирішеною. Досить слушно про це, зазначив В. М. Шаповал: «Проблема співвідношення засад правозастосування та правотворчості при здійсненні тлумачення Конституційним Судом України є білою плямою у вітчизняних теоретико-юридичних дослідженнях» [221, с. 112].

У законодавстві нашої країни відсутнє поняття «офіційне тлумачення». З цього приводу В. М. Тихий зазначає, що «необхідність

такого тлумачення може бути обумовлена неясністю (двозначністю, розпливчастістю, неточністю, нечіткістю) окремих положень Конституції чи законів України або неоднозначним застосуванням, або хоча й однозначним, але неправильним їх розумінням і застосуванням у масштабах всієї країни тощо» [219, с. 39].

У цьому випадку В. Шаповал відносить діяльність Конституційного Суду України до конституційно-правового нормозастосування. Хоча дещо нижче ним же зауважено, що «зміст компетенції цього органу на практиці займає місце між правозастосуванням та правотворчістю» [222, с. 26]. Разом з тим, на його думку, «до компетенції Конституційного Суду України не належить здійснення нормотворчості, яка не пов'язана з регламентуванням частини питань щодо організації його внутрішньої роботи, хоча зміст інтерпретаційних актів, які видає цей орган при здійсненні офіційного тлумачення, має характер «своєрідної тіні» норм, що тлумачаться, тобто він не існує самостійно [222, с. 29]. І значно пізніше науковець дійшов думки щодо «автономності результатів тлумачення від норм, зазначених в законі» [220, с. 55]. Таку ж думку висловлює В. М. Тихий: «Правова природа офіційного тлумачення Конституції та законів України полягає в їх з'ясуванні, роз'ясненні, інтерпретації, встановленні дійсної суті, а не в поправках, змінах чи доповненнях. Конституційний Суд не наділений функцією правотворчості. У випадку виявлення в нормативному акті, який тлумачиться, прогалин, протиріччя або неузгодженості, які можна вирішити тільки законодавчим шляхом, Конституційний Суд України має відмовитись від тлумачення» [219]. Також В. М. Тихий зазначає, що «змістом офіційного тлумачення є інтерпретаційні норми, які мають на меті «конкретизацію, уточнення та деталізацію» положень Конституції та законів» [219]. І називає ці норми «допоміжними правилами та нормами роз'ясненнями, що містять приписи, як розуміти той чи інший термін, вислів або правову норму в цілому, як її застосовувати» [219, с. 42–43]. На перший погляд важко не погодитися з вищезазначеною позицією В. М. Шаповала та В. М. Тихого, але потрібно навести думку М. В. Тесленко, яка на прикладі Рішення

Конституційного Суду від 27 жовтня 1999 року № 9-рп/99 цілком слушно вказує «на досить умовну та нечітку межу, яка розділяє результати офіційного тлумачення, яке було надане цим органом, від створення ним фактично нової юридичної норми» [218, с. 8–9], шляхом конкретизації припису, що є предметом тлумачення. До речі, ще 1987 р. Є. В. Бурлай визнав, що на базі судової інтерпретації норми закону нерідко створюються нові правила нормативного характеру [194, с. 88]. Дійсно, аналіз рішень Конституційного Суду України з офіційного тлумачення свідчить про те, що резолютивні частини більшості з них містять повноцінні нові норми права. Та обставина, що ці норми містяться у рамках положень, що тлумачаться, а тому лише деталізують, роз'яснюють їх зміст, встановлюють порядок (або винятки) їхнього застосування, не дає підстав заперечувати їх правотворчий характер. Оскільки, по-перше, продовжуючи цю думку, дійдемо до заперечення існування норм у підзаконних актах, адже їх зміст також не може виходити за межі приписів законів, на розвиток яких вони ухвалюються. По-друге, факт взяття Конституційним Судом України до розгляду справи про офіційне тлумачення певної норми підтверджує те, що у цьому випадку для більш точного і повного відображення волі законодавця необхідні додаткові правила, які містять нові елементи правового регулювання, оскільки простого з'ясування змісту норми, яке до цього здійснювали суди загальної юрисдикції, не достатньо. По-третє, завдяки своєму загальнообов'язковому характеру рішення з офіційного тлумачення у багатьох випадках здатні використовуватись автономно від акта, який тлумачиться ними. Це підтверджує практика самого Конституційного Суду України: у пункті 3 мотивувальної частини Рішення від 28 березня 2001 року № 2-рп/2001 [216] він посилається на резолютивну частину попереднього рішення, подібне посилання містить пункт 5 Рішення від 11 квітня 2000 року № 4-рп/2000 [215] тощо. Є очевидним, що по мірі збільшення кількості рішень (наприклад, текст Конституції України виступив об'єктом тлумачення приблизно вже у 14 рішеннях) Конституційний Суд починає опікуватись їхньою узгодженістю, що свідчить про їх внутрішню

та зовнішню структурну відокремленість і так би мовити юридичну самодостатність. До того ж створення Конституційним Судом України нових норм час від часу визнається і його суддями: наприклад, В. Є. Скомороха у пункті 17 своєї окремої думки до Рішення від 25 листопада 1997 р. № 6-зп чітко вказує, що Суд у цьому Рішенні «створив нову, звужену норму» [214]. Виходячи із зазначеного маємо наголосити, що використання у Конституції України терміна «офіційне тлумачення» неадекватно відображає сутність цього виду діяльності Конституційного Суду України. Мабуть, більш доречним було б визначити, що цей орган «встановлює загальнообов'язкові правила розуміння положень Конституції та законів України». Підтримуючи думку М. В. Тесленко, варто навести аргументи С. В. Шевчука, який зазначає, що «нормативний зміст має також рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України, такого висновку можна дійти на підставі того, що обов'язковою не тільки для суб'єкта права на конституційне подання або звернення, але й для всіх суб'єктів права є не частина мотивації цього рішення, як у класичному прецедентному праві, а його резолютивна частина, де дається тлумачення» [223, с. 47–48]. Крім того, необхідно зазначити, що «рішення Конституційного Суду України є обов'язковим для виконання повним обсягом тільки для тих, хто звертається за тлумаченням. Наприклад, рішення Конституційного Суду України щодо конституційності законопроектів стосовно внесення змін до Основного Закону є обов'язковим тільки для Верховної Ради України і має прецедентний характер, оскільки, не маючи такого висновку, законодавча гілка влади не зможе розглядати та змінювати у подальшому ці законопроекти без повторного висновку Конституційного Суду України, у якому буде дозвіл на такі зміни» [198, с. 217–222].

Підсумовуючи зазначене, вважаємо що рішення Конституційного Суду України мають правотворчий характер, містять усі ознаки судового прецеденту, який є обов'язковим для застосування всіма органам державної влади і, в першу чергу, судами загальної юрисдикції, які, ухвалюючи рішення, посилаються на норми кримінального

процесуального права, які вже тлумачилися Конституційним Судом України. Інакше під час ухвалення рішень, які суперечать висновкам Конституційного Суду України, вони будуть скасовані.

Особливо гостро стоїть проблема судового прецеденту, пов'язана з діяльністю судів загальної юрисдикції. Як відомо, на відміну від рішень Конституційного Суду України офіційно опублікована практика інших вищих судів України судовим прецедентом не вважається. Разом з тим як і раніше, так і нині позиції, закріплені в судовій практиці, обов'язково враховуються судами першої та апеляційної інстанції і використовуються ними як орієнтир у питаннях щодо застосування і тлумачення норм права, усунення прогалин у кримінальному процесуальному законодавстві України та застосування аналогії закону й аналогії права.

Важливий крок у бік розвитку інституту судового прецеденту був зроблений у червні 2016 року, коли в законодавстві України чітко закріпили обов'язковість застосування судами нижчих інстанцій правових позицій, викладених у постановах Верховного Суду. Це було зроблено для впровадження застосування єдності судової практики усіма судами.

На сьогодні у деяких кодексах України (стаття 236 ГПК, стаття 263 ЦПК, стаття 242 КАС України), крім Кримінального процесуального кодексу України, міститься норма, яка свідчить про те, що у разі застосування спірних норм під час винесення рішень судді зобов'язані враховувати позиції, викладені в постановах Верховного Суду.

Виходячи з цього можемо стверджувати, що характер судового прецеденту мають рішення Верховного Суду, викладених у постановах, які розкривають точний зміст оціночного поняття, яке використовувалося під час конструювання кримінальної процесуальної норми.

Таким чином, прецедентні рішення виникають за результатами напрацювання судової практики і з часом відіграють важливу роль у системі джерел кримінального процесуального закону будь-якої правової сім'ї: тим самим визнається роль судового прецеденту в системі

джерел кримінального процесуального права. У свою чергу, рішення судів, якими визнаються недійсними акти правоохоронних органів, містять прецедентні тлумачення, які виробляються судовою практикою внаслідок конкретизації норми закону, яка регламентуються такою спірною нормою, і такі рішення суду є безпосереднім джерелом кримінального процесуального права.

Висловлюючись про судову практику, яка виникає у процесі розгляду кримінального провадження, необхідно зазначити той факт, що під час винесення справедливого рішення суд об'єктивно може оцінити ефективність ухвалених законодавцем кримінальних процесуальних норм та за необхідності удосконалити такі норми шляхом роз'яснення їхньої сутності в правових позиціях Верховного Суду. Тому хочеться відмітити думку, що «особливо актуальними є дослідження можливостей виступати джерелом права судового прецеденту в межах правової системи України» [207, с. 412].

Вкотре хочемо зазначити, що в Україні тільки рішення Європейського суду з прав людини під час розгляду аналогічних кримінальних проваджень визнаються прецедентами, проте їхнє юридичне закріплення в нашому законодавстві визначено недостатньо чітко. З цього приводу висловлена досить цікава думка, що «Рішення Європейського суду, які мають прецедентний характер, мають досить значний вплив при формуванні нових норм національного права країн Європейського Союзу; і такими нормами керуються, як судові, так і інші органи держав-учасниць. Крім того, всі члени Ради Європи намагаються привести своє законодавство відповідно до рішень цього Суду» [191, с. 200–201].

Україна є членом Ради Європи, а тому зобов'язана визнати той факт, що правовий прецедент з часом стане повноправним елементом правової системи і виступатиме правовим положенням, сформульованим у судовому акті чи іншому нормативному документі уповноваженого на це державного органу. У країнах Європейського Союзу у разі «вирішення правих питань, які нормативно не регламентовані, судовий (правовий) прецедент є орієнтиром під час вирішення аналогічних справ» [193, с. 43].

Ця позиція виражає тільки внутрішню властивість судового прецеденту. Зазначаючи про зовнішні властивості, а саме коли законодавство відповідає завданням сьогодення й усі органи державної влади разом із судами діють у чітких рамках дотримання законності, роль судового прецеденту повністю змінюється. Виходячи з невизнання на офіційному рівні прецедент все одно перетворюється в знаряддя зміцнення законності й однакового розуміння та застосування законів.

На практиці суди, які розглядають кримінальні провадження, у більшості випадків не можуть працювати без прецеденту, це пов'язано із судовою системою України, де існує ієрархія, і Кримінальний касаційний суд, ухвалюючи постанови та висловлюючи правові позиції для єдності застосування судової практики, може скасовувати рішення нижчестоящих судів і примушувати в подальшому дотримуватися приписів, які містяться у постановах Верховного Суду. Таким чином, судова практика плавно ставить судовий прецедент прерогативою до застосування норм закону, що, в свою чергу, сприяє єдності застосування норм такого закону, тим більше якщо він містить оціночні терміни та поняття.

Такої ж думки дотримується і А. А. Пархета, наголошуючи, що «пріоритетність правоположень, вироблених судовою владою, встановлюється згідно з чинною ієрархією, юридичною силою суддівської влади» [207, с. 416].

Непряме закріплення прецедентного права відображено в частині 2 статті 8 КПК України, де міститься чітка вказівка всім суб'єктам кримінального провадження застосовувати прецедентні рішення «з урахуванням практики Європейського суду з прав людини» [200]. Аналогічне твердження в ч. 5 ст. 9 КПК України: «Кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини» [200]. Ці твердження вказують на те, що законодавець на офіційному рівні закріпив таке поняття, як судовий прецедент, хоча формально такої назви в нормах, які регулюють кримінальне процесуальне законодавство, не існує. Крім того, це пряма вказівка сторонам кримінального провадження на можли-

вість посилатися на рішення Європейського суду з прав людини усім сторонам кримінального провадження на будь-якій стадії кримінального процесу.

Висловлюючись про перспективність судового прецеденту, В. Мідзяновська зазначала, що «коли йдеться про місце судового прецеденту в українській правовій системі, то потрібно вказати, що він лише починає стверджуватися як джерело права в Україні, а тому ще передчасно свідчити про структуру, зміст та види українських судових прецедентів» [204, с. 117]. Частково погоджуємося з такою думкою, оскільки на практиці не так часто можна побачити застосування судового прецеденту, і навіть коли в кримінальному процесуальному документі сторони кримінального провадження посилаються на позиції, висловлені в постановах Верховного Суду, судді нижчих інстанцій можуть їх ігнорувати та трактувати ці норми на власний розсуд, що призводить до відмінності судової практики в аналогічних справах. Проте, інтегруючись до законодавства Європейського Союзу, в Україні все частіше і частіше впроваджується прецедентна практика застосування норм через практику Європейського суду з прав людини. І продовжуючи свою думку, В. Мідзяновська вважає, що «роз'яснення Пленуму Верховного Суду України є однією з фундаментальних основ впровадження інституту судового прецеденту в національну правову систему України, яка, в свою чергу, потребує законодавчого закріплення в нормативно-правових актах» [204, с. 123]. Повністю погоджуємося з таким твердженням, хоча після судової реформи 2016 року цим органом повинен бути Верховний Суд. Про це саме свідчить і Л. А. Луць: «В Україні існує потреба у судових прецедентах як джерелах права. Неякісна система нормативно-правових актів (з прогалинами, дублюваннями, колізіями тощо) та необхідність збереження сутності судової гілки влади, яка покликана забезпечити справедливий розгляд справ та захист інтересів особи, спричиняють потребу й у створенні судових прецедентів та визнанні нормотворчих функцій Конституційного Суду України та Верховного Суду України» [201, с. 9].

Звичайно, проаналізувавши використання судами прецеденту в кримінальному процесуальному законодавстві України, ми впевнилися, що рішення суду під час розгляду кримінального провадження не завжди містять ознаки джерела права і за загальним правилом не вважаються судовим прецедентом. Однак переважна більшість норм кримінального процесуального законодавства, яка зафіксована в позиціях Верховного Суду, під час винесення постанов за результатами судового розгляду уже тепер трактується як судовий прецедент та використовується судами нижчих інстанцій. Тому вважаємо, що рішення Конституційного Суду України та правові позиції Верховного Суду на сьогодні можуть трактуватися як джерела кримінального процесуального права України.

Хоча заради справедливості потрібно вказати і на застереження, які можуть нівелювати негативні моменти під час впровадження судового прецеденту в систему джерел кримінального процесуального права України. По-перше, застосування судового прецеденту можливе тільки для виняткового захисту прав людини на будь-якій стадії розгляду кримінального провадження; по-друге, застосування прецедентних норм не повинно суперечити чинному законодавству, особливо якщо це стосується погіршення або обмеження прав та гарантій, передбачених і закріплених у кримінальному процесуальному законодавстві суб'єктів кримінального провадження (незалежно, чи це сторона захисту, чи сторона обвинувачення); по третє, закріплення судового прецеденту та його функціонування в системі джерел процесуального права повинно впроваджуватись тільки високопрофесійними кадрами судової системи, які мають високий авторитет і великий досвід роботи.

Важливу роль у становленні судового прецеденту відіграють тлумачення норм права під час розгляду кримінальних проваджень судами першої інстанції. Суди першої інстанції, розглядаючи кримінальні провадження, найпершими виявляють прогалини, які є в кримінальному процесуальному законодавстві, при цьому вони зобов'язані закінчити розгляд справи за сутністю, при цьому норми кримінального процесуального права застосовуються для вирішен-

ня конкретних життєвих обставин. У випадках виникнення таких обставин суди з'ясовують сенс та зміст правових норм з інших галузей права, які можуть допомогти усунути прогалини, а також самостійно трактувати певну норму, яка вже закріплена в законі, але містить двояке трактування. На завершальному етапі вирішення кримінального провадження суддя повинен ухвалити рішення (вирок, ухвала), яке виноситься на підставі правової норми. При цьому суд обов'язково тлумачить такі кримінальні процесуальні норми. Роз'яснюючи процесуальні норми, суддя, таким чином, вмотивовує ухвалене рішення.

Для того щоб постановити законне та обґрунтоване рішення, судді необхідно пройти досить складний і багатофакторний процес судового розгляду кримінального провадження. У першу чергу, розпочинаючи судовий розгляд, суддя з'ясовує обставини, які є предметом доказування. Такі обставини повинні відповідати вимогам матеріального та процесуального закону. З'ясувавши таку відповідність, суддя досліджує фактичні обставини кримінального провадження, а також правильність та законність застосування органами досудового розслідування кримінальних процесуальних норм. Тим самим у процесі судового розгляду кримінального провадження суддя здійснює безперервну пізнавальну діяльність, за допомогою якої вивчає факти, які в подальшому дозволяють йому трактувати процесуальну норму, яка регулює конкретні обставини, що склалися.

Нерідко, тлумачачи норми кримінального процесуального права в процесі судового розгляду кримінального провадження, у судді може виникнути ситуація, коли він не зможе опиратися на вже ухвалений закон, у такому випадку на допомогу може прийти судова практика Верховного Суду, яка викладена у постановах або сформованих правових позиціях. Хоча досить часто буває таке, що суддя першої інстанції самостійно ухвалює рішення у конкретній ситуації, оскільки ще немає судової практики.

Отже, можна констатувати той факт, що, застосовуючи до конкретної ситуації норми матеріального та процесуального права, судді

посилаються як на конкретні кримінальні процесуальні норми закону, так і на судову практику, яка, в свою чергу, є неформальним законом, який називається судовим прецедентом.

Зазначаючи про судовий прецедент як джерело кримінального процесуального права, потрібно вийти за традиційні рамками сприйняття норм нашої правової системи. Тим більше з впровадженням нової судової реформи та у зв'язку з міжнародними інтеграційними процесами в чинних нормах процесуального законодавства всюди є посилання на обов'язковість єдності судової практики. Тим самим у таких умовах свідчити про те, що закон є основним джерелом права, неможливо, оскільки впровадження нових норм у кримінальне процесуальне законодавство має досить продовжуваний характер, пов'язаний зі складною процедурою його ухвалення, а це значно впливає на оперативне регулювання суспільних відносини, які динамічно розвиваються. Тому судова гілка влади повинна взяти на себе функцію оперативного регулювання правотворчих норм, пов'язаних з їхньою відсутністю в чинному законодавстві, і це − функція судової правотворчості. Тим більше така функція вже давно закріплена в Конституції України, у якій зазначено, що кожен має право на судовий захист (статті 8, 55), і в жодному нормативному документі немає норми, яка б свідчила про те, що суд має право відмовити в правосудді з мотивів відсутності правового акта чи його неясності [212], і все це свідчить про те, що на законодавчому рівні необхідно закріпити функцію судової правотворчості.

Розглянувши думки правознавців про місце і роль рішень судів, які, на нашу думку, можуть претендувати на роль джерела права, можна зазначити в них багато протиріч, виправданням цьому може бути лише політика державних органів влади, яка проголошує єдиним джерелом права закон. Як приклад, можемо повернутися в історію колишнього СРСР. Незважаючи на те, що офіційно державою судовий прецедент не визнавався як джерело права, фактично судова практика, виражена в роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду СРСР і Пленуму Верховного Суду України, вважалася як джерело

права, оскільки в судових рішеннях допускалися посилання на них як на правову основу вирішення справи. Спочатку це відбувалося внаслідок їхнього авторитету і сформованої традиції, а потім – закону, коли зазначені роз'яснення стали обов'язковими для судів, інших органів і посадових осіб, які застосовують закон (ст. 3 Закону СРСР «Про Верховний Суд СРСР», ухвалений 30 листопада 1979 року, ст. 40 Закону Української РСР «Про судоустрій в Україні», ухвалений 5 червня 1981 року). Опублікована практика Верховного Суду СРСР і Верховного Суду України офіційно не могла розглядатися як джерело права, і посилання на неї в судових рішеннях були неприпустимі, оскільки на той час в нашій країні інститут судового прецеденту не визнавався. Однак вона фактично завжди враховувалася нижчестоящими судами як орієнтир у питаннях застосування і тлумачення права, усунення прогалин у ньому, застосування аналогії закону або аналогії права. Е. Мартинчик і Є. Колоколова зазначають, що, незважаючи на те, що «в радянській правозастосовній практиці існування судового прецеденту начисто відкидали, а в юридичній науці незмінно пов'язували із судовим свавіллям і руйнуванням соціалістичної законності, ...судовий прецедент і судова правотворчість існували, прикриваючи своє існування різними легальними формами» [90, с. 20]. З огляду на те, що в роз'ясненнях пленумів нерідко містилися тлумачення законів, усувалися наявні в них прогалини, протиріччя, Пленуми Верховних Судів, по суті, здійснювали судову правотворчість. Рішення вищих судових інстанцій у конкретних кримінальних провадженнях, опубліковані в юридичній періодиці того часу, дозволяли зацікавленим сторонам кримінального провадження домагатися винесення аналогічних рішень у схожих провадженнях. У зв'язку з цим вважається, що «в колишньому Радянському Союзі існували два види судової правотворчості: роз'яснення пленумів названих вище судів і рішення інших вищих судових інстанцій у конкретних справах» [202, с. 20].

Таким чином, фактичне застосування прецедентних норм юристами радянського періоду є важливою передумовою розуміння

значення судової практики в правотворенні суспільних відносин. Крім того, сильним поштовхом для визнання судового прецеденту як джерела права стала Конституція України, яка містить норму про поділ влади. Усі три гілки влади: законодавча, виконавча і судова – здійснюють управління суспільними відносинами за допомогою визначених законом засобами. У рамках поділу влади представницька влада займається законодавством, виконавча, − власне, управлінням, адмініструванням, судова влада – вирішенням спорів. У реальній дійсності поділ влади проявляється не в ізоляції однієї влади від іншої, а у взаємозв'язку і взаємозалежності. У процесі детального дослідження цього питання виявляється, що всі три гілки влади використовують один і той самий засіб управління – ухвалення обов'язкових норм для дотримання встановлених правил поведінки. Визнаючи в судовій системі самостійну гілку державної влади, тим самим визнаємо допустимість ухвалення судами правових норм, які закріплюються у судових прецедентах.

На сьогодні актуальним у дослідженні судового прецеденту як джерела кримінального процесуального права є цивілізаційний підхід, який «…дозволяє знаходити спільні підходи до розуміння судового прецеденту та організаційні засоби його реалізації в процесі взаємодії з іншими правовими системами» [205, с. 42].

Серед постанов Верховного Суду потрібно особливо виділити постанови, які доповнюють норми кримінального процесуального законодавства, тобто замінюють собою закони і за своїм змістом можуть виходити за межі їхнього тлумачення. При розгляді ухвали слідчого судді, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування, Велика Палата Верховного Суду у Постанові від 23 травня 2018 року, розглядаючи справу № 237/1459/17, погодилася з правовим висновком ВСУ (викладений у Постанові від 12 жовтня 2017 року № 5-142кс(15)17 і містить такий зміст: «У разі постановлення слідчим суддею ухвали, що не передбачена кримінальними процесуальними нормами, до яких відсилають положення частини третьої статті 309 КПК, суд апеляційної інстанції не має права від-

мовити у перевірці її законності, посилаючись на приписи частини четвертої статті 399 КПК. Право на апеляційне оскарження такого судового рішення підлягає забезпеченню на підставі пункту 17 частини першої статті 7 та частини першої статті 24 КПК, які його гарантують, з огляду на положення частини шостої статті 9 КПК, яка встановлює, що у випадках, коли положення КПК не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною першою статті 7 КПК»), зазначивши, що оскільки слідчий суддя ухвалив рішення, яке не передбачено КПК України, суду апеляційної інстанції під час вирішення питання про відкриття апеляційного провадження, що належало виходити з приписів ст. 9 КПК України, яка розкриває принцип законності кримінального провадження та в ч. 6 установлює, що коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 цього Кодексу. Однією з таких засад є забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності (п. 17 ч. 1 ст. 7 КПК України), а її зміст розкрито у ст. 24 КПК України, згідно з ч. 1 якої кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності, зокрема суду, слідчого судді, в порядку, передбаченому КПК України [210].

Вважаємо, що такі постанови мають абсолютно нормативний характер. Створення нових правових норм Верховним Судом не є порушенням закону, оскільки в жодному нормативному документі немає заборони на ухвалення таких рішень Верховним Судом. Це один з тих випадків, коли діє правило: «дозволено те, що прямо не заборонено законом». Тим більше що у разі виявлення прогалин у праві процедура ухвалення нормативного акта, що усуває такі прогалини, як уже зазначалося, вимагає досить тривалого часу на його ухвалення. У свою чергу, Верховному Суду залишається одне з двох: або залишити рішення з неврегульованих випадків на розсуд нижчестоящих судів, або виробити для них нормативну вказівку. У нашому випадку

Велика Палата Верховного Суду практично надала постанові Верховного Суду України прецедентний характер, оскільки прийняті нею керівні роз'яснення є обов'язковими для нижчестоящих судів. Подібні судові акти повинні бути визнані одним із способів подолання прогалин у праві. І закріпити судовий прецедент на законодавчому рівні.

Окрему групу постанов складають постанови Верховного Суду, які вносять в уже чинні додаткові відомості та поправки. До них, зокрема, належить Постанова ВСУ від 25.06.2015 у справі № 5-111кс15, яка містить висновок з приводу застосування статті 384 КПК України, у якому вказується: а) право на розгляд кримінального провадження судом присяжних є невід'ємною складовою права обвинуваченого на захист; б) порушення такого права свідчить про невиконання прокурором, судом вимог статті 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року, яка гарантує право кожного на розгляд його справи в порядку кримінального провадження судом, утвореним відповідно до закону, і є порушенням права на розгляд його справи судом, визначеним законом; в) прокурор під час досудового розслідування, але у будь-якому разі до моменту складання обвинувального акта, повинен роз'яснити обвинуваченому у вчиненні злочину, за який передбачено покарання у вигляді довічного позбавлення волі, можливість та особливості розгляду кримінального провадження стосовно нього судом присяжних. Письмове роз'яснення прокурора повинно бути додано до обвинувального акта і реєстру матеріалів досудового розслідування; г) суд під час підготовчого судового засідання повинен роз'яснити обвинуваченому у вчиненні злочину, за який передбачено покарання у вигляді довічного позбавлення волі, можливість та особливості розгляду кримінального провадження стосовно нього судом присяжних. Право на суд присяжних обвинуваченого у вчиненні злочину, за яке передбачено покарання у вигляді довічного позбавлення волі, повинно міститись у переліку прав обвинуваченого, які закріплені у письмовій пам'ятці про права та обов'язки; д) невиконання прокурором вимог статті 384 КПК України внаслідок вимог пункту третього

частини третьої статі 314 КПК України є підставою для повернення обвинувального акта прокуророві; е) невиконання судом під час підготовчого судового засідання вимог статті 384 КПК є безумовною підставою для скасування судових рішень вищими судами [209].

Колегія суддів ККС ВС не погодилася з цим правовим висновком та ухвалою від 5 червня 2018 року передала справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду на підставі того, що «обставини справи вимагають відступу від висновку про застосування норми права в подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду України − постанова від 25 червня 2015 року у справі № 5-111кс15».

Велика Палата ВС ухвалила постанову, де зазначила про відмінність ситуацій та ухвалила новий правовий висновок щодо застосування цієї норми права, у якому зазначила: «Роз'яснення судом обвинуваченому права на суд присяжних поза часовими межами підготовчого провадження, але до завершення судового розгляду, не завжди є безумовною підставою для скасування вироку.

Однак для залишення судових рішень у кожному конкретному випадку необхідні дані, які б з достатньою переконливістю свідчили про відсутність в особи перешкод у реалізації свого права на особливий порядок судового розгляду попри зазначений недолік. За наявності обґрунтованих підстав для висновку, що в результаті роз'яснення права на суд присяжних на стадії судового розгляду обвинувачений мав реальну можливість ефективно скористатися ним, суд касаційної інстанції має право не визнати відсутність роз'яснення такого права прокурором під час направлення обвинувального акта до суду і судом у підготовчому судовому засіданні не визнається безумовною підставою для скасування вироку. Вирішуючи це питання, суду належить виходити з того, чи забезпечили б фактично застосовані час і спосіб роз'яснення обвинуваченому права на суд присяжних можливість його реалізації.

Поставлені у касаційних скаргах питання, що належать до предмета перевірки касаційного суду згідно з частиною першою статті 438

КПК і спрямовані на покращення правового становища особи, яка піддається кримінальному переслідуванню, мають вирішуватися судом касаційної інстанції за сутністю, незалежно від того, чи ставили їхні сторони перед судами попередніх інстанцій [211].

Такі постанови містять нові тлумачення правової норми. Однак вони не можуть вважатися джерелами кримінального процесуального права, оскільки їх текст переноситься до постанови, яка змінюється або доповнюється.

Цей поділ постанов Верховного Суду на зазначені групи має умовний характер. Це обумовлено тим, що більшість постанов містять роз'яснення, які можна віднести одразу до декількох груп.

Правові норми, що регламентують розгляд у кримінальних провадженнях, повинні бути досить чітко визначені і носити гнучкий характер. Оскільки визначеність і гнучкість закону має основну умову, такі норми доцільніше застосовувати тільки під час оптимального поєднання нормативного та індивідуального регулювання, остільки вважаємо, що таке поєднання проявляється в оптимальному співвідношенні закону і суддівського розсуду, яке знаходить своє вираження у постановах Верховного Суду. Визнаємо, що постанови Верховного Суду не завжди повинні замінювати собою закони. Однак вважаємо, що в критичних ситуаціях це цілком допустимо. На сьогодні попри невизнання на офіційному рівні судового прецеденту як джерела кримінального процесуального права дані постанови фактично діють поряд з нормами закону або замість них, а часом і всупереч таким нормам.

Основне призначення роз'яснень, викладених у постановах Верховного Суду, полягає в тому, щоб зобов'язати суди вирішувати справи в чіткій відповідності з чинним законодавством, загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права і забезпечити однакове застосування закону на всій території України. Не випадково 76,5 % працівників, які здійснюють кримінальний процес, звертаються до них у своїй практичній діяльності.

Правила, встановлені керівними роз'ясненнями, обов'язкові для судів, інших органів, посадових осіб і розраховані на багаторазове

застосування. Погоджуємося з тими авторами, які зараховують постанови Верховного Суду до нормативно-правових актів з тієї причини, що вони мають нормативний характер, або вважають, що вони займають проміжне положення між нормативно-правовими актами та законами. Закони та нормативно-правові акти у сукупності представляють законодавство. Тому розміщення постанов Верховного Суду між ними означає, що вони стають елементом законодавства. Такий підхід суперечить правовій системі України. Однак це не повинно слугувати «каменем спотикання», оскільки навіть у рамках кримінального процесуального права це не єдиний випадок впровадження норм, типових для англосаксонської правової системи. Так, наприклад, існуюча в українському кримінальному процесі юридична презумпція неупередженості доказів, залежно від наявності першоджерела і його можливості перевірити його, не суперечить фундаментальному положенню правової системи України про те, що жоден доказ не має наперед встановленої сили (ст. 94 КПК України) і досить схожий з правилом англосаксонського типу про неприпустимість так званого оцінення доказу на слуху (hearsay). Таким чином, розглядати постанови Верховного Суду окремо від законодавчих актів неможливо, тому що в них дійсно містяться всі ознаки нормативно-правового акта.

2.3. Значення судового прецеденту для заповнення прогалин у кримінальному процесі України

Стабільність кримінального процесуального законодавства України є однією з важливих умов принципу законності. Разом з тим вона перебуває в постійному протиріччі з безперервно виникаючими новими потребами суспільства. Сфера правового регулювання не є чимось ідеальним. За своїм змістом це певне коло суспільних відносин, подій, фактів і обставин, які потребують правового опосередкування. Аналізуючи причини прогалин у кримінальному процесуальному праві України, можна дійти до висновку, що основним

чинником виникнення прогалин у кримінальному процесуальному законодавстві є те, що воно регламентує тільки апробовані об'єктивні обставини і досить рідко встигає за динамічним розвитком та змінами в таких обставинах. До того ж така регламентація може бути виписана значно добре, а може – і погано. Перш ніж сформуватися, кримінальні процесуальні норми проходять через волю і свідомість уповноважених на їх прийняття людей, які нерідко досить поверхнево, непрофесійно ставляться до виконання своїх обов'язків і відстають у своєму розвитку від потреб сьогодення. А це є однією з причин того, що такі потреби соціально-економічного характеру не можуть бути охоплені одразу і в усіх подробицях. Певні суспільні відносини в цілому або частині можуть залишатися деякий час поза чинними нормами права. Тим більше, що сфера соціального життя настільки різноманітна, що неможливо передбачити всі її прояви, всі життєві обставини, з якими необхідно пов'язати настання юридичних наслідків. Таким чином, вважаємо, що прогалини в кримінальному процесуальному праві були, є і будуть завжди, як би законодавець не старався ухвалювати необхідні закони, оскільки передбачити всі відносини, які потребують законодавчого регулювання, просто неможливо.

Особливу роль у цьому плані необхідно відводити правовим позиціям, викладених у постановах Верховного Суду, оскільки вони вважаються прикладами правильного розуміння норми права, забезпечують єдність судової практики щодо однакового застосування законів нижчестоящими судами під час ухвалення аналогічних рішень та надають важливі рекомендації у разі виникнення прогалин у кримінальному процесуальному законодавстві під час розгляду судових справ. Таку позицію підтримують Я. М. Романюк та І. В. Бейцун, які зазначають, що «…оскільки в умовах колізійності та прогалин у законодавстві ці судові акти виступають у багатьох випадках єдиними роз'ясненнями, якими керуються у своїй діяльності судді та інші учасники правовідносин» [236, с. 129].

Повнота законодавчого врегулювання суспільних відносин у кримінальному процесі слугує базою для послідовного здійснення

принципу законності. Якщо важливі елементи кримінальних процесуальних відносин не врегульовані нормами права або ці норми не впорядковані (розрізнені), неминуче створюються умови для ухвалення спонтанних рішень, від яких до свавілля залишається один крок. Крім того, однією з основних причин слідчо-судових помилок є неправильне з'ясування змісту кримінальної процесуальної норми права.

Вважаємо, що багато недоліків і помилок слідчо-судової практики можна попередити за допомогою використання судового прецеденту. Як аргумент, наведемо приклад. Ще до ухвалення КК України 2001 р. та КПК України 2012 р. у вітчизняній судовій практиці розглядалися кримінальні провадження, пов'язані з умисним заподіянням шкоди під час затримання особи злочинця. Однак у судовій практиці не існувало єдиної позиції про юридичну природу діяння, пов'язаного з кримінальним процесуальним затриманням. Причиною такого становища було те, що в Кримінальному процесуальному кодексі України та в Загальній частині КК України не передбачалося заподіяння шкоди у ході процесуального затримання особи, яка вчинила злочин, як обставини, що виключає злочинність діяння. Звідси і ніяких юридичних підстав для затримання злочинця в кримінальному процесуальному сенсі не було. Тут потрібно вказувати на прогалини в законі. Разом з тим Пленум Верховного Суду СРСР у своїй постанові від 16 серпня 1984 року № 14 «Про застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань» в пункті 3 роз'яснив законність такого затримання: «...дії громадян, які виконували громадський обов'язок щодо підтримання правопорядку і заподіяли шкоду особі у зв'язку з припиненням його суспільно небезпечного посягання і затриманням або доставленням посягаючого безпосередньо після посягання до відповідних органів влади, повинні розглядатися як вчинені в стані необхідної оборони» [224, с. 9]. Відомо, що кримінальне процесуальне затримання особи частково має спільні ознаки з необхідною обороною. Тому за заподіяння шкоди під час затримання особи, яка вчинила злочин, особу не можна було притягнути до кримінальної відповідальності, посилаючись на статтю 15 КК України 1960 року

(необхідна оборона). Виникає питання, чи суперечило це роз'яснення принципу законності? Цілком очевидно, що Верховний Суд застосував аналогію для усунення прогалини кримінального процесуального закону, і це рішення формально вступило в протиріччя з принципом законності. Але разом з тим вважаємо, що принцип законності в цьому випадку не був порушений, оскільки законність не обмежується тільки чітким вимогам «букві» кримінальної процесуальної норми, і її необхідно розуміти ширше, а саме як втілення в життя «букви» закону.

У зв'язку із зазначеним можна дійти висновку, що хоча Верховний Суд і вийшов за рамки своєї компетенції, але його правотворчість істотно змогла скорегувати «букву» закону там, де воля законодавця породила протиріччя власних правовстановлень. Застосування аналогії в кримінальному процесуальному законі допустимо, але вона повинна застосовуватися не для посилення примусів у кримінально-правових відносинах (наприклад, затримання будь-кого, будь-де без жодної правової підстави), а для її пом'якшення (наприклад, звільнення від відповідальності працівника правоохоронного органу, якщо його дії були суспільно корисними, хоча і не передбачені в кримінальному процесуальному законодавстві).

Досить вдалим з цього приводу є твердження О. О. Мартиненка у своїй роботі «Теоретичні засади судової правотворчості у концепції юридичного прагматизму». Він висвітив судову правотворчість як спосіб усунення прогалин законодавства шляхом конкретизації чинних норм права, формуванням альтернативних норм права, вказав ознаки судової правотворчості на прикладі діяльності Конституційного Суду України та загальних судів, довів важливість судової правотворчості для правосуддя та соціального регулювання [231].

Аналізуючи правові аспекти співвідношення принципу законності із судовим прецедентом, доходимо до висновку про те, що судовий прецедент істотно впливає на реалізацію принципу законності в кримінальному процесуальному праві, формуючи в особи, яка наділена повноваженнями ухвалювати рішення, відповідну правову і ціннісну орієнтацію щодо правильного застосування норм кримінального про-

цесуального права. Отже, інститути, які покликані усувати прогалини в кримінальному процесуальному праві шляхом запровадження судового прецеденту, є об'єктивно необхідними засобами, які забезпечують динамізм права, дії юридичних норм відповідно до змін, пов'язаних з прогресивним розвитком суспільних відносин та урахуванням багатоаспектності і багатогранності кримінальних процесуальних відносин.

В юридичній літературі уявлення юристів про сутність і природу прогалин у праві досить різноманітні. Настільки ж різноманітні і підстави класифікації прогалин за видами (класи, групи, різновиди). Питання про класифікацію прогалин у кримінальному процесуальному праві досить важливе не тільки для науки, але й для практики.

Прогалини в праві виникають через прогалини в слідчій і судовій практиці. Аналізуючи прогалини, можемо хронологувати їх таким чином: невідповідність конституційним нормам кримінального процесуального законодавства; протиріччям кримінальних процесуальних норм між собою; прогалини юридичних норм, виражених у законі, різноманіття фактичних даних; неправильне застосування вимог принципу верховенства права і закону фактичними даними юридичної практики; застосування закону, який не підлягає застосуванню, або незастосування закону, який підлягає застосуванню.

В. К. Забігайло писав: «Класифікація прогалин за видами, безумовно, важлива і необхідна ступінь у вивченні природи цього явища, причин виникнення прогалин, можливостей їх попередження і подолання. Позитивна розробка цього питання має важливе практичне значення для правотворчої і правозастосовної діяльності: вдосконалення законодавчого процесу, поліпшення законодавчої техніки, зміцнення законності в процесі застосування права тощо» [225, с. 50]

Спробуємо виділити основні класифікації прогалин у праві, запропоновані вченими, і застосувати їх до кримінального процесуального права.

В юридичній науці відсутня єдина точка зору щодо основних правових питань. Не є винятком з цього правила і питання про види і

підстави класифікації прогалин у кримінальному процесуальному праві України. Спробуємо розглянути різні класифікації прогалин, виділити їхні достоїнства і недоліки, а також запропонувати таку класифікацію, яка буде найбільш повно відображати специфіку кримінального процесуального права України.

Існують два підходи до поняття «прогалини в праві»: вузький і широкий. Необхідність їхнього розгляду обумовлена завданням дослідження видів прогалин і визначення їхніх класифікаційних ознак у кримінальному судочинстві України.

Прихильники вузького підходу виділяють уявні і реальні прогалини. Під уявними прогалинами розуміється така ситуація, коли певне питання, конкретна сфера суспільних відносин містяться за межами правового регулювання. А реальними називаються такі прогалини, яких практично не існує і вони створені штучно та надумано.

Німецький юрист Е. Цітельман пропонував називати реальні й уявні прогалини, відповідно, «справжніми» і «несправжніми». «Справжніми» прогалинами він вважав тільки ті випадки, коли закон не дає конкретної відповіді, яке рішення повинно бути винесено, у зв'язку з тим, що є кілька варіантів трактування норми права, на яку посилається відповідна інстанція. Таким чином, як «справжня прогалина», розглядається неповнота правового акта або прогалина у законі.

З цього приводу, на нашу думку, найвдалішим і найстислішим поняттям є таке визначення: «Прогалини у праві – це повна чи часткова відсутність у чинному законодавстві необхідних юридичних норм» [238]. Як правило, відсутність будь-якої норми в нормативному акті є і його неповнота, і неповнота права в цілому.

С. П. Погребняк у своїй роботі наголошував, що «…варто розрізняти прогалини в законодавстві і прогалини в праві. Якщо перші свідчать про відсутність законодавчої регламентації певних відносин, то другі – про відсутність регламентації не лише в законодавстві, а й у інших джерелах права (правових звичаях, судових прецедентах, нормативно-правових договорах та ін.). Проте, враховуючи сучасний стан системи джерел українського права та питому вагу в ній зако-

нодавства, можна зробити припущення, що в переважній більшості випадків виявлення прогалини в законодавстві означатиме одночасно констатацію й прогалини у праві [234, с. 45].

У зв'язку з ухваленням Кримінального процесуального кодексу України законодавцем було внесено зміни до 75 законів та нормативних правових актів [235]. Ці зміни передбачали можливість повної імплементації норм нового Кримінального процесуального кодексу України. Але у разі застосування його положень на практиці проявилися суттєві прогалини, що мають місце в новому КПК України.

Подальше нормативне врегулювання прогалин, які містилися в КПК України, не завжди призводило до бажаних результатів. 16 березня 2018 року набули чинності більшість змін, внесених до Кримінального процесуального кодексу України, які передбачені Законом України від 03.10.2017 № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» (далі − Закон № 2147-VIII). Ці нововведення змінили підсудність розгляду клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, розширили коло повноважень слідчих суддів у частині призначення експертиз і продовження строків досудового розслідування [227].

У ході аналізу та визначення сфер застосування змін, які вносилися до КПК України, було виявлено прогалини в контексті зворотної дії процесуального закону в часі.

У пункті 4 параграфа 2 «Прикінцевих положень» Закону № 2147-VIII передбачено, що «…зміни до КПК вводяться в дію через три місяці після набрання чинності цим Законом, не мають зворотної дії в часі та застосовуються до справ, про які відомості про кримінальне правопорушення внесені в Єдиний реєстр досудових розслідувань (далі − ЄРДР) після введення в дію цих змін» [227].

Ці положення є зрозумілими тільки щодо кримінальних правопорушень, внесених до ЄРДР після 15.03.2018. Що робити з кримінальними правопорушеннями, які були внесені до ЄРДР раніше, у законі

відповіді немає. Використовуючи логіку, можна припустити, що в цьому випадку необхідно керуватися положеннями КПК України у редакції до 16.03.2018.

Продовжуючи аналізувати цю проблему, звертаємо увагу на статтю 5 КПК України, у якій визначаються загальні положення дії кримінального процесуального закону в часі, і в ній чітко зазначено, що «…процесуальна дія проводиться, а процесуальне рішення приймається згідно з положеннями цього Кодексу, чинними на момент початку виконання такої дії або прийняття такого рішення. Допустимість доказів визначається положеннями цього Кодексу, які були чинними на момент їх отримання» [228].

Ця обставина свідчить про те, що норми, викладені в «Прикінцевих положень» Закону № 2147-VIII, які забороняють зворотну дію в часі ухвалених до КПК України змін, суперечать положенням статті 5 КПК України, які вказують на обов'язковість застосування чинного процесуального закону на момент початку виконання дії або ухвалення рішення, і не мають винятків з цього правила.

У ч. 2 ст. 1 КПК України зазначено, що «…кримінальне процесуальне законодавство України складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, цього Кодексу та інших законів України [228].

У ч. 3 ст. 9 КПК України (визначає принцип законності) вказано, що «…закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому Кодексу. При здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу» [228].

На нашу думку, пункт 4 параграфа 2 «Прикінцевих положень» Закону № 2147-VIII, як і в цілому Закон, не може вважатися частиною КПК України, його норми потрібно трактувати як положення закону, які стосуються кримінального провадження і які в будь-якому випадку не можуть суперечити нормам КПК України.

Про це зазначається і у ч. 6 ст. 9 КПК України, що «…у випадках неоднозначного або суперечливого регулювання питань кримінального провадження перевагу мають загальні засади кримінального провадження, серед яких, зокрема, засада законності і пріоритет положень КПК України перед іншими законами» [228].

Ця суперечливість та прогалина в Законі викликає дискусію щодо допустимості отриманих у рамках досудового розслідування доказів. Наприклад, чи може вважатися правомірним призначення і проведення експертизи після 15.03.2018, навіть якщо кримінальне правопорушення внесено в ЄРДР до цієї дати, але на підставі постанови слідчого, а не на підставі ухвали слідчого судді, як це передбачено чинним КПК України. Ті ж самі питання стосуються і продовження строків досудового розслідування та наявності права на оскарження повідомлення про підозру, які передбачені нормами КПК України в новій редакції.

Такі законодавчі прогалини «покладаються на плечі» судової гілки влади, яка шляхом проб та помилок повинна визначитись із правильним застосуванням закону та виробити однакову практику.

На нашу думку, таке систематичне вирішення недосконалості закону за допомогою правозастосування є нормальним у правовій державі і не шкодить інтересам осіб, які потребують невідкладного захисту. А тому з метою однакового застосування норм права і забезпечення правової визначеності необхідним є вдосконалення процесу судового прецеденту на практиці та запровадження його як джерела права у нашій правовій системі.

Прихильники вузького підходу виділяють прогалини «колізійні». Причиною їхнього виникнення є наявність «абсолютного протиріччя» в нормах одного нормативного акта або протиріччя в нормах різних нормативних актів. У результаті того, що і ті й інші норми є чинними, вони нівелюють одна одну, тим самим утворюючи прогалину в праві.

Під юридичною колізією вони розуміють розбіжності або протиріччя між окремими нормативно-правовими актами, що регулюють

одні й ті ж самі або суміжні правові відносини, а також протиріччя, що виникають у процесі виявлення правопорушень правоохоронними органами під час застосування своїх повноважень. Колізії породжуються як об'єктивними, так і суб'єктивними причинами, недосконалістю законодавства, довільним тлумаченням нормативно-правових актів, виходом за межі повноважень сторони обвинувачення.

Суб'єктивні причини включають у себе прогалини в праві, непродуктивну координацію нормотворчої діяльності, відсутність належної правової культури. Їх можна виокремити в чотири групи: між нормативними актами та окремими правовими нормами; під час правотворчості, коли одні і ті ж самі нормативні акти дублюються, мають протиріччя один з одним; під час правового застосування одних і тих самих приписів.

Остання група включає в себе відсутність повноважень і статусу державних органів, посадових осіб, які здійснюють кримінальну процесуальну діяльність.

Норми права неминуче набувають компромісний характер, непомітно входять у протиріччя з окремими чинними правовими нормами. Неминучі прогалини в праві породжують протиріччя тлумачень права.

Так, до колізійних прогалин КПК України можна віднести суперечності положень норм, зазначених у п. 8 ч. 1. статті 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», у якій зазначається, що адвокат має право «фіксувати процесуальні дії, в яких він бере участь» [226], а у ч. 4 ст. 46 КПК України вказується на те, що «захисник користується процесуальними правами підозрюваного» [228], який не наділений правом фіксації процесуальних дій, тим самим ці норми на практиці зумовлюють правову колізію.

Тобто захисник як сторона захисту, посилаючись на норму Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», має право вчиняти процесуальні дії для отримання фактичних даних і подавати їх як докази, а сторона обвинувачення та суд не визнає їх належними та допустимими, обґрунтовуючи це тим, що у нормах КПК України відсутні відповідні норми права та не існує механізму реалізації такого

права захисником. У цьому випадку позиція сторони обвинувачення та суду є законною, оскільки положення ст. 22 КПК України вказують на те, що «…сторони самостійно відстоюють свої правові позиції засобами, передбаченими в КПК України» [228].

Як бачимо, не визначивши в положеннях КПК України чітких прав захисника, законодавець тим самим фактично унеможливлює визнання належними та допустимими докази, що були отримані ним під час правозастосування Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Отже, чинний КПК України хоча і за своєю сутністю прогресивно закріпив засаду змагальності, однак у частині досліджуваного питання вона все одно частково є декларативною, оскільки процесуальний статус захисника стосовно чіткого закріплення його прав недостатньо визначений та врегульований. А це, в свою чергу, негативно позначається на процесуальному механізмі реалізації прав захисника та, зокрема, ефективності здійснення функції захисту, що спонукає до напрацювання можливих шляхів усунення цієї законодавчої прогалини.

Прикладом колізії є положення, викладені в ст. 3 та ст. 41 КПК України. Зміст статті 41 КПК України визначає, що оперативні підрозділи є стороною обвинувачення. Однак ст. 3 КПК України не містить у переліку сторони обвинувачення такого поняття, як оперативні підрозділи. Хоча, згідно із стст. 40 та 41 КПК України, слідчий органу досудового розслідування, який є стороною обвинувачення, дає доручення, вказівки оперативним підрозділам для проведення оперативно-розшукових дій щодо встановлення винної особи у скоєнні злочину і під час виконання такого доручення оперативний співробітник користується повноваженнями слідчого.

З цього приводу С. Слинько зазначає, що «оперативні підрозділи втратили свій сенс як сторона обвинувачення. Вони є придатком слідчого, не мають у кримінальному процесі свого статусу, а керуються лише Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність». Причому до початку реєстрації заяви про скоєний кримінальному правопорушенні в Єдиному реєстрі досудового розслідування оперативні

підрозділи вживають заходів щодо фіксації кримінального правопорушення, проводять оперативні заходи, контролюють об'єкт кримінального злочину» [237, с. 88].

Категорично не погоджуємося з цим твердженням, оскільки після внесення відомостей до ЄРДР стосовно особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, оперативні підрозділи мають право: на розшук особи, яка втекла від органу досудового розслідування; на розшук невстановлених осіб; на розшук особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Тобто оперативні підрозділи є повноправною стороною обвинувачення.

У цьому випадку необхідно привести у відповідність ст. 3 КПК України зі ст. 41 КПК України і визначити, що оперативні підрозділи є стороною обвинувачення в кримінальному процесі.

Крім того, зазначаючи про прогалини, необхідно виділити, на нашу думку, найбільш значущу колізію в КПК України, якою є невизначене становище слідчого, який практично втратив процесуальну незалежність. Чинний КПК України в ст. 40 не передбачив його процесуальних повноважень. Відповідно до ст. 38 КПК України слідчий під час проведення процесуальних дій практично повністю залежить від прокурора, який здійснює процесуальний контроль, нагляд і найважливіше керівництво процесуальною діяльністю слідчого. Питання кваліфікації, достатності обвинувачення, процесуального рішення про направлення матеріалів кримінального провадження до суду, закриття провадження за реабілітуючими обставинами вирішує не слідчий, а прокурор, який дає вказівки про провадження певної слідчої дії. Крім того, слідчий залежний у своїй роботі і від адвоката, який має право заявляти клопотаннями про вчинення або скасування слідчої чи будь-якої іншої процесуальної дії. Такі клопотання можуть бути безпідставними, проте слідчий повинен реагувати на них, а це потребує додаткових зусиль та часу. Також слідчий залежний у своїй роботі від оперативних підрозділів, які виконують вказівки слідчого про проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Отримавши матеріали, що містять оперативно-розшукові дані, слідчий може про-

довжувати досудове розслідування кримінального провадження та фіксувати такі дані в процесуальних документах, але у разі відсутності такої інформації (у зв'язку з халатним ставленням до роботи оперативного працівника) слідчий не має можливості процесуально зобов'язати оперативних працівників на належне виконання останніми своїх обов'язків і досудове розслідування кримінального провадження може зайти в глухий кут.

Підсумовуючи зазначене, напрошується запитання: «Яким способом можна усунути колізії в кримінальному процесуальному законодавстві?» Вважаємо найбільш прийнятними такі способи: ухвалення нового процесуального нормативного акта; скасування старого процесуального нормативного акта; внесення змін до чинних процесуальних нормативних актів; систематизація законодавства в цілому; діяльність судів (насамперед застосування прецеденту як джерела права), що дозволить динамічно усувати прогалини під час розгляду кримінальних проваджень; тлумачення процесуального нормативного акта Конституційним Судом України.

Прихильники вузького розуміння також виділяють законодавчі (тобто такі, які доцільно врегулювати новим законом) і технічні (які передбачають, що певна ситуація в цілому врегульована нормами права, але суду надано не всі необхідні роз'яснення, як саме потрібно її вирішити) прогалини. Тобто йдеться про те, що прогалини, які можливо усунути в законодавчому порядку, відмінні від прогалин, які можуть бути усунені судом за аналогією чи прецедентом. Йдеться про таке поняття, як «технічна прогалина». Під технічною прогалиною потрібно розуміти недоліки нормативно-правових актів, пов'язаних з недосконалістю законодавчої техніки [225]. Такі недоліки законодавчої техніки кримінального процесуального права України породжують двозначність, проблемність та інші недосконалості права.

Щодо розширеного розуміння прогалин у законі, В. В. Лазарєв виділяє такі критерії, які можуть бути використані для поділу прогалин за видами: а) зміст і структура правового матеріалу; б) причини і

час виникнення; в) ставлення законодавця до прогалин і його вина в їхній появі; г) способи встановлення; д) засоби усунення [229].

Поряд з цим В. В. Лазарєв вважає, що найбільш прийнятним і простим з точки зору подальшого усунення прогалин є їх поділ на види за такими ознаками: 1) за структурою права – залежно від форм його вираження можна свідчити про прогалини в законі, рішенні, постанові тощо; 2) за галузями права; 3) за часом їхнього виникнення [229].

Проаналізувавши ці підходи, на нашу думку, можна виділити такі види прогалини в кримінальному процесі України: виходячи зі структури норми права – прогалина в гіпотезі, прогалина в диспозиції і прогалина в санкції; за джерелами права – прогалина в позитивному праві (коли немає жодного джерела права: ні закону, ні підзаконного акта, ні звичаю, ні прецеденту, в яких була б присутня норма права, за допомогою якої необхідно вирішувати конкретну життєву ситуацію, що вимагає правового регулювання), прогалина в нормативних актах (відсутність норм права в законах і підзаконних актах), прогалина в законі (відсутність норм права в цьому законі); за ступенем неврегульованості прогалина існує у вигляді – повної відсутності норм з регулювання конкретної життєвої ситуації та недостатнього регулювання наявними нормами; за часом виникнення – є початкові (первинні), виникають у момент ухвалення нормативних актів, та наступні (вторинні), виникають після їхнього ухвалення в процесі розвитку суспільних відносин; за ступенем вини законодавця прогалини можуть бути – непробачаючі (якщо необхідність у правовому регулюванні існувала в момент підготовки і проходження законопроекту, а законодавець з будь-якої причини її не помітив) та пробачаючі (законодавець не міг з якихось причин побачити і передбачити потребу в правовому регулюванні).

Під час дослідження судового прецеденту як способу подолання прогалин у кримінальному процесуальному праві не можна обійти таке поняття, як аналогія права.

Аналогія закону і права − одна з найстаріших правових категорій. Так, наприклад, ще в Дигестах Юстиніана було записано: «... якщо

ми не маємо писаних законів для будь-яких справ, то потрібно дотримуватися встановлених звичаєм правил; а якщо і цього немає для будь-якої справи, то (варто дотримуватися) найбільш близького і що з нього випливає (правила)» [232, с. 168].

Сучасний законодавець передбачив можливість використання аналогії в ряді матеріальних і процесуальних галузей права. Водночас існують галузі права (наприклад, кримінальне процесуальне), в яких нормативне закріплення аналогії відсутнє, так само, як і немає прямої заборони на її застосування. Відсутність вираженої позиції законодавця з цього питання призводить до активних дискусій у науковому співтоваристві і неоднозначного ставлення до застосування аналогії на практиці.

Важливим моментом виходу із тупикової ситуації є метод правового регулювання. Суддя, колегіальний суд під час застосування закону зустрічається з прогалинами в законодавстві, тобто з повною або частковою відсутністю в чинних законах необхідних юридичних норм. У цьому випадку в праві застосовується аналогія закону. Це рішення окремого юридичного питання на основі загальних засад і законодавства. Аналогія в усіх випадках допустима лише тоді, коли це питання чітко не врегульоване в законі і законодавець не пов'язує настання юридичних наслідків тільки з конкретним законом, а відповідне питання міститься у сфері права і вимагає юридичного рішення. Використовувати аналогію можуть тільки органи правосуддя з дотриманням усіх процесуальних норм і процесуальних гарантій.

У чинному КПК України в ч. 6 ст. 9 є посилання на те, що якщо положення КПК не регулюють питання кримінального провадження, то потрібно застосовувати загальні засади кримінального провадження, які визначені у ч. 1 ст. 7 КПК України. Проаналізувавши положення цих статей, можна зробити висновки: на законодавчому рівні дозволено у разі виявлення прогалин у КПК України застосовувати аналогію права, а не закону; не встановлене коло суб'єктів, які мають право застосовувати аналогію у кримінальному провадженні, тим самим будь-яка сторона кримінального процесу наділена таким правом.

Прикладом поєднання використання аналогії в кримінальному процесі України та судового прецеденту може бути ситуація, яка склалася з проведенням податкових перевірок у межах кримінального провадження.

Під час ухвалення нового КПК України 2012 року законодавець передбачив право прокурора призначати ревізії та перевірки у порядку, визначеному законом (п. 6 ч. 1 ст. 36 КПК в редакції 2012 року). Але після ухвалення Закону України від 14 жовтня 2014 року «Про прокуратуру» цей пункт КПК України був виключений і проведення перевірок у межах кримінального провадження стало практично неможливим.

Єдиним документом, який регламентував порядок призначення ревізій та перевірок, став Податковий кодекс України. Статтею 78.3 Податкового кодексу України передбачено, що «працівникам податкової міліції забороняється брати участь у проведенні планових та позапланових виїзних перевірок платників податків, що проводяться контролюючими органами, якщо такі перевірки не пов'язані з веденням оперативно-розшукових справ або здійсненням кримінального провадження стосовно таких платників податків (посадових осіб платників податків), що знаходяться в їх провадженні. Перевірки платників податків податковою міліцією проводяться у межах повноважень, визначених законом, та в порядку, передбаченому Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», Кримінальним процесуальним кодексом України та іншими законами України» [233].

Статтею 78.1.11 ПК України передбачено, що така перевірка можлива, коли «отримано судове рішення суду (слідчого судді) про призначення перевірки, винесену ними відповідно до закону» [233].

Упродовж п'яти років з 2012 до 2017 років податкова міліція використовувала аналогію закону під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження та слідчих (розшукових) дій, які потребували дозволу слідчого судді, та зверталися з клопотаннями про проведення перевірок, погодженими з прокурором, до слідчих суддів, які за тією ж аналогією розглядали ці клопотання й ухвалюва-

ли рішення. Дослідженням, яке провели журналісти інтернет-видання KMP.UA, було встановлено, що «тільки за два місяця з 1 серпня до 30 вересня 2016 року в Україні було постановлено слідчими суддями 98 ухвал про проведення податкових перевірок» [233].

Але 11 квітня 2017 року Апеляційний суд м. Київ скасував ухвалу слідчого судді Печерського районного суду від 28 лютого 2017 року про проведення позапланової податкової перевірки громадянина А. В. Журжія [239].

Це прецедентне рішення стало основою для оскарження таких перевірок правоохоронними органами. У своїй ухвалі апеляційний суд мотивував свою позицію двома видами прогалин: 1) оскарження ухвал слідчого судді, які, згідно зі ст. 309 КПК України, не підлягають оскарженню (посилаючись на ряд рішень ЄСПЛ, пункт 25 Рішення у справі «Делкур проти Бельгії» від 17 січня 1970 року та пункт 65 Рішення у справі «Гофман проти Німеччини» від 11 жовтня 2001 року, суд зазначив, що, згідно з практикою Європейського суду з прав людини, у статті 6 Конвенції, якою передбачено право на справедливий суд, не встановлено вимоги до держав засновувати апеляційні або касаційні суди. Там, де такі суди існують, гарантії, що містяться у вказаній статті, повинні відповідати також і забезпеченню ефективного доступу до цих судів. Позбавлення за цих обставин права на апеляційне оскарження ухвали слідчого судді було б порушенням принципів рівності всіх перед законом і судом та доступу до правосуддя.); 2) відсутність процедури отримання згоди слідчого судді на проведення податкових перевірок (посилаючись на ст. 19 Конституції України, згідно з якою органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, зазначив, що КПК України не передбачає права слідчого, прокурора на звернення до слідчого судді з клопотанням про призначення (проведення) податкової перевірки, більше того, в КПК України відсутня процесуальна процедура розгляду такого виду клопотань. Водночас, відповідно до правової

позиції, викладеної в Рішенні ЄСПЛ «Михайлюк та Петров проти України» від 10 грудня 2009 р. (п. 25 Рішення), зазначається, що вираз «згідно із законом» насамперед вимагає, щоб оскаржуване втручання мало певну підставу в національному законодавстві, він також стосується якості відповідного законодавства і потребує, щоб воно було доступне відповідній особі, яка, крім того, повинна передбачати його наслідки для себе, а також це законодавство повинно відповідати принципу верховенства права. Те ж саме стосується і положення ч. 2 ст. 93 КПК України, адже ця норма передбачає, що сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК і не містить окремого права прокурора, слідчого звертатися до слідчого судді з цими клопотаннями) [239].

З цих висновків Апеляційного суду м. Київ можна констатувати той факт, що у першому випадку судом відбулося застосування аналогії права, а в іншому судом визначено недопустимість застосування аналогії для призначення ревізій та перевірок.

Крім того, суд вийшов за межі чинного КПК України, взявши до розгляду скаргу, на ухвалу яка не оскаржується в апеляційному порядку, та ухвалив рішення, яке і є підтвердженням застосування судового прецеденту як джерела права в Україні.

Аналогічна позиція була висловлена й у постанові Верховного Суду України від 12 жовтня 2017 року № 5-142кс(15)17, де було зазначено, що «у разі постановлення слідчим суддею ухвали, що не передбачена кримінальними процесуальними нормами, до яких відсилають положення частини третьої статті 309 КПК України, суд апеляційної інстанції не має права відмовити у перевірці її законності, посилаючись на приписи частини четвертої статті 399 КПК України. Право на апеляційне оскарження такого судового рішення підлягає забезпеченню на підставі пункту 17 частини першої ст. 7 та частини першої

статті 24 КПК України, які його гарантують, з огляду на положення частини шостої статті 9 КПК України, яка встановлює, що у випадках, коли положення КПК не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною 1 статті 7 КПК України» [230].

З аналізу наведеної ситуації виникає питання: чи можуть інші сторони в кримінальному процесі, крім суду, застосовувати аналогію закону? Чи правомірні дії практичних працівників органів досудового слідства, які застосовують у подібних ситуаціях аналогію закону?

На нашу думку, в окремих випадках застосовувати аналогію закону може не тільки суд, але і, наприклад, прокурор, слідчий та інші учасники кримінального процесу. Аналогія закону − це спосіб швидкого реагування на недоліки чинного законодавства, і якщо віддати прерогативу застосування цього механізму тільки суду, то на досудових стадіях можуть виникнути ситуації, коли від ненаділення відповідних суб'єктів кримінальних процесуальних відносин повноваженнями застосування цього інституту буде втрачена динамічність самого процесу в ухваленні відповідних рішень.

У процесі правозастосування необхідно враховувати, що аналогія закону і права є виняткові засоби подолання прогалин у праві, що вимагають дотримання ряду умов для правильного їхнього застосування. У кримінальному процесуальному праві і в інших процесуальних галузях більшою мірою має бути приділено увагу усуненню прогалин у процесі правозастосування. Йдеться саме про способи усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві в процесі правозастосування, а не нормотворчості, оскільки одна з характерних рис процесуальних галузей права – динамічність. Зважаючи на це, і суб'єкти кримінальних процесуальних відносин, і перш за все суд повинні реагувати на усунення порожнеч у чинному законодавстві досить оперативно, не затягуючи процес застосування норм права. Іншими словами, кримінальне процесуальне право деякою мірою має бути саморегулюючою системою, здатною до подолання прогалин

у праві за рахунок своїх внутрішніх механізмів, які в ряді випадків давали б можливість нівелювати прорахунки законодавця і вирішити справу за сутністю. Таким чином, право як матеріальне, так і процесуальне стає до певної міри прецедентним.

Таким чином, за принципом методу правового регулювання і виходячи із сутності процесуальних відносин, кримінальне процесуальне право може допускати інститут аналогії. Значення принципів судочинства, як зазначає В. Т. Маляренко, вбачається не тільки в тому, що кожне рішення, ухвалене з порушенням їх вимог, підлягає скасуванню, а й у тому, що вони вносять впорядкованість у випадках застосування права за аналогією, а також сприяють правильному розумінню інших правових норм [230].

Підсумовуючи наведене, потрібно зазначити, що реалізація принципів права шляхом використання аналогії сприяє розвитку правової системи, оскільки саме в принципах, як правило, закладений значний аксеологічний потенціал, у тому числі і гуманістичний потенціал, а для кримінального процесу це має особливе значення. Аналогія права дає можливість прямого втілення принципів у життя, але щоб принципи успішно працювали, необхідно їхнє системне закріплення, яке пов'язане з визначенням мети правового розвитку, в нашому випадку – кримінального процесуального. Застосування аналогії права передбачає більш широкі можливості використання суб'єктами правозастосування правових норм і, як наслідок, відсутністю до них санкцій у разі розбіжності позиції органів розслідування, прокурора і суду під час подолання прогалин. Це допоможе уникнути формального застосування закону, яке часом суперечить здоровому глузду і спотворює саму сутність правосуддя.

Як видно з проведеного аналізу, у судовій практиці зустрічаються випадки, коли для ухвалення рішення у ході застосування норм кримінального процесуального законодавства певне значення має судовий прецеденти щодо застосування норми іншої статті кримінального процесуального закону і навіть іншої галузі права.

Розглядаючи процес конкретизації судовим прецедентом кримінального процесуального законодавства, деякі автори обґрунтовано ставлять запитання: чи є цей процес одним із способів створення нової норми права? На конкретних прикладах судової практики нами доводиться, що в судовій практиці існують численні приклади правоположень, в яких формулюються нові кримінальні процесуальні правові норми.

Разом з тим варто відрізняти від нормотворчої діяльності судового прецеденту розширене тлумачення, яке надає кримінальному процесуальному закону більш широкий зміст і дозволяє застосовувати його до більш широкого кола випадків, ніж це буквально сформульовано в самому його тексті.

Стабільність кримінального процесуального законодавства є одним з важливих умов принципу законності. Разом з тим постійний розвиток кримінальних процесуальних правових відносин викликає часто потребу в додатковому нормативному регулюванні, тобто виникають прогалини кримінального процесуального права. Прогалини є одним з негативних явищ у кримінальному процесуальному праві, навіть якщо вони і виникли з об'єктивною неминучістю. Це різновид недосконалостей правової системи. Тому встановлення прогалини завжди ставить правозастосовні органи перед необхідністю якнайшвидшого його заповнення – усунення тим самим виявлених недоліків. Доки прогалину не усунено правозастосовним органом, виникає необхідність його подолання в процесі правозастосовної діяльності.

На нашу думку, зазначене не порушує принцип законності в кримінальному процесуальному праві, оскільки законність не обмежується тільки чіткою прихильністю «букві» кримінальної процесуальної правової норми, законність потрібно розуміти ширше, як втілення в життя «букви» закону. Законність є не що інше, як реалізація права – право вимог, що виражають його всезагальність.

Вважаємо, що застосування аналогії в кримінальному процесуальному законі допустимо, але вона повинна застосовуватися не для посилення репресії у кримінальних процесуальних правових

відносинах (наприклад, створення нових видів обмежень прав, підстав для затримання тощо), а для їхнього пом'якшення. У тих випадках, коли застосування за аналогією КПК України погіршує становище сторони захисту, Верховний Суд не має права виходити за норми правової норми, а повинен мати право законодавчої ініціативи для внесення змін до кримінального процесуального законодавства.

Розглядаючи роль судового прецеденту в процесі вдосконалення кримінального процесуального законодавства, підкреслюємо те, що ефективність правового регулювання залежить від зведення до мінімуму правових колізій. Завдання судового прецеденту в цьому випадку саме і полягає в тому, щоб забезпечити їх подолання до того моменту, коли законодавець сам зможе звернути увагу на нього й усунути шляхом внесення відповідних змін до кримінального процесуального законодавства.

Таким чином, виконуючи свої обов'язки, ґрунтуючись на викладених вище обставинах, заповнюючи прогалини й усуваючи протиріччя в законодавстві, суди нині часто змушені створювати (творити) право, інакше їхня діяльність стане не просто неефективною, а призведе до результатів, протилежних тим, які від нього вправі очікувати суспільству: він буде не захищати права, а сприяти їх порушенню.

2.4. Преюдиціальність як взаємозв'язок із судовим прецедентом у кримінальному процесі України

Одна з перших згадок про преюдицію міститься у фрагменті таблиці, яка була джерелом римського права. Також у ранніх джерелах, де згадується це поняття, є праці Цицерона, Цезаря, Сенеки, Павла і Ульпіана. Найбільш повне значення, яке римські громадяни надавали преюдиції, розкрито в Інституціях Гая і в Зводах римського права [240, с. 191].

Преюдиція в Римі не мала абсолютний, незаперечний характер. Відповідач під час провадження у другорядному неосновному питан-

ні міг заперечувати проти застосування преюдиції у випадку, якщо це могло зашкодити йому у ході розгляду справи з основного спору. Наприклад, у випадку розгляду кримінального провадження, де за злочин була передбачена смертна кара, завжди передував розгляд спору з приводу майнових прав.

Ця норма містилася в Кодексі Юстиніана [241] і свідчила, що «рішення, ухвалене щодо спору в обох випадках, нікому не повинно завдавати шкоди».

В Україні преюдиція як правовий феномен історично впроваджена, має незаперечний характер, встановлює фактичні обставини, хоча до цього часу в теорії не припиняються суперечки про час і етапи її формування.

Відсутність чіткого визначення преюдиції й закріплення її меж у законодавстві створює суперечливу ситуацію на практиці, коли суддя може застосувати винесене раніше рішення суду, а може визнати його таким, що не має преюдиціальної сили тільки на основі своєї суб'єктивної думки.

Важливим кроком у процесі інтеграції нашої країни в світову спільноту та міжнародні стандарти стало створення і введення в дію Єдиного державного реєстру судових рішень, який є доступним для використання й ознайомлення. Використання Реєстру дає можливість аналізувати й узагальнювати судову практику за галузями й інститутами права, сприяє поліпшенню принципу єдності судової практики, практично унеможливлює ухвалення відмінних рішень в аналогічних справах.

Правові преюдиції необхідно відмежовувати від правових понять, які мають деякі загальні з ними ознаки: презумпцій, гіпотез, фікцій і прецедентів. Вивчення преюдицій та порівняння їх з іншими подібними поняттями дозволяє нам глибше усвідомити їхні особливості, а також можливості використання цих явищ у правовому регулюванні.

Подібність преюдиції та прецеденту полягає в тому, що вони є особливими правилами вирішення певних питань на основі попередніх висновків суду, які «йдуть попереду» майбутніх рішень і мають вплив

під час їхнього ухвалення. Таким чином, преюдиція і прецедент – це такі попередні рішення, які мають невідворотній результат під час ухвалення аналогічного рішення.

Оскільки преюдиція і прецедент виступають правилами використання вже існуючих рішень для обґрунтування подальших висновків у справі, в їх основі полягає причинно-наслідковий зв'язок, який виступає їхньою основною загальною ознакою.

Якщо преюдиція реалізується тільки у сфері доказування, то прецедент реалізується в більш широкій сфері юридичної діяльності: слідчої, адміністративної та судової практики; правотворчості; тлумаченні норм права. У разі виникнення будь-якого нового провадження, схожого на попереднє, його потрібно вирішувати у схожій манері з використанням правила «застосування прецеденту». Об'єктивні межі прецеденту обмежуються лише типовістю ситуації, яка обумовлює його застосування. Прецедент – правило використання досвіду попередньої правової аргументації, а не конкретних фактів.

На відміну від прецеденту преюдиція є приватним правилом доведення. Вона дозволяє використовувати лише певні факти з конкретної юридичної справи щодо недоведених обставин іншої юридичної справи. Таким чином, преюдиція встановлює юридично значимий зв'язок між фактами й обставинами різних юридичних питань, а прецедент – зв'язок досвіду, отриманого в результаті ухвалення рішення у кримінальному провадженні та необхідністю ухвалення рішення з аналогічних питань у майбутньому. Прецедент ґрунтується не на достовірності (як преюдиція) або ймовірності (як презумпція) фактів, а на правильності рішення попереднього питання й авторитетності органу, який його ухвалив.

В юридичній науці існує ряд підходів до розуміння поняття «преюдиція». Так, преюдиція розглядається як встановлене процесуальним законом правило (нетиповий нормативний припис) звільнення від доказування обставин, встановлених рішенням суду під час розгляду інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини [245]; як засіб судової аргументації –

правило, що звільняє від доказування обставин, які були встановлені рішенням іншого суду, що набрало законної сили, які визнаються обов'язковими і не вимагають повторної перевірки. Якщо судом було встановлено певні обставини, зафіксовані в рішенні, то вони визнаються преюдиціальними, такими, які не доводяться під час розгляду інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини [244]; як доказове правило, яке встановлює підстави і порядок використання в процесі доказування слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом фактів та правових висновків, які встановлюють і мають юридичну силу у кримінальних, цивільних, господарських або адміністративних справах, які вже вирішені за сутністю, і такі, які не потребують повторного доведення [248].

Однак загальноприйнятою є класична точка зору, згідно з якою преюдиция – це виняток заперечення щодо юридичної вірогідності одного разу доведеного факту. Якщо суд або інший юрисдикційний орган уже встановив певні факти (після їх перевірки й оцінки) і закріпив це у відповідному документі, то вони визнаються преюдиціальним – такими, що під час нового розгляу справи вважаються встановленими, істинними, що не потребують нового доказування [249, с. 394].

У статті 90 КПК України чітко зазначається, що «у питаннях допустимості доказів рішення національного суду або міжнародної судової установи, яке набрало законної сили і ним встановлено порушення прав людини й основоположних свобод, гарантованих Конституцією України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, має преюдиціальне значення для суду, який вирішує питання про допустимість доказів» [242].

З положень цієї статті випливає, те що преюдиціальність може застосовуватися судами тільки у тих провадженнях, де грубо порушуються основні права людини. Для всіх інших випадків керуючими є положення статті 94 КПК України, в якій зазначається, що «слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні

всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення» [242] і статті 372 КПК України щодо рішення «встановлених судом обставин із посиланням на докази, а також мотивів неврахування окремих доказів» [242].

На нашу думку, такі визначення в КПК України не відповідають повній «букві» закону і потребують удосконалення, оскільки можуть трактуватися по-різному суддями, які ухвалюють рішення щодо справи, у якій уже проводилися дослідження аналогічних фактичних даних (цивільному, господарському або адміністративному). А як відомо, два різні рішення за аналогічними питаннями завжди призводять до свавілля. Таким чином, у КПК України необхідно обов'язково зазначити, що преюдиційні судові рішення є доказом у кримінальному провадженні і можуть бути спростовані тільки у випадку встановлення обставин, підтверджуючих фальшування доказів, які подавалися у справі, рішення якої набрало законної сили. Таким чином, не буде порушений принцип, зазначений у статті 94 КПК України, що «жоден доказ не має наперед установленої сили» [242].

Як приклад, можемо констатувати факт, що непоодинокими є судові вироки, в яких, крім обвинуваченого, фігурують інші особи. І хоча вони таким вироком не засуджені, однак констатується їхня співучасть у скоєнні інкримінованого злочину. Отже, обвинувальним вироком щодо однієї особи, по суті, створюється преюдиція, якій всупереч презумпції невинуватості встановлюється факт вчинення злочину іншою особою. Саме так вийшло з вироком щодо екс-начальника відділу нагляду за додержанням законів під час виконання судових рішень у кримінальних справах прокуратури Київської області, де, по суті, констатується факт ухвалення неправосудного рішення головою Бориспільського міськрайонного суду Київської області, провадження відносно якого виділене в окреме провадження, у зв'язку з чим він не мав права оскаржувати рішення судів, які встановлювали його вину

і ставали приюдиційними для тих рішень, які повинні були досліджуватися у ході розслідування кримінального провадження, яке було виділене з матеріалів справи в окреме провадження.

Верховний Суд України у своїй постанові № 5-347кс15 від 03.03.2016 дійшов до висновку, що створення подібної преюдиції суперечить положенням кримінального процесуального закону про гарантії доступу до правосуддя. Зокрема, ВСУ наголосив на існуванні неоднакової практики, коли в одному випадку касаційний суд визнає за «іншою особою» право на перегляд вироку, який стосується його прав, свобод чи інтересів, судом вищого рівня, хоча така особа і не брала участі в судовому розгляді, а в іншому – не визнає.

Сутність питання полягала в такому: «Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України, розглянувши у відкритому засіданні справу за заявою Особа 1 про перегляд судового рішення колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24.07.2015 за Особа 2, встановила таке.

Вироком Печерського районного суду Києва від 04.03.2015 Особа 2 на підставі угоди з прокурором засуджено за сукупністю злочинів, передбачених Кримінальним кодексом України, за ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 375, ч. 1 ст. 366, ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 366, ч. 1 ст. 361 на 5 років позбавлення волі з позбавленням права займати посади на державній службі на термін 2 роки. На підставі ст. 75 КК України Особа 2 звільнено від відбування основного покарання з випробувальним терміном 2 роки і, відповідно до ст. 76 КК України, на нього покладено обов'язок повідомляти кримінально-виконавчі інспекції про зміну місця проживання і роботи.

Особа 2 визнано винним у тому, що, працюючи в прокуратурі Київської області на посаді начальника відділу нагляду за додержанням законів, під час виконання судових рішень у кримінальних справах, а також під час застосування інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, за попередньою змовою з іншими особами сприяло судді місцевого суду

(матеріали щодо якої виділені в окреме провадження) в постанові завідомо неправосудного рішення за Особа 3, засудженому за ряд злочинів, у т. ч. тяжких, на 10 років позбавлення волі, покарання за які він відбував з 14.04.2012 у Бориспільській виправній колонії № 119 управління ДПтС в Києві та Київській області.

Як зазначено у вироку, в І половині 2014 р., але не пізніше 02.06.2014 суддя Бориспільського міськрайонного суду Київської області та перший заступник прокурора Київської області, матеріали справи відносно яких виділені в окреме провадження, за невстановлених слідством обставин вступили у попередню змову з метою досягнення загального злочинного результату – незаконного звільнення засудженого Особа 3 від подальшого відбування покарання у вигляді позбавлення волі шляхом винесення завідомо неправосудного рішення суду і забезпечення набрання ним законної сили в результаті невнесення прокурором апеляційної скарги.

Далі у вироку перераховані дії судді Бориспільського міськрайонного суду, які він зробив «з метою виконання узгодженого плану вчинення злочину». Зокрема, зазначено, що «продовжуючи реалізацію спільного злочинного умислу, спрямованого на настання тяжких наслідків від винесення завідомо неправосудного рішення Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 03.06.2014, Особа 2 за вказівкою Особи 1, матеріали справи щодо якої виділені в окреме провадження, знаючи, що рішення судді є несправедливим, навмисне не внесло апеляційну скаргу на вказане судове рішення, а після того, як незаконне звільнення Особа 3 уже 11.06.2014 викликало значний суспільний резонанс і глибоке обурення в суспільстві, Особа 2 і особи, матеріали справи відносно яких виділені в окреме провадження, з використанням свого службового становища зробили інші кримінальні злочини, пов'язані з внесенням апеляційної скарги, спрямовані на приховування вчиненого ними тяжкого злочину, й уникнули можливої відповідальності.

Ухвалою Апеляційного суду Києва від 17.04.2015 апеляційна скарга Особи 1 на вказаний вирок повернута заявнику з огляду на те, що

вона подана особою, яка не має права подавати апеляційну скаргу. Постановою ВССУ від 24.07.2015 у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою Особи 1 на рішення Апеляційного суду Києва від 17.04.2015 відмовлено у зв'язку з законністю й обґрунтованістю рішення апеляційної інстанції» [247].

Своє рішення щодо неоднаковості застосування норм Верховний Суд мотивував такими фактами: «У заяві Особа 1 (відносно якої виділені матеріали справи в окреме провадження) просив переглянути це рішення касаційного суду, посилаючись на п. 2 ст. 445 КПК. На його думку, касаційний суд по-різному тлумачить положення норм ст. 7, ч. 6 ст. 9, ч. 1 і 2 ст. 24 і ч. 4 ст. 394 КПК, які гарантують право на перегляд судом вищого рівня вироку суду, який стосується прав, свобод чи інтересів особи, незалежно від того, чи брала вона участь у судовому розгляді. Він зазначив, що касаційний суд, а також апеляційна інстанція відмовила йому в реалізації права на перегляд вироку Печерського районного суду Києва від 04.03.2015 за Особа 2, яким працівник прокуратури визнаний винним у пособництві судді місцевого суду в постанові завідомо неправосудної постанови про звільнення Особа 3 від подальшого відбування покарання. Матеріали справи стосовно судді виділені в окреме провадження. Сам він, безіменно вказаний у вироку як «суддя», не брав участі в судовому розгляді у справі за Особа 2, хоча і є суддею місцевого суду, який ухвалив рішення про звільнення Особа 3 від подальшого відбування покарання. Таким чином, стверджує заявник, очевидно, що обвинувальним вироком щодо Особа 2, по суті, створена преюдиція, якій всупереч презумпції невинуватості, встановлений факт ухвалення завідомо неправосудного рішення саме ним.

На підтвердження неоднаковості у правозастосуванні судом касаційної інстанції зазначених у заяві норм кримінального процесуального права Особа 1 долучив копію рішення ВССУ від 05.03.2015, в якому недотримання апеляційним судом тих самих положень кримінального процесуального закону стало підставою для скасування ухвали та направлення справи на новий апеляційний розгляд. Так, ВССУ,

посилаючись на стст. 7, 9, 24, 394, 438 КПК України, визнав помилковим рішення апеляційного суду про повернення у зв'язку з наданням неналежною особою апеляційної скарги захисника М. В. Аполлоновій в інтересах Особа 5 на вирок Голосіївського районного суду Києва від 24.04.2014 за Особа 4, засудженому за сприяння (пособництво) Особа 5 як посадовій особі в одержанні неправомірної вигоди. При цьому суд касаційної інстанції у визначенні зазначив, що позбавлення права захисника Особа 5, яку хоч і не засуджено оскаржуваним вироком, проте в ньому констатується його співучасть з Особа 4 у скоєнні інкримінованого злочину, суперечить вищевказаним положенням кримінального процесуального закону про гарантії доступу до правосуддя.

Суддя наполягав на скасуванні касаційної ухвали за Особа 2 і направлення справи на розгляд до суду касаційної інстанції. У свою чергу, судова палата у кримінальних справах ВСУ дійшла до таких висновків.

1. Зіставлення правових позицій касаційної інстанції щодо застосування положень частини четвертої статті 394 КПК України, висловлених в оскарженому рішенні і рішенні, наданому для порівняння, дають підстави стверджувати, що ця норма права застосована неоднаково (по-різному). В одному випадку касаційний суд визнав за «іншою особою» право на перегляд вироку, що стосувався її прав, свобод чи інтересів, судом вищого рівня, гарантоване статтею 24 цього Кодексу, хоча така особа і не брала участі у судовому розгляді (не була учасником судового засідання), і в такий спосіб, по суті, поширив на неї гарантії, передбачені статтею 394 цього Кодексу, – право «іншої особи» на апеляційне оскарження судового рішення, а в іншому випадку ці самі норми права касаційний суд витлумачив інакше і право такої особи на перегляд судом вищого рівня судового рішення, що стосується її прав, свобод та інтересів, не визнав.

Відмінність (неоднаковість) у застосуванні однієї і тієї самої норми права, передбаченої КПК України, що зумовило ухвалення оскарженого рішення, яке за своїм правовим змістом різниться з рішенням,

наданим для порівняння, дає змогу провадити перегляд справи за сутністю заявлених у зверненні вимог на предмет законності та обґрунтованості оскарженого рішення (підстава: пункт 2 статті 445 цього Кодексу).

2. Суду належить проаналізувати, чи неоднакове застосування касаційним судом норм статей 24 і 394 КПК України є наслідком їхнього неточного розуміння (тлумачення), що автоматично може потрапляти під дію статті 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод з огляду на перешкоди у праві доступу до правосуддя.

3. Суд зазначає, що, крім норм статті 7, частини шостої статті 9, частини першої та другої статті 24, частини четвертої статті 394 КПК України, які призначені гарантувати доступ до правосуддя, цей основоположний принцип верховенства права гарантує Конституція України (частина друга статті 55, пункт 8 частини третьої статті 129).

Поняття «забезпечення права» за своїм змістом є більш широким поняттям, ніж поняття «право», яке використовується у главі 31 КПК України, бо воно передбачає, крім самого «права», ще й гарантований державою механізм його реалізації. Забезпечення права на апеляційне і касаційне оскарження включає як можливість оскарження судового рішення, так і обов'язок суду прийняти та розглянути подану апеляцію чи касацію.

Конституція України, яка має найвищу юридичну силу, гарантує реалізацію права на оскарження у більш широкому розумінні, ніж у главі 31 КПК України, кореспондується із положеннями статті 24 КПК й розширює коло учасників судового процесу, яким забезпечується конституційне право на оскарження судових рішень.

4. Офіційне тлумачення конституційних положень здійснюється Конституційним Судом України, який у ряді своїх рішень висловив правову позицію щодо права на оскарження судових рішень та доступу до правосуддя, згідно з якою кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку; суд не може відмовити у правосудді, якщо особа вважає, що її права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації

або мають місце інші ущемлення прав та свобод; відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке, згідно зі статтею 64 Конституції України, не може бути обмежене (пункти 1, 2 резолютивної частини Рішення від 25 грудня 1997 року № 9-зп, абзац 7 пункт 3 мотивувальної частини Рішення від 25 квітня 2012 року № 11-рп/2012).

Право на оскарження судових рішень у судах апеляційної та касаційної інстанцій є складовою конституційного права особи на судовий захист. Воно гарантується визначеними Конституцією України основними засадами судочинства, які є обов'язковими для всіх форм судочинства та судових інстанцій, зокрема забезпеченням апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом (пункт 8 частини третьої статті 129) (пункт 3.2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 25 квітня 2012 року № 11-рп/2012).

Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядку гарантує відновлення порушених прав і охоронюваних законом інтересів людини і громадянина (пункту 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 11 грудня 2007 року № 11-рп/2007).

Отже, конституційний принцип забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду гарантує право звернення до суду зі скаргою в апеляційному чи касаційному порядку, яке має бути реалізоване, за винятком встановленої законом заборони на таке оскарження.

Наведене переконує Суд у тому, що відсутність «інших осіб» у вичерпному переліку суб'єктів оскарження, передбаченому статтею 394 КПК України, за умови, що судове рішення стосується їхніх прав, свобод та інтересів, не є перешкодою у доступі до правосуддя та звернення до суду вищої інстанції, що передбачено частиною другою статті 24 цього Кодексу.

5. Відповідно до цієї норми закону кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом. Також гарантується право на перегляд вироку, ухвали суду, що стосується прав, свобод чи інтересів особи, судом вищого рівня в порядку, передбаченому цим Кодексом, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді.

6. Стосовно розглядуваної справи виходячи із зазначених положень ключовим є з'ясування, чи насправді вирок щодо Особа 2 стосується інтересів Особи 1 тією мірою, що надає останньому, згідно із частиною другою статті 24 КПК України, право оскаржити його до вищих судових інстанцій.

7. Обґрунтовуючи своє право на оскарження судових рішень, заявник посилався на те, що зміст вироку недвозначно стверджує про його співучасть, зокрема, із засудженим Особа 2 у постановленні завідомо неправосудної ухвали про звільнення засудженого Особа 3 від подальшого відбування покарання у вигляді позбавлення волі у зв'язку з хворобою, і у такий спосіб створює преюдицію та усупереч презумпції невинуватості встановлює його винуватість у вчиненні зазначеного злочину.

8. У доктрині права преюдиції це – загальні положення (правила), внаслідок яких особа, яка здійснює оцінку доказів, і суд під час винесення вироку мають право вважати встановленими обставини, які мають значення для вирішення кримінальної справи. Преюдиційні факти не потребують повторного чи додаткового дослідження. Факт преюдиції розцінюється суддею як безспірний, встановлений компетентним органом і як такий, що спрощує оцінку даних.

Водночас у статті 90 КПК України зазначено, що рішення національного суду або міжнародної судової установи, яке набрало законної сили і ним встановлено порушення прав людини й основоположних свобод, гарантованих Конституцією України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України,

має преюдиційне значення для суду, який вирішує питання про допустимість доказів.

9. Констатуючи у вироку щодо Особа 2 його винуватість у вчиненні, крім іншого, пособництва шляхом усунення перешкод у постановленні суддею, щодо якого матеріали виділено в окреме провадження, завідомо неправосудної ухвали про звільнення засудженого Особа 1 від подальшого відбування покарання у вигляді позбавлення волі у зв'язку з хворобою, що спричинило тяжкі наслідки, суд першої інстанції фактично зробив висновок про те, що суддею винесено завідомо неправосудне судове рішення.

При цьому відсутність у вироку вказівки на прізвище судді не означає неможливість його ідентифікації. Так, відповідно до частини другої статті 2 Закону України від 22 грудня 2005 року № 3262-IV «Про доступ до судових рішень» усі судові рішення є відкритими та підлягають оприлюдненню в електронній формі не пізніше наступного дня після їхнього виготовлення і підписання.

Згідно із пунктом 1 частини третьої статті 7 цього закону знеособленню не підлягають прізвища та ініціали суддів, які ухвалили судове рішення.

Отже, посилання у вироку на ухвалу про звільнення засудженого Особа 3 від подальшого відбування покарання у вигляді позбавлення волі у зв'язку з хворобою одночасно ідентифікує особу судді, який її постановив. З огляду на це висновок у вироку щодо Особа 2 про сприяння ним у винесені завідомо неправосудного судового рішення щодо Особа 3 є констатацією винуватості судді Особа 1 у винесені такого рішення.

Така преюдиція щодо винуватості судді у вчиненні злочину, передбаченого частиною другою статті 375 КК України, не лише входить у колізію з нормами КПК України щодо вільної оцінки доказів, а й суперечить передбаченим статтею 7 КПК України загальним засадам кримінального провадження, зокрема верховенству права, законності, презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини.

Натомість міжнародні стандарти у галузі судочинства послідовно стверджують про неприпустимість нехтування презумпцією невинуватості та правом на справедливий судовий розгляд.

Так, відповідно до частини другої статті 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, частини другої статті 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, частини першої статті 11 Загальної декларації прав людини кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку.

10. За таких обставин очевидним є те, що Особа 1, хоча і не був визнаний учасником кримінального провадження щодо Особа 2, вправі захищати свої права, свободи та інтереси, яких стосується вирок у цьому провадженні, шляхом звернення до апеляційної інстанції з його оскарженням.

Цей висновок відповідає і змісту статті 2 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, у якій зазначено, що кожен, кого суд визнав винним у вчиненні кримінального правопорушення, має право на перегляд судом вищої інстанції факту визнання його винним або винесення йому вироку.

11. Аналогічна правова позиція висловлена касаційним судом в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 березня 2015 року щодо ОСОБА_8, яку ОСОБА_2 долучив до своєї заяви як приклад неоднакового застосування окремих норм права. У цьому рішенні суд касаційної інстанції з посиланням на вищезазначені положення кримінального процесуального закону щодо гарантій на доступ до правосуддя визнав помилковим рішення апеляційного суду про повернення у зв'язку з поданням неналежною особою апеляційної скарги захисника ОСОБА_6 в інтересах ОСОБА_7 на вирок Голосіївського районного суду м. Київ від 24 квітня 2014 року щодо ОСОБА_8, засудженого за сприяння (пособництво) ОСОБА_7 як службовій особі в одержанні неправомірної вигоди, який хоч і не засуджений вказаним вироком, однак у ньому

констатується його співучасть з ОСОБА_8 у вчиненні інкримінованого злочину.

Наданий приклад є належним та таким, що підтверджує право особи на перегляд судом вищого рівня вироку, якщо він стосується його прав та інтересів, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді.

12. Отже, стосовно кримінального провадження щодо Особа 2 постановлений за результатами угоди про визнання ним винуватості вирок стосується прав, свобод та інтересів Особа 1, який на цій підставі, реалізуючи своє конституційне право та керуючись загальними засадами кримінального судочинства, в тому числі пунктами 1, 2, 10, 17 статті 7, частини шостої статті 9, частин першої та другої статті 24 КПК України, вправі звернутися до суду вищої інстанції з оскарженням цього судового рішення» [247].

Не даремно зупинилися на такому детальному огляді цієї ситуації, яка описана вище. Адже в цій постанові тісно переплелися предмети нашого дослідження, а саме преюдиціальність як взаємозв'язок із судовим прецедентом. У цій постанові Верховний Суд України дав чітку відповідь, що прецедентні рішення є джерелом права в Україні, причому не тільки ті, які випливають з рішень Європейського суду з прав людини, а і рішень, які ухвалювалися вищими судовими інстанціями нашої держави України.

Крім того, вважаємо, що це рішення Верховного Суду показує, що факт беззаперечної преюдиції може і нашкодити основним правам та свободам громадян, а тому не підтримуємо повною мірою вчених, які стверджують, що «якщо правовідносини вже були предметом дослідження у будь-якій іншій справі й зафіксовані у рішенні (вироку) суду, яке набрало законної сили, то воно є обов'язковим для суду, що розглядає іншу справу, пов'язану з попередньою» [243, с. 85]. Таку позицію підтримує і Р. Д. Ляшенко, яка вважає, що «суперечності між преюдиціальними фактами і внутрішнім переконанням судді, що виникають у судовій практиці, повинні вирішуватися на користь преюдиції» [244, с. 23], оскільки «преюдиціально встановлені факти

є обставинами, які були встановлені на основі доказів у іншій, попередньо розглянутій справі. Усі ці докази вже пройшли процесуальний порядок доведення: збір, перевірку та оцінку. Висновки, зроблені на підставі цих доказів, покладені в основу судового рішення, що набрало законної сили» [244, с. 23]. В. В. Масюк також стверджує, що «факти преюдиціального характеру не повинні ставитися під сумнів, оскільки в протилежному випадку нівелюється авторитет актів судової влади» [246, с. 217].

У таких твердженнях немає нічого дивного, адже в статті 90 КПК України, як уже зазначалося, містяться всі підстави для такого висновку. І саме тому пропонуємо внести певні корективи до КПК України. Наведений нами приклад свідчить про те, що розгляд основного кримінального провадження може проводитися формально, тому що суд, який розглядає провадження, посилатиметься на ті обставини, які вже встановлені, а їхня оцінка, відповідно до статті 90 КПК України, не може вже бути змінена порівняно з тими, що вже встановлено.

Преюдиція також означає, що докази, які обґрунтовують порушення прав людини або основоположних свобод у раніше винесених рішеннях судів, включаються в процедуру подальших проваджень, тобто не підлягають повторному дослідженню. Докази, на підставі яких було ухвалено попередні судові рішення (висновки експертиз, свідчення свідків, обвинуваченого та інше), не можуть ставитися під сумнів, оскільки вважаються перевіреними попереднім судовим розглядом. Вимога про безпосереднє дослідження в судовому засіданні всіх доказів у цьому випадку стосується тільки дослідження попереднього рішення як безперечного доказу викладених у ньому фактів. Можливість же ведення перехресного допиту в цьому випадку відсутня.

Зазначений підхід до преюдиції в кримінальному процесі вже працює на практиці. Наприклад, у постанові Ворошиловського райсуду Донецької області від 23.04.2013 № 255/3510/13-к прямо вказано, що факти, встановлені попередніми рішеннями судів, додатковому доказуванню не підлягають і мають преюдиціальне значення.

Це ж зазначено в ухвалі апеляційного суду Запорізької області від 24.07.2013 № 11-кп-323/13 стосовно рішень про притягнення особи до адміністративної відповідальності, які для кримінального процесу також мають преюдиціальне значення.

Виходячи з цього доводити неприпустимість таких доказів, як судові вироки, оскаржувати встановлені ними факти або сперечатися з покладеними в їхню основу доказами безглуздо. Набагато правильніше оспорювати належність таких рішень до цієї справи і/або висновки, які можна зробити з цих вироків на підставі викладених у них фактів.

Тісний зв'язок між прецедентом та преюдицією створює і таке поняття, як преюдиційний запит. Проводячи паралелі між судом Європейського Союзу та Верховним Судом можна рекомендувати застосування, преюдиціальне запиту у кримінальному процесі України. При цьому провівши відповідну модифікацію з урахуванням правової системи та національних особливостей Верховного Суду з метою забезпечення єдності судової практики. На сьогодні у Верховній Раді України вже зареєстровано такий законопроект про внесення змін до господарського процесуального кодексу.

На нашу думку, надання такого додаткового процесуального інструменту Верховному Суду дозволило б більш ефективно виконувати функцію забезпечення єдності судової практики.

Реформи Європейського суду з прав людини, які ініціюються державами учасницями Ради Європи і набувають системного характеру, покликані надати ЄСПЛ повноваження і можливості щодо активного вирішення основних проблем, які стоять перед європейською системою захисту прав людини.

Одна з чергових реформ, передбачена Протоколом № 16 до Конвенції про захист прав людини й основних свобод, відкритим для підписання 2 жовтня 2013 року [240], так само, як і попередні реформи, відповідно до Протоколів № 11, 14 і 15, спрямована на прискорення процесу розгляду скарг до ЄСПЛ і підвищення ефективності контрольного механізму Конвенції про захист прав людини й основних свобод. Україна ратифікувала цей Протокол № 16.

Зокрема, 24 червня 2013 року Комітет Міністрів Ради Європи відкрив для підписання Протокол № 15 до Конвенції про захист прав людини й основних свобод, який спрощує критерії прийняття скарг, скорочує з 6-ти до 4-х місяців термін на звернення зі скаргами до Європейського суду з прав людини, дозволяє Палатам поступатися своєю юрисдикцією Великій палаті, незалежно від можливих заперечень сторін, і вводить обмеження на вік кандидатів у судді ЄСПЛ у 65 років [241].

Реформа Європейського суду з прав людини, відповідно до Протоколу № 16, передбачає запровадження процедури преюдиціального контролю з боку Європейського суду з прав людини. Такий контроль здійснюватиметься у вигляді розгляду Великою палатою консультативних висновків з питань тлумачення і застосування прав, гарантованих Конвенцією та Протоколами до неї, в контексті справ, розглянутих Вищими національними судами і трибуналами.

Ця реформа акцентує увагу на проблемі гармонізації та уніфікації правових систем в Європі. Незважаючи на те, що, відповідно до ст. 5 Протоколу № 16, консультативні висновки не мають обов'язкової сили і повинні розглядатися як акти рекомендаційного права, вони робитимуть істотний вплив на законодавство і правозастосовну практику, а також сприяти уніфікації норм європейського права та прав людини завдяки принципам, якими керується ЄСПЛ під час ухвалення рішень, а саме : принципу пріоритету цілей Конвенції про захист прав людини й основних свобод, згідно з яким, Конвенція і додаткові протоколи встановлюють певні міжнародні стандарти, обов'язкові для дотримання державами-учасницями Конвенції в їхніх стосунках з особами, які перебувають під їх юрисдикцією [242]; принципу об'єктивності, згідно з яким, Конвенція повинна тлумачитися об'єктивно, а не так, як потрібно державі в момент її ратифікації [247]; принципу реальності й ефективності, згідно з яким, предмет і мета Конвенції вимагають, щоб її норми тлумачилися і застосовувалися таким чином, щоб зробити її гарантії реальними й ефективними [243]; принципу відмови від абстрактного контролю, що передбачає, що ЄСПЛ

повинен тлумачити Конвенцію тільки щодо конкретного провадження, переданого йому на розгляд [6], і повинен керуватися аналогічним випадком застосування національного закону у разі сумісності його з положеннями Конвенції [246].

Вказівка на рекомендаційне значення консультативних висновків є відмінною рисою преюдиціальної процедури, використовуваної в ЄСПЛ від подібної процедури, яка використовується в Суді Європейського Союзу. В останньому випадку, якщо в національному юрисдикційному органі ставиться питання про тлумачення установчих договорів і рішення цього юрисдикційного органу, згідно з внутрішнім правом, не підлягає судовому оскарженню, то звернення до Суду Європейського Союзу є обов'язковим.

Тлумачення, здійснюване Судом ЄС, носить нормативний, тобто юридично обов'язковий, характер. Направлений преюдиціальний запит національний судовий орган або суд, а також будь-які інші суди або трибунали під час вирішення аналогічних справ повинні виходити з тієї інтерпретації, яка була дана Судом. Механізм преюдиціональної юрисдикції є додатковою гарантією верховенства установчого договору в правовій системі Європейського Союзу.

Положення про рекомендаційну силу консультативних висновків вказує на те, що ЄСПЛ продовжує здійснювати свої функції як субсидіарний правозахисний механізм, який не буде підпорядковувати національні суди в частині їхніх повноважень Європейському суду з прав людини як найвищій судовій інстанції в рамках преюдиціальної процедури.

Для Вищих національних судів, які будуть зацікавлені в розгляді справ на підставі практики Європейського суду з прав людини, консультативні висновки будуть, незважаючи на рекомендаційний характер, обов'язковими під час формулювання свого власного рішення.

У контексті приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини й основних свобод, відповідно до ч. 2 ст. 59 Конвенції [154], Протокол № 16 містить положення, яке поширює його

дію як на держави-члени Ради Європи, так і на інші Високі Договірні Сторони Конвенції про захист прав людини й основних свобод досить імовірно, що під такою Високою Договірною Стороною розуміється саме Європейський Союз.

Система преюдиціального контролю в Суді Європейського Союзу та Європейському суді з прав людини мають ряд принципових відмінностей: 1) забезпечення за допомогою преюдиціальної процедури однакового тлумачення і застосування установчих договорів внаслідок ст. 286 Договору про функціонування ЄС є обов'язком Суду Європейського Союзу [114, с. 214].

Європейський суд з прав людини на засіданні колегії у складі п'яти суддів Великої палати розглядає питання про те, чи задовольняти запит про дачу консультативного висновку з урахуванням положень ст. 1 Протоколу № 16. Таким чином, можлива відмова в задоволенні запиту на ухвалення консультативного висновку для Вищого національного судового органу. При цьому колегія повинна мотивувати рішення про відмову в задоволенні запиту; 2) преюдиціальна юрисдикція розглядається як право, а в ряді випадків і як обов'язок усіх національних судів і трибуналів держав-членів направляти запити до Суду ЄС та винесення останнім преюдиціальних рішень, що є одним з основних факторів, який забезпечив ефективність, цілісність і поступальний розвиток права ЄС і інтеграційних процесів в Європейському Союзі в цілому.

Правом запиту до Суду ЄС про винесення преюдиціальних рішень володіють не тільки всі судові органи держав-членів, різних її гілок (загальні, адміністративні, фінансові, конституційні та ін.), а й інші юрисдикційні («квазісудові») органи, що володіють юрисдикцією щодо розгляду і вирішення правових спорів, які формально містяться поза державною судовою системою.

Преюдиціальний запит до Суду ЄС може бути поданий на будь-якому етапі судочинства в суді першої, апеляційної, касаційної чи інших інстанцій, у будь-який момент до винесення остаточного рішення.

У рамках преюдиціальної юрисдикції Європейського суду з прав людини право звертатися з преюдиціальним запитом мають тільки Вищі суди і трибунали учасниць Конвенції про захист прав людини й основних свобод, що визначаються за допомогою декларації, адресованої Генеральному Секретарю Ради Європи.

Суди або трибунали, запитуючи консультативний висновок у ЄСПЛ, повинні мотивувати свій запит і надати юридичні і фактичні обставини, які мають відношення до розглядуваної ним справи; 3) сфера дії преюдиціальних повноважень Суду Європейського Союзу ширше, ніж такі самі повноваження ЄСПЛ.

Повноваження Суду Європейського Союзу охоплюють не тільки установчі договори ЄС (первинне право), але і всі засновані на них нормативні акти ЄС (вторинне право), таким чином, Суду ЄС забезпечує однаковість інтерпретації, застосування права ЄС у цілому.

Повноваження Європейського суду з прав людини поширюються тільки на питання про принципи, які стосуються інтерпретації або застосування прав і свобод, гарантованих Конвенцією про захист прав людини й основних свобод та протоколами до неї; 4) тлумачення, здійснюване в процесі преюдиціальне процедури, оформляється в Європейському суді з прав людини у вигляді консультативного висновку (an advisory opinion), а Суд Європейського Союзу оформляє таке тлумачення у вигляді рішення (ruling).

Європейський Союз надає право ініціювати преюдиціальний запит про тлумачення права будь-якій особі, яка бере участь у справі і вважає, що в цій справі потрібно застосувати право ЄС, за своєю власною ініціативою і національний судовий орган або суд може направити преюдиціальний запит.

Протокол № 16 не вказує інших суб'єктів, крім Вищих судів і трибуналів, учасниць Конвенції про захист прав людини і основних свобод, які мають право ініціювати запит про тлумачення норм Конвенції. З огляду на практику ЄСПЛ щодо тлумачення ст. 6 Конвенції, яка гарантує право на справедливий судовий розгляд, а також те, що поняття справедливий суд не розглядається у відриві від вимог

дотримання рівності сторін у процесі, право кожної особи, яка бере участь у справі і вважає, що в цій справі підлягає застосуванню право ЄС, звертатися з ініціативи на винесення преюдиціальне запиту буде гарантовано як негативним, так і позитивним зобов'язанням сторін Конвенції про захист прав людини й основних свобод.

Незважаючи на відмінності, преюдиціальні процедури, які використовуються в рамках Суду Європейського Союзу та Європейського суду з прав людини, мають і спільні риси.

Суб'єктами звернення за консультативним висновком (рішенням) є не тільки судові органи, а й трибунали.

Як Суд ЄС, так і Європейський суд з прав людини мають право здійснювати тлумачення відповідних норм права тільки в рамках конкретної справи, якщо таке тлумачення є необхідним для вирішення судами і трибуналами конкретної справи за сутністю.

Консультативні висновки насамперед повинні стати важливим фактором гармонізації та уніфікації норм права держав-учасниць Конвенції у сфері захисту прав і свобод людини.

Потрібно зазначити, що певні правила в Протоколі № 16 можуть зіткнутися з рядом проблем щодо їхньої реалізації.

Потенційні проблеми реалізації преюдиціальної процедури були висвітлені в Європейському суді з прав людини та викладені в проекті Протоколу № 16 [245], а також у доповіді Крістофера Чопа перед Комітетом Парламентської асамблеї Ради Європи з юридичних питань і прав людини щодо проекту Протоколу № 16 [244]. Основними проблемами реалізації преюдиціальної процедури в зазначених документах називаються такі: 1) вищі суди на національному рівні зможуть звертатися до Європейського суду з прав людини із запитами своєю рідною мовою, що створить додаткове навантаження на ЄСПЛ. Так само, як і виконання вимоги щодо мотивування всіх рішень про відмову в задоволенні запитів.

Більш того, очікується, що ЄСПЛ здійснюватиме переклад свого консультативного висновку на мову судочинства відповідної держави, що створить надмірне навантаження і розширення штату

співробітників, які будуть задіяні в реалізації нових функцій; 2) також досить цікаво буде спостерігати вирішення проблеми стосовно тих держав, звернення в Вищі суди (трибунали) яких у розумінні статті 1 Першого протоколу № 16 до Конвенції може не визнаватися Європейським судом з прав людини внутрішнім засобом правового захисту в розумінні пункту 1 статті 35 Конвенції, в результаті чого на розгляд ЄСПЛ може одночасно надійти скарга, подана після вичерпання національних засобів правового захисту, і запит від вищого національного суду (трибуналу), розглядаючи ту саму справу за рамками того, що визнається ЄСПЛ ефективним і доступним внутрішнім засобом правового захисту; 3) відсутність вимоги змагальності у провадженні у підготовці консультативних висновків може деяким чином полегшити роботу суддів, але при цьому за Головою ЄСПЛ залишається право дозволити будь-якій особі висловити свою письмову думку і взяти участь у засіданні. В інтересах належного відправлення правосуддя безумовне право подавати свої письмові зауваження і брати участь у слуханнях надано тільки Комісару Ради Європи з прав людини та представникам сторони Конвенції про захист прав людини і основних свобод, до якої належить запитувач, суд або трибунал.

Причому, як випливає з п. 10 Протоколу № 16 [245], ЄСПЛ внесе зміни в положення Регламенту щодо питання запрошення сторін до участі в процедурі підготовки консультативного висновку.

Незважаючи на те, що консультативні висновки Європейського суду з прав людини не матимуть обов'язкової сили, вони стануть частиною практики ЄСПЛ, на яку він буде орієнтуватися, в т. ч. під час розгляду скарг. Нарешті, процедура підготовки консультативних висновків являтиметься пріоритетною (щодо розгляду скарг у будь-якому разі переважної більшості скарг), оскільки розгляд у справі на національному рівні може бути призупинено в очікуванні консультативного висновку ЄСПЛ.

Підводячи підсумок, потрібно зазначити, що реформа контрольного механізму Конвенції про захист прав людини і основних свобод,

передбачена Протоколом № 16, має на меті забезпечити тісну співпрацю Вищих національних судів держав-учасниць Конвенції, Суд Європейського Союзу з Європейським судом з прав людини, що призведе до посилення процесу гармонізації та уніфікації норм європейського права та прав людини.

Незважаючи на інноваційність преюдиціальної процедури в Європейському суді з прав людини, за ЄСПЛ залишається компетенція вирішувати тільки питання «права», але не «фактів». Дослідження фактичних обставин та ухвалення на їхній основі рішень щодо сторін конкретного спору зберігається в компетенції національних судових органів і трибуналів, що позитивно позначиться на термінах і якості розгляду правових спорів.

Таким чином, преюдиціальна юрисдикція Європейського суду з прав людини забезпечує як єдність тлумачення і застосування, так і охорону норм Конвенції від порушень, а також постійну взаємодію і співробітництво Європейського суду з прав людини і національних судів.

2.5. Тлумачення правовідносин як зв'язок із судовим прецедентом у кримінальному процесі України

Питання наявності чи відсутності так само, як і доцільності закріплення на законодавчому рівні в Україні судового прецеденту як джерело права, давно обговорюється в юридичній спільноті. Новий виток судово-правової реформи в Україні 2016 року надав особливої актуальності цьому питанню і якоюсь мірою навіть поставив крапку в ньому, хоча правильніше буде зазначити – заклав основу для розвитку прецедентного права в нашій державі.

По суті, судовим прецедентом є рішення вищого судового органу у конкретному провадженні, обґрунтування якого в подальшому є обов'язковим для судів під час вирішення аналогічних справ. Вважається, що країнами прецедентного права, де прецедент є джерелом права, є держави англосаксонської правової системи (Великобританія,

США, Канада та ін.), водночас як правова система України є континентальною, де універсальне значення як джерело права відводиться нормативному акту, а судова практика є тільки орієнтиром у його тлумаченні.

На нашу думку, неправильно свідчити про те, що Україна була і є в чистому вигляді країною з континентальною правовою системою.

По-перше, підставою такого твердження перш за все слугують положення Конституції України, ухваленої 28.06.1996.

Так, із статей 24 і 55 Конституції України випливає, що всі громадяни рівні перед законом, мають рівні конституційні права і свободи, які захищаються судом. Тобто різне тлумачення судом одних і тих самих положень закону в аналогічних ситуаціях порушувало б цю вимогу Конституції України.

Стаття 124 Конституції України встановлює, що «юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі, що є дієвим правовим механізмом усунення прогалин законодавства» [259]. Наївно вважати, що на законодавчому рівні можна врегулювати абсолютно всі правовідносини, що виникають у державі, тезу «життя багатше, ніж закон» ніхто не скасовував. Так само, як і неможливо уявити собі ситуацію, коли суд відмовляє в розгляді спору на тій підставі, що спірні відносини не врегульовані належним способом на законодавчому рівні.

Таким чином, законодавець ще 1996 р., ухвалюючи Конституцію України, розглядав судову практику як одне з джерел права, особливо в ситуації, коли правовідносини в суспільстві неврегульовані жодним нормативним документом. І вже тоді було бачення в судовій системі України дієвого механізму усунення колізій та прогалин законодавства.

По-друге, незважаючи на відсутність у законодавстві закріплення обов'язковості судових прецедентів, історично так склалося, що судді під час розгляду провадження завжди шукали рекомендацій, роз'яснення, постанови Пленуму, Листи вищих судових інстанцій і судову

практику в аналогічних справах, більш того, в більшості випадках навіть прямо посилалися на таку практику.

Після визнання нормативності постанов Верховного Суду, наділення їх правом інтерпретувати законодавчі норми і висловлювати обов'язкові для нижчих судів правові позиції, до трансформації нашої судової системи в систему прецедентного права залишається один крок.

Якщо зазначаємо, що процес пішов і прецедент існує та застосовується, постає очевидне питання: чи можемо застосовувати прецедентні норми, які існують у його класичному вигляді в англосаксонській правовій системі? На нашу думку, в такому вигляді він в Україні в принципі неможливий.

У своїх дослідженнях вже відмічали, що англійський суд фактично пише норми права, а у нас суд нерідко зайнятий тлумаченням не зовсім вдалих або відверто сумнівних законодавчих норм. З цього твердження напрошується виключно «українське» поняття, а саме прецедент – це затверджений найвищим судовим органом належним чином і обов'язковий для судів варіант тлумачення законодавчого положення, сумнівного з точки зору його однозначності і заздалегідь розрахованого на багатоваріантність.

Аналіз методу аналогії в кримінальному процесі неможливий без з'ясування її місця і ролі в ряді інших явищ механізму правового регулювання. Йдеться про співвідношення методу аналогії і тлумачення, конкретизації, «відповідного» і субсидіарного застосування правових норм, бо всі вони є спорідненими явищами і перебувають у системному взаємозв'язку. Таке дослідження дозволяє також глибше проникнути в природу тих юридичних категорії, які беруться як предмет співвідношення з методом аналогії.

Інтерпретаційній діяльності належить важлива роль у реалізації юридичних норм. Проблема тлумачення права постійно стоїть у центрі уваги вчених-юристів. У сучасних умовах соціальної економічної трансформації суспільства роль права неухильно зростає, а законодавство безперервно розвивається й ускладнюється. Це вимагає від

уповноваженої особи вміння оперативно і правильно вибирати з величезної маси нормативного матеріалу потрібну норму, а також правильно розкрити її зміст, з'ясувати дійсну волю законодавця, закладену в тексті правової норми і доводити сенс юридичного припису до зацікавлених фізичних або юридичних осіб.

«Інтерпретування буття особливо чітко проявляється в кримінальному процесі, оскільки його учасники тісно взаємодіють з віртуальною реальністю, в якій повсякденні об'єкти набувають іншу модельність, додаткове значення і потребують декодування, розшифрування цього додаткового смислу. Злочин (саме по собі часто ірраціональне явище) накладає на предмети (сокира, кров на одязі тощо) смислове навантаження, перетворюючи їх у ході кримінального процесу в речові докази, а люди стають учасниками процесу» [253, с. 76].

Потрібно підкреслити, що інтерпретаційна діяльність у кримінальному процесі має ряд специфічних особливостей, обумовлених насамперед тим, що застосування норм кримінального процесуального права перебуває в тісному взаємозв'язку із застосуванням норм кримінального права, тому правильне з'ясування змісту кримінальної процесуальної норми є основною умовою правильного застосування не тільки цих норм, а й норм кримінального права. З іншого боку, з'ясування змісту кримінальних норм є необхідною умовою правильного застосування норм як кримінального, так і кримінального процесуального права.

Наприклад, неправильне розмежування складів дрібного хуліганства, хуліганства, злісного хуліганства і хуліганства із застосуванням або спробою застосування зброї може спричинити помилку не тільки в правовій кваліфікації діяння, а й у процесуальній формі судочинства. Так само причиною неправильної кваліфікації, як і невідповідність покарання скоєному, може бути змішання двох форм досудового розслідування (мається на увазі в майбутньому, коли буде ухвалений закон «Про проступки»). Наприклад, розслідування провадження про злісне хуліганство не у формі досудового слідства, а у формі дізнання.

Аналіз таких непоодиноких фактів дає достатні підстави для висновку про те, що якщо була помилка в тлумаченні і застосуванні норм кримінального права, це автоматично зумовлює помилку застосування норм кримінального процесуального права, і навпаки, неправильне тлумачення норм кримінального процесуального права може негативно позначитися на застосуванні норм кримінального права.

Особливістю застосування норм кримінального процесуального права є також те, що застосовуються вони компетентними, уповноваженими органами держави (дізнання, слідства, прокуратури, суду). Суб'єкти здійснення і застосування кримінальних процесуальних норм не тотожні. Правильне тлумачення змісту і значення норм кримінального процесуального права є необхідною умовою свідомого і добровільного вчинення (дотримання, виконання) всіма учасниками кримінального судочинства, в тому числі і тими, які їх не застосовують (громадські обвинувачі і захисники, поняті та ін.), але сприяють застосуванню таких норм.

Якщо для широкого загалу, як і для багатьох учасників кримінального судочинства, розуміння кримінальних процесуальних норм є правом або суспільним обов'язком, то для компетентних органів держави і посадових осіб, діяльність яких здійснюється не інакше, як у формі застосування таких норм, це – обов'язок. Тому не потрібно змішувати тлумачення норм кримінального процесуального права як умову їхнього безпосереднього застосування із розумінням таких норм поза органічним зв'язком з їхнім застосуванням або і в такому розумінні, але не судовими органами (особами), які їх безпосередньо застосовують.

Наприклад, закон визнає право вищої судової інстанції оцінювати правильність розуміння закону під час його застосування нижчою судовою інстанцією. Однак якщо право касаційного суду оцінювати точність тлумачення закону судом першої та апеляційної інстанції обумовлено змістом ст. 433 КПК України, то право суду оцінювати точність застосування закону органами досудового слідства в

КПК України прямо не зазначено [260]. Безперечно, в цьому випадку суд касаційної інстанції може застосувати саме метод аналогії під час оцінювання таких дій, які були вчинені на досудовому слідстві, і в подальшому застосовувати такий прецедент на практиці.

Тлумачення норм права являє собою з'ясування вираженої в їхній текстуальній формі волі законодавця, внаслідок цього воно не може створювати нових правил поведінки суб'єктів. Враховуючи те, що норми кримінального процесуального права досить часто можуть двояко трактуватися, тому для єдності судової практики застосування таких норм, виражене в правових позиціях Верховного Суду, є обов'язковими для застосування усіма органами державної влади. У ході тлумачення норм кримінального процесуального права ця обставина має бути особливо врахована і прецедентною для осіб, які проводять досудове розслідування, судовий розгляд справ та представляють сторону захисту в кримінальному процесі. Крім того, такі особи повинні мати високу правосвідомість. Правосвідомість являє собою систему поглядів і переконань зазначених осіб у частині, що стосується розуміння норм права за їхнім внутрішнім переконанням. А внутрішнє переконання – це заснована на правосвідомості впевненість цих осіб щодо правильності та законності застосування норм кримінального процесуального права. І в цьому важливу роль відіграють тлумачення норм права, виражені в правових позиціях Верховного Суду.

У цьому випадку стикаємося з проблемою перевірки правильності процесу інтерпретації правової норми правозастосовувачем. Тлумачачи норму права як об'єктивно існуючу, практично неможливо відокремити від її суб'єктивного сприйняття інтерпретатором. У цьому випадку процес пізнання рухається від чуттєвого до логічного, він передбачає повне і точне суб'єктивне судження реальній дійсності. Таким чином, правова норма визнається правильно тлумачною сторонами кримінального провадження тільки тоді, коли правильність саме такого тлумачення (відповідно до обставин конкретного кримінального провадження) визнається судом під час ухвалення рішення. А прецедентним тлумачення норми може бути

тільки тоді, коли з цього приводу була висловлена правова позиція Верховного Суду.

При цьому потрібно враховувати той факт, що правозастосовувач, використовуючи прецедент (метод аналогії), не повинен зловживати необґрунтованими «здогадками», які він трактує на власний розсуд, що, в свою чергу, може вносити в цей процес елементи формалізму, які проявляються у відсутності творчого підходу до тлумачення і застосування норм права. Отже, тільки за умови повного і точного застосування методу аналогії можна запобігти довільного та формально-догматичного їхнього тлумачення і застосування.

Потрібно погодитися з висновками П. С. Елькінд, яка вважає, що критерієм правильності тлумачення слугує дійсний зміст такої норми аж ніяк не у відриві від її суб'єктивного сприйняття інтерпретатором, а найбільш повною і точною відповідністю висновків осіб, які тлумачать і застосовують, виражену державою волю в правовій нормі [255, с. 59]. Але це тільки тоді, якщо йдеться про ідеально виписані норми. У всіх інших випадках динамізм застосування кримінальних процесуальних норм забезпечується прецедентною практикою, напрацьованою судами. Формуючи прецедент тлумачення, суд допомагає правозастосовувачу уникнути колізії, яка виникла, до моменту її усунення законодавцем.

Останнім часом набагато частіше можна почути дискусії про те, що, аналізуючи правову природу судової практики, можна зробити висновки про прецедентний характер рішень вищих судових інстанцій [252, с. 78].

Уже зазначалося про те, що в законі неможливо передбачити різні нюанси ситуацій, з якими може зіткнутися правозастосовувач. І саме тому поряд із засвоєнням формальної визначеності правових норм він зобов'язаний за допомогою методології права та особливо за допомогою прецеденту виявити виражений у принципах права сенс і дух тлумачення норми. На підтримку цієї тези можна навести висновки Р. Д. Рахунова, який свідчить про те, що аналогія забезпечує найбільш

ефективне використання чинного законодавства, і вважає її застосування в кримінальному процесі доцільним [266, с. 75].

Такої самої думки і М. М. Марченко, який підкреслює, що «нині судова влада як публічно-правове явище функціонує не лише в традиційній для неї правозастосовній і тісно пов'язаній з нею правотлумачній формі, але й у нормотворчій» [262, с. 17] . При цьому, продовжує автор, «йдеться не лише про формування індивідуальних норм, що містяться в рішеннях судових органів і поширюються на окремих осіб чи окремі випадки, а й про ухвалення актів, що містять загальні норми» [262, с. 17]. Тим самим автор ставить на обговорення питання про визнання прецеденту як джерела права.

Сам процес тлумачення норм кримінального процесуального права являє собою особливу форму юридичного мислення, яка, з одного боку, складається з досвіду, професіоналізму, правосвідомості суб'єкта правозастосування, а з іншого − його знання і вміння використовувати методологію правозастосування (в нашому випадку – метод аналогії прецедентної норми), юридичну логіку. З цієї точки зору процес тлумачення проникає в усі етапи застосування норм кримінального процесуального права.

З цього приводу досить вдалою є думку А. Б. Венгерова, що «прецеденти тлумачення правової норми містяться в мотивувальній частині постанов і ухвал найвищих судових органів, винесених за принциповими конкретними справами. Вони роз'яснюють уже існуючу норму права, тому на відміну від судового прецеденту в країнах англосаксонської правової сім'ї не ведуть до створення нової норми права, а пов'язуються з «виробленням певного сталого положення про застосування норми права в аналогічних справах» [254, с. 17]. Він вважав, що «включення прецеденту тлумачення до процесу правового регулювання відбувається тому, що одного разу вироблене положення про тлумачення й застосування норми права стає загальновідомим, ураховується судами при вирішенні кримінальних справ, сприяє поліпшенню судової діяльності» [254, с. 17].

Крім того, в своїй праці А. Б. Венгеров наголошував, що судовий акт отримав «можливість бути «прецедентом», а також прикладом, зразком і додатковим регулятором суспільних відносин, тому що має ознаки норми, а саме: відповідність смислу тлумаченої норми основним принципам права; сприйняття тлумачення судовою практикою, тобто неодноразове подальше використання розуміння закону, що одного разу відбулося, в аналогічних справах; вироблення в акті тлумачення певного положення про пояснення смислу норми й подальшого законного й обґрунтованого її застосування; надання прецеденту тлумачення зовнішнього виразу у формі його публікації [254, с. 3, 6].

Більш того, у міру застосування правової норми не виключена можливість внесення зміни в її інтерпретацію, тобто коли раніше це тлумачення визнається неправильним і замінюється іншим або видозмінюється. Це можливо на будь-якому етапі застосування норми, причому нове тлумачення може бути надане як тим органом, яким правова норма була раніше витлумачена, так і вищим, про що вже зазначалося в параграфі 2.2 цього дослідження.

На нашу думку, значна увага повинна все-таки приділятися судовому тлумаченню щодо застосування прецедентних норм. В юридичній науці судовому тлумаченню традиційно приділяється велика увага. У процесі характеристики судового тлумачення вчені І. Шутак, І. Онищук виділили три підходи. Сутність першого підходу, якого дотримувалися за радянських часів практично всі вчені, полягає у визнанні судового тлумачення різновидом офіційного тлумачення, яке здійснюється судами на основі рішення або узагальнення юридичної практики. У тому числі судове тлумачення виражалося у вигляді керівних постанов судів вищих інстанцій. Така радянська ідеологія не залишила іншого варіанта для визначення місця судової практики в правовій системі. На сьогодні зазначений підхід приваблює більшість учених, в основному старшого покоління [271, с. 411].

У результаті ослаблення ідеологічного тиску в кінці 80-х рр. минулого століття вчені почали свідчити про те, що у ході узагальнення судової практики не тільки дається тлумачення, а й виражається

правове становище, тобто якісь «згустки» правової матерії, які наближені до норм права (інший підхід). Тоді це розцінювалося як якийсь прояв «наукової сміливості». Багато хто не сприйняли цю позицію або під тиском стереотипів, або з ідеологічних переконань. Хоча ця ідея таких правових положень дозволила розвивати в цьому напрямі юридичну науку.

У 90-ті роки минулого століття звучали заклики визнати загальні роз'яснення норм права, які здійснюються судами вищих інстанцій, такими, які мають правотворчий характер. Вчені визнавали такий підхід неохоче, не бажаючи вступати в протиріччя з об'єктивною реальністю. Інші заявляли про це відкрито. Судове тлумачення має характерні особливості. Ця діяльність здійснюється судовими органами. Професійно підготовлені фахівці розглядають судові провадження [271, с. 411].

Судове тлумачення як вид офіційного тлумачення буває казуальним, нормативним і правозастосовним. Казуальне (або індивідуальне) тлумачення є роз'ясненням змісту норми права з приводу конкретного кримінального провадження й обов'язкове лише для нього.

А. Капліна розділяє нормативне і казуальне тлумачення норм права на два підвиди: судове та адміністративне. Судове тлумачення норми права − це роз'яснення змісту норм права, здійснюване судами. Судове тлумачення направлене на правильне й однакове застосування закону в діяльності судів і є обов'язковим для них. Адміністративне тлумачення норми права надається виконавчими органами влади з питань управління, оподаткування, фінансування, соціального забезпечення тощо [258, с. 58].

Усі судді можуть давати казуальне тлумачення у зв'язку зі справами, які розглянули. Якщо казуальне тлумачення дає суд вищої інстанції, то воно може набути обов'язкового характеру. Казуальне тлумачення може враховуватися й іншими правозастосовними органами під час вирішення аналогічних справ [271, с. 421].

Чинне кримінальне процесуальне законодавство, на жаль, не надає належного значення методології тлумачення норм права. Усе це

нерідко призводить до скасування або зміни вироку. Зокрема, в ч. 1 п. 4 ст. 409 КПК України передбачено, що вирок скасовується або змінюється в разі неправильного застосування кримінального закону [260], під яким розуміється його неправильне тлумачення, яке суперечить точному змісту закону.

У цьому випадку знову-таки стикаємося із завуальованою формою застосування методу аналогії та застосування прецеденту. Адже якщо названа стаття КПК України вказує на обов'язковість правильного тлумачення кримінального закону, то, за аналогією, така ж процедура повинна бути застосована і до тлумачення кримінального процесуального закону. І в цьому випадку буде також застосовуватись прецедентна форма під час ухвалення рішення в аналогічних ситуаціях.

Таким чином, можна припустити, що сама методологія тлумачення правових норм досі недосконала. Інакше кажучи, в процесі застосування норм кримінального процесуального права використовуються повним обсягом методи тлумачення, що іноді ускладнює з'ясування правозастосовувачем волі законодавця, викладеної у сформульованому нормативному акті. При цьому розгляд видів тлумачення за суб'єктами (легальне, судове, доктринальне) призводить до висновку про те, що під тлумаченням правових норм потрібно розуміти не тільки з'ясування, але і в певних випадках роз'яснення їхнього змісту [264, с. 8].

При цьому логічна інтерпретація правових норм є своєрідною базою методології тлумачення, оскільки це одне з дієвих засобів з'ясування справжнього змісту правової норми, водночас вона використовується і як спосіб перевірки тлумачення системного, історичного та граматичного. Це пояснюється тим, що правильне мислення є завжди логічне мислення, тому процес осмислення правової норми є завжди логічний процес, і будь-який метод юридичної логіки може розглядатися як прийом тлумачення.

Таким чином, у методології тлумачення правових норм логічне тлумачення судом комплексно забезпечує найбільш правильне, повне і всебічне виявлення волі законодавця, вираженої в ухвалених

нормативних актах, сприяє подальшому вдосконаленню законодавства та практики його використання.

Судову систему України складають суди загальної юрисдикції (місцеві суди; апеляційні суди; Верховний Суд України) і Конституційний Суд України. Якісна відмінність тлумачення норм права в процесі їхнього застосування дозволяє також виділити як особливий вид правозастосовного тлумачення.

Велика Палата Верховного Суду під час ухвалення рішення завжди дає правозастосовне судове тлумачення, яке за своєю сутністю є прецедентним.

Прикладом може бути ситуація, коли Велика Палата Верховного Суду у ході розгляду кримінального провадження у справі № 751/7557/15-к зробила правовий висновок щодо застосування статті 290 Кримінального процесуального кодексу України, яка встановлює порядок відкриття матеріалів іншій стороні.

«Колегія суддів Касаційного кримінального суду у своїй ухвалі про направлення кримінального провадження на розгляд Великої Палати Верховного Суду висловила бажання відійти від правового висновку, викладеного у постанові ВСУ від 16 березня 2017 року № 5-364 кс 16» [256].

Згідно з цим правовим висновком «невідкриття матеріалів сторонами одна одній у порядку ст. 290 КПК України після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, є підставою для визнання судом відомостей, що містяться в них, недопустимими як доказ» [256].

У свою чергу, Колегія суддів Касаційного кримінального суду сформулювала свій правовий висновок про те, що «процесуальні документи, які стали правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі − НСРД) (ухвали, постанови, клопотання), що не були відкриті стороні захисту на момент звернення до суду з обвинувальним актом, оскільки вони не були у розпорядженні сторони обвинувачення − за наявності відповідного клопотання, можуть бути відкриті під час судового розгляду у суді першої чи апеляційної інстанції. Таке

відкриття на цих стадіях кримінального провадження процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій, не зумовлює за вказаних обставин визнання відомостей, які містяться у них, та результатів проведення таких дій недопустимими доказами відповідно до ст. 290 КПК України» [256].

«Велика Палата Верховного Суду вважає, що підстав для відходу від правового висновку ВСУ немає» [256].

Судові палати Касаційного кримінального суду дають судам нижчого рівня рекомендаційні роз'яснення з питань застосування законодавства щодо вирішення ситуацій під час судового розгляду кримінальних проваджень. Пленум Верховного Суду ухвалює рішення про звернення до Конституційного Суду України з питань конституційності законів та інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України [257].

Потрібно звернути особливу увагу, що Пленум Верховного Суду разом з Науково-консультативною радою, яка діє при Верховному Суді, мають законне право надавати висновки щодо проектів законодавчих актів, що стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних з функціонуванням судової системи України [257].

На нашу думку, через реалізацію такого права Верховний Суд має можливість здійснювати тлумачення норм права ще на стадії проектування. Касаційний кримінальний суду дає судам нижчого рівня рекомендаційні роз'яснення з питань застосування кримінального процесуального та кримінального законодавства. Верховний Суд у цілому також може надавати судам роз'яснення з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики й аналізу судової статистики.

За необхідності Велика Палата Верховного Суду визнає недійсними роз'яснення касаційних судів та зробить нові висновки, які виражає через правові позиції. Хочемо відмітити, що роз'яснення зазначених судів не змінюють закон. Але своїм авторитетом зазначені судові інстанції впливають на весь хід правозастосовного процесу,

роблять його єдиним і таким, що забезпечує суворе дотримання принципу законності.

Досить хороші приклади у своєму монографічному дослідженні привела О. В. Капліна, яка показала, як на практиці відбувається прецедент тлумачення, і хоча воно стосується норм КПК України 1961 року, донині залишається досить актуальним: «Є ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України, в якій колегія суддів, розглядаючи в судовому засіданні 10 червня 2003 року кримінальну справу за касаційним поданням прокурора й захисника на постанову Апеляційного суду Дніпропетровської області від 7 квітня 2003 року, розтлумачила положення частин 2, 3 ст. 44 КПК України щодо можливості допуску у кримінальний процес «іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто або за дорученням юридичної особи». Залишаючи касаційне подання прокурора, касаційну скаргу адвоката без задоволення, а постанову Апеляційного суду Дніпропетровської області без змін, колегія суддів Судової палати Верховного Суду України зазначила, що тільки законодавець має право за умови забезпечення кожному обвинуваченому права на отримання кваліфікованої правової допомоги і в інтересах правосуддя в цілому визначати можливості допуску як захисників інших, крім адвокатів, осіб, проте на сьогодні таке рішення законодавця відсутнє» [258, с. 96].

Наступний приклад, який наводиться автором, також є актуальним сьогодні, хоча і тлумачить норми КПК України 1961 року. «Ухвалою Апеляційного суду Херсонської області 26 вересня 2003 року кримінальну справу за обвинуваченням В. у вчиненні злочинів, відповідальність за які передбачена ч. 1 та пунктами 9, 13 ч. 2 ст. 115, частинами 1, 3 ст. 185 КК, направлено на додаткове розслідування. Розглядаючи справу в підготовчій частині судового засідання, суд постановою від 26 вересня 2003 року повернув її на додаткове розслідування, мотивуючи своє рішення тим, що органи досудового слідства допустили істотне порушення кримінально-процесуального закону, оскільки захист прав та інтересів В. здійснювала особа, яка не мала на це права.

У касаційному поданні прокурор просив скасувати цю ухвалу з мотивів її необґрунтованості й направити справу на новий судовий розгляд. Колегія суддів Судової палати в кримінальних справах Верховного Суду України визнала, що подання задоволенню не підлягає з таких підстав. Під час вирішення питання про наявність у фахівців у галузі права повноважень на здійснення захисту в кримінальній справі належить також з'ясовувати, яким саме законом їм надано право брати участь у кримінальному судочинстві як захисникам. Підставою допуску А. як захисника у справі стало те, що він 1988 року закінчив Одеський державний університет і отримав кваліфікацію юриста, є суб'єктом підприємницької діяльності як приватний підприємець, що надає юридичні послуги, і між ним та В. було укладено угоду про надання юридичних послуг.

Проте слідчий, допустивши постановою А. як захисника, не з'ясував, яким саме законом А. надано право брати участь у кримінальному судочинстві як захиснику, тобто його повноваження на участь у справі як захисника належним чином не були підтверджені.

Суд першої інстанції, встановивши, що право В. на захист було порушено і це унеможливлює подальше провадження у справі, оскільки, згідно з п. 3 ч. 2 ст. 370 КПК, порушення права обвинуваченого на захист спричиняє скасування судових рішень, обґрунтовано повернув її на додаткове розслідування.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України 23 грудня 2003 року у своїй постанові зазначила, що «відповідно до ст. 44 КПК України участь у справі як захисники можуть брати особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні, та інші фахівці в галузі права тільки в тому випадку, коли вони подадуть документи, визначені спеціальним законом, за яким дозволено таким фахівцям брати участь у кримінальному судочинстві за угодою або за дорученням юридичної особи» [258, с. 96].

Ці рішення стали прецедентними на той час, а вже пізніше під час ухвалення КПК України 2012 року були взяті за основу і викладені в статтях нового кодексу, в якому було чітко зазначено про

неможливість брати участь на стороні захисту «іншого фахівця в галузі права», крім адвоката.

Ще більш нормативним є тлумачення Конституційного Суду України. На думку А. Мазниці, чинне українське законодавство надає право офіційного обов'язкового тлумачення норм права виключно Конституційному Суду України, і це правильний підхід. Основна функція Верховної Ради України полягає в створенні норм права, і тому правозастосовна діяльність і офіційне тлумачення норм права потрібно залишити органам виконавчої (в деяких випадках судової) влади [261, с. 48−49].

У свою чергу, Конституційний Суд України активно у своїй практиці використовує посилання на норми міжнародного права. Згідно з дослідженням Т. Сендецької станом на 1 березня 2013 року Конституційний Суд України виніс 144 рішення, у 27 з них (19 % від загального числа) суд послався на норми міжнародних договорів, зокрема Конвенцію про захист прав людини й основних свобод, і в декількох випадках − на рішення Європейського суду з прав людини за конкретними справами. Такі посилання допомагають сформулювати, збагатити або посилити правову позицію у справі, обґрунтувати рішення суду [268, с. 58−59].

На сьогодні у зв'язку з набранням чинності 30 вересня 2016 року Законом України від 2 червня 2016 року № 1401-VIII «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» суттєво змінилися повноваження Конституційного Суду України. Відповідно до нової редакції статей 147, 150 Конституції України Конституційний Суд України не розглядає питань щодо офіційного тлумачення законів України.

Прикладом такого тлумачення може бути Рішення Конституційного Суду України від 23 листопада 2017 року № 1-р/2017 справа № 1-28/2017 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини третьої статті 315 Кримінального процесуального кодексу України, у якому суд визнав неконституційним третє реченні ч. 3

ст. 315 КПК України, у якому зазначалося: «За відсутності зазначених клопотань сторін кримінального провадження застосування заходів забезпечення кримінального провадження, обраних під час досудового розслідування, вважається продовженим». Тим самим суд заборонив автоматичне продовження запобіжного заходу [267].

Квазінормативне значення обов'язкового тлумачення закону вищими судами, якщо виходити з аналізу практики Європейського суду, породжує два основні питання. Перше пов'язане з повноваженнями вищих судових органів під час розгляду конкретних справ давати обов'язкове для нижчестоящих судів тлумачення норм права. І таким чином, тлумаченню надається нормативне значення [268, с. 103].

Інше закономірне питання стосується можливості надання такого тлумачення зворотної сили і використання його як підстави для скасування судових рішень, що вступили в законну силу.

За загальним правилом нормативне тлумачення має прецедентне значення. Нормативне тлумачення діє на майбутнє і є обов'язковим для нижчих судів під час розгляду ними однорідних справ, в яких норма підлягає застосуванню в її тлумаченні вищим судовим органом. Посилюється реальне значення рішень вищих судових органів для судової практики. Рішення дають нормативне тлумачення закону, раніше застосованому нижчестоящими судами у процесі вирішення конкретної справи. У зв'язку з цим виникає питання про зворотну силу тлумачення, тобто про можливість його застосування як підстави для скасування винесених судових актів, які виходили з іншої інтерпретації положень законодавства нижчестоящими судами [269, с. 104].

Згідно з дослідженнями С. С. Алексєєва в процесі судового тлумачення виробляються: 1) правові положення (створювані судами норми права для конкретного випадку шляхом тлумачення або аналогії); 2) норми права як типізовані рішення судів вищих інстанцій, які виробляються внаслідок узагальнення судової практики [250, с. 121].

На думку К. Шеппеля, формулювання фактів випадків в юридичній аргументації направляють значення юридичних текстів тільки в межах контексту фактів. Ні описів «чистих» фактів, непідконтрольних

«опису» юридичних правил. Формулювання факту є обов'язковим компонентом юридичного рішення, при цьому юридичні правила знаходять своє життя у факті [270, с. 61].

У зв'язку з цим «судові рішення, будучи процесуальними актами, «завжди є актами індивідуальними, які пов'язані з конкретними життєвими ситуаціями, що мають відповідні правові властивості» [263, с. 8].

У результаті тлумачення норм права відбувається правова оцінка факту. На завершальному етапі судового розгляду кінцевою метою є правова оцінка фактичних обставин. Така оцінка досягається формуванням певних уявлень у вигляді юридичних силогізмів кваліфікації справи, що розглядається на основі осягнутого права в процесі його розуміння. Іншими словами, здійснюється процесуальне оформлення результатів діяльності щодо з'ясування правового змісту шляхом адекватного фіксування висновків «духу» судді у рішенні [265, с. 197].

В. Яворська обґрунтувала, що змістом актів судового тлумачення є сукупність положень, які роз'яснюють законодавство. А також сутність положень, внутрішня особливість, властивості, характерні риси, які відрізняють їх від норм законодавства та рішень судів за конкретними справами. Акти судового тлумачення формулюються з метою забезпечення єдності застосування законодавства. Дослідниця виділила основні вимоги до змісту якісного акта судового тлумачення. Зокрема, йдеться про правильне застосування правил юридичної техніки, а також про повну відповідність змісту актів судового тлумачення законодавству. Іншою вимогою є відсутність в акті «новоутворених» правових норм. Акт судового тлумачення роз'яснює положення законодавства, а не тільки дублює їх. Акт судового тлумачення покращує розуміння закону для правозастосовувача і ґрунтується: 1) на узагальненнях і висновках практики дозволу певної категорії справ; 2) на аналізі допущених судами помилок.

Забезпечити дотримання і реалізацію названих вимог можна шляхом їхнього виконання щодо структури актів судового тлумачення,

правил формулювання дефініцій і юридико-лінгвістичного тлумачення в цілому [272, с. 287].

Сутність судового тлумачення складається з: 1) дослідження логічної побудови нормативного матеріалу; 2) з'ясування змісту норми права на основі аналізу її тексту; 3) аналізу і порівняння зв'язків між частинами норми права.

Особливе значення має застосування таких логічних інструментів, як поняття, судження, умовивід, закони логіки, аксіоми. Суддя здійснює дедуктивні дії з метою розташування, згідно з цими правилами, нормативних приписів, принципів і аксіом, і це відбувається з усіма нормами, які необхідно застосувати або пояснити шляхом тлумачення.

Тлумачення відіграє важливу роль у здійсненні правосуддя. За його допомогою визначається зміст особистісного суддівського розсуду. Засоби юридичної техніки забезпечують точність судового тлумачення.

Індивідуальні характеристики неповторності «духу» судді мають вирішальне значення під час здійснення правосуддя. Складний процес тлумачення норм права спрямований на юридичну кваліфікацію фактичних обставин справи. Суддя повинен вирішити подвійне завдання: встановити судову істину і здійснити судову правотворчість.

Дискусійним в юридичній літературі залишається питання про обов'язковість тлумачення норм права як необхідну умову їхнього застосування.

Деякі вчені вважають, що не існує жодної кримінальної процесуальної норми, яка могла б бути застосована без з'ясування зазначеного в ній сенсу, тобто без тлумачення [255, с. 68]. Аргументи до цього твердження такі: чи допустимо розмежовувати норми права на ясні (зрозумілі) і неясні.

Така думка є досить суб'єктивною, адже значною мірою залежить від професіоналізму, досвідченості й особистого розуміння інтерпретатора норми права. Також оскільки право являє собою сукупність правових норм і їх взаємоузгоджену систему, тлумачення кожної конкретної норми можливо не інакше, ніж в органічному зв'язку з іншими

правовими нормами, які належать як до кримінальної процесуальної галузі права, так і до інших галузей. Крім того, тлумачення правової норми, пов'язане з її застосуванням, не завжди має на меті з'ясування вираженої в її текстуальній формі волі законодавця, а і роз'яснення стосовно конкретних обставин у такій нормі.

У руслі цього дослідження не можна обійти увагою питання про співвідношення способу розширювального тлумачення і методу аналогії.

Потреба у відмежуванні аналогії від розширювального тлумачення пояснюється тим, що використання методу аналогії гарантується дотриманням більш строгих умови, ніж інтерпретація, і вимагає виконання додаткових дій з боку правозастосовного органу.

Констатуючи той факт, що «юридичне тлумачення – це, висловлюючись мовою філософії, один з видів пізнання, тобто складного процесу розумової діяльності, в результаті якої відбувається перехід від незнання до знання, відтворюється дійсна, справжня картина об'єктивного світу» [251, с. 129], можемо спостерігати значну схожість методу аналогії і розширювального тлумачення: в обох випадках відбувається розбіжність змісту правової норми з буквою закону, думка правозастосовувача йде далі текстуального вираження правової норми.

Метод аналогії, як і розширене тлумачення, спрямовані на подолання певної невідповідності між фактичними обставинами конкретного кримінального провадження і норми права. При цьому ні метод аналогії, ні розширювальне тлумачення не зумовлюють ніякої зміни у змісті об'єктивного права. Метод аналогії, як і розширене тлумачення, не застосовується в тих випадках, коли норма права встановлює виняток із загального правила, які містять приписи вичерпного характеру.

Водночас метод аналогії як засіб пізнання права (зокрема, правової норми) відрізняється від розширювального тлумачення як одного з видів пізнання права. Перш за все це обумовлено тим, що розрізняються цілі, завдання та функції цих східних правових явищ. Інакше кажучи, у них неоднакова природа і сутність.

Так, розширене тлумачення здійснюється суто в межах тлумачення норми, не «розширюючи» її зміст, а лише виявляючи дійсну волю законодавця, закладену в тексті правової норми, але з певних причин не чітко виражену. У ході міркування за методом аналогії правова норма, що передбачає цей казус, зовсім відсутня. Завдання правозастосовувача − в цьому випадку виявити в системі правову норму, регулюючу аналогічні (подібні) казуси. Однак гіпотеза цієї норми не охоплює конкретні фактичні обставини провадження, оскільки законодавець їх не передбачав.

Наприклад, під час формулювання положень про майновий найм законодавець зовсім не мав на увазі, що вони можуть бути застосовні до відносин у процесі застави майна в кримінальному провадженні. У цьому випадку, використовуючи метод аналогії, правозастосовувач поширює певні нормативні положення на нове коло відносин за ознакою подібності.

Тим самим, якщо під час розширювального тлумачення юридична норма дана безпосередньо в законі, то у процесі використання методу аналогії правозастосовувачу доводиться створювати її за ознаками, які перебувають у виявленій подібною правовій нормі. У цьому випадку бачимо неповноту («дефект») законодавства: відсутній об'єкт для будь-якого виду тлумачення. Так, наприклад, КПК України не дає чіткого визначення повідомлення про підозру як поняття або процесуального документа, хоча законодавець виділив для цього процесуального рішення Главу 22 – Повідомлення про підозру, яка включає в себе статті з 276 до 279. У цьому випадку правозастосовувач не має норми, яку потрібно тлумачити. Однак це питання все ж можна вирішити за аналогією, у правовій теорії наявне поняття «обґрунтованої підозри» закріплене у рішеннях Європейського суду з прав людини. Прикладом є рішення від 21.04.2011 у справі «Нечипорук і Йонкало проти України».

Таким чином, мета розширювального тлумачення полягає в тому, щоб привести у відповідність дійсний зміст правової норми і її юридичне вираження до волі законодавця.

Що стосується методу аналогії, то його призначення полягає, з одного боку, в наданні правозастосовувачу допомоги в правильному осмисленні фактичних обставин у конкретному кримінальному провадженні, а з іншого − в казуальному заповненні прогалин у праві. Потрібно підкреслити, що первинним об'єктом юридичного аналізу під час використання методу аналогії є гіпотеза правової норми, а диспозиція і санкція будуть об'єктом дослідження лише у разі істотної подібності врегульованих і неврегульованих правом суспільних відносин. Водночас під час розширювального тлумачення первинним об'єктом дослідження може виступати будь-який елемент правової норми, оскільки невідповідність дійсного змісту і текстуального вираження може бути як в гіпотезі, так і диспозиції, і санкції правової норми.

Підсумовуючи зазначене, можемо зробити висновок, що для підтримки єдності в тлумаченні і застосуванні норм законодавства необхідна єдина концепція судового тлумачення, що включає теорію судового тлумачення; суб'єктів і рівнів судового тлумачення; акти судового тлумачення і їхнє застосування. Концепція судового тлумачення нормативних правових актів – це новий рівень теоретичної підготовки майбутніх юристів, який сприятиме виробленню у них навичок практичного застосування норм права з метою забезпечення однаковості в юридичній діяльності. І для цього необхідно закріпити на законодавчому рівні судовий прецедент, який і дозволить судам як тлумачити норми, так і застосовувати їх у кримінальних провадженнях.

Послідовність дії судді дозволить йому виявити зміст норми права і застосувати її в конкретному випадку під час розгляду справи. У всіх видах судочинства суддя стикається з необхідністю тлумачення норми закону, перевірити вже витлумачену норму права, дати своє тлумачення нормі права у разі помилкового тлумачення або підтвердити правильність тлумачення норми права.

Тлумачення норми права, підтверджене вищою судовою інстанцією або якщо нею надано нове тлумачення нормі права, можна від-

нести до прецеденту тлумачення, який з метою забезпечення єдності судової практики в застосуванні норм права використовується в аналогічних випадках.

2.6. Співвідношення судового прецеденту в національному, кримінальному процесуальному та міжнародному праві

Усе різноманіття сучасних систем кримінального процесу можна звести до двох типів. Англосаксонський (англо-американська система) тип кримінального судочинства, найбільш яскраві представники – Великобританія, США. Другий тип кримінального процесу – романо-германська система (Франція, Італія, Іспанія Німеччина). Причому в романо-германській правовій сім'ї помітна відмінність між німецькою кримінальною процесуальною системою (Голландія, Німеччина) та романською (Іспанія, Франція).

Відмінності між провідними кримінальними процесуальними системами склалися історично. Тому цілком виправдано ототожнювати англосаксонський (англо-американська система) тип кримінального судочинства зі змагальною кримінальною процесуальною моделлю, а романо-германський – з інквізиційним. Таким чином, історичні форми кримінального процесу безпосередньо пов'язані з тим, в яку правову систему (сім'ю) входить певна держава. Правова культура, традиція об'єднує держави однієї правової сім'ї та робить кримінальну процесуальну модель частиною певної правової системи.

Прийнято розрізняти такі історичні форми (типи) кримінального процесу, як обвинувальний, або змагальний, і розшуковий, або інквізиційний. Крім того, виділяють ще приватно позовну, або просто змагальну, модель вирішення кримінального правового спору, які були характерними для раннього періоду розвитку європейських держав (у вигляді «правд»: «Руська правда», «Салічна правда» та ін.).

У більш пізній період державно-правового розвитку кримінальні процесуальні системи європейських держав розмежувалися,

по-різному сприймаючи свою культурно-правову спадщину і догмати західного вчення, запровадивши їх у вигляді унікального, національного правового досвіду, який виділився в їхні кримінальні процесуальні форми.

В основі процесу розмежування кримінальних процесуальних систем полягає публічність верховної влади й організація правосуддя в країні. Публічна влада спілкується з населенням або за допомогою монологу, або діалогу. Авторитарна публічна влада монологічна, її рішення (прийняті таємно – у вузькому колі обраних і наближених) доводяться до відома громадян, відсторонених від обговорення рішення, як правило, у вигляді документів імперативного змісту. За демократичної влади рішення ухвалюються у ході діалогу, більш-менш широкої і відкритої дискусії, при цьому виявляється різноманітність думок; усі зацікавлені в ухваленні рішення мають свободу голосу, рішення ухвалюються більшістю голосів. Тому змагальний тип процесу заснований на діалозі, інквізиційний процес – на монолозі.

Фундаментальною відмінністю між типами кримінального процесу є підхід влади під час вирішення питання про застосування кримінального закону до осіб, які вступають у кримінальні процесуальні відносини. За демократичним підходом виникає рівність сторін обвинувачення та захисту перед судом і законом (змагальний процес). Для авторитарної держави не характерні такі ознаки (інквізиційний кримінальний процес).

Інші відмінності між двома типами кримінального процесу полягають у таких деталях: наявність або відсутність кодифікованого нормативного акта, що є основним джерелом кримінального процесуального права і, відповідно, роль судових прецедентів як джерел кримінального процесуального права; правова організація діяльності органів, що здійснюють досудове розслідування кримінального провадження (наявність або відсутність загальногромадянського кримінального обвинувачення); способи отримання доказового матеріалу до суду і його подальше використання в суді; рівень розробки процесуальних гарантій учасників кримінального судочинства (перш за все обвинуваченого).

Значні відмінності прецедентної форми кримінального процесу (англосаксонська система) від слідчої форми кримінального процесу (романо-германська система) проявляються в таких технічних, але принципових моментах, як судовий порядок висунення звинувачення. У першому випадку – розвинена система «угод з правосуддям», матеріально-правовий критерій допустимості доказів (судовий розгляд), центральне місце в судовому розслідуванні відведено перехресному допиту, відсутність у процесі такого учасника, як потерпілий (жертва злочину виступає «свідком звинувачення»), а також відсутність: інституту слідчих протоколів як джерела доказів (замість них у суді детектив дає свідчення у вигляді свідка обвинувачення); інституту понятих; інституту цивільного позову в кримінальному процесі.

В Україні сьогодні є характерною змішана форма правових систем. Це пов'язано з кардинальними змінами нашого внутрішнього сприйняття норм закону після здобуття незалежності. Усе це виразилося в процесі проведення реформування судової та правоохоронної системи України, починаючи з 1991 року і продовжуючи донині.

На нашу думку, змішана форма правової системи є ідеальною, а чиста кримінальна процесуальна модель – це абстракція, в реальності ідеального змагального або інквізиційного процесу не існує. Змагальність – це завжди ідеал, а змагальний тип позитивного кримінального процесуального права сьогодні – наближення до нього.

Позитивний кримінальний процес конкретної держави завжди є базовою моделлю з частиною елементів іншої моделі. Практично всі кримінальні процесуальні системи сучасних держав змішані. При цьому, незалежно від того, яка модель превелює в кримінальному процесі держави – змагальна чи слідча; і та, й інша визначає тип процесу. Елементи з іншої правової моделі можуть частково згладити крайності базової моделі, сформувати набір вторинних ознак кримінального процесу цієї держави. Але визначають тип процесу не вони. Тип процесу в кінцевому підсумку полягає в тому, кому належить повноваження встановлювати факти у провадженні й ухвалювати на їхній основі підсумкове процесуальне рішення. У змагальному

процесі це повноваження належить суду, а в слідчому – самому слідчому, прокурору або квазі-судовому органу, який притягує до кримінальної відповідальності обвинуваченого поза судовою процедурою (модель Радянського Союзу). Крім того, правова організація змагального процесу визначається поділом влади держави, наявністю між ними системи стримувань і противаг (у вигляді процесуальних гарантій прав особи) і верховенством закону в діяльності органів влади та їхніх взаємовідносин з людиною як учасником процесу.

Прийнято вважати, що змішаній формі (типу) кримінального процесу притаманні такі ознаки:

– досудове розслідування є невід'ємною частиною кримінального судочинства (вже одне це свідчить про слідчу організацію процесу в цілому);

– кримінальне переслідування здійснюється від імені держави і засноване на публічному обвинуваченні. Справи приватного обвинувачення поширюються на обмежене коло злочинів;

– дії учасників кримінального процесу чітко визначені кримінальним процесуальним законодавством, який поширює свою юридичну силу на всю територію конкретної держави, незалежно від його територіального устрою.

Звичайно, що ми проти того, щоб під виглядом змішаного типу і з посиланнями на традиції виправдовувалися інквізиційні порядки та замовчувалися недоліки юридичного забезпечення прав і свобод особи у ході розгляду кримінального провадження.

Змішаний тип процесу – це тільки перехідна модель, це або перехід від змагальності до слідчого, або, навпаки, від слідчого до змагальності. Загальний напрям розвитку європейської цивілізації рухається до свободи, демократії і, відповідно, до побудови змагального типу процесу. У кожної окремо взятої країни шлях до змагально-справедливого кримінального судочинства має свої особливості. Не є виключенням і Україна. Рано чи пізно всі країни дійдуть до змагальної моделі в кримінальному процесі з елементами розшукової моделі. Тому що це така закономірність глобалізації та уніфікації правових стандартів.

Зазначаючи про співвідношення судового прецеденту кримінального процесу України та міжнародного права, необхідно відмітити той факт, що в кінці XX – початку XXI ст. Україна підписала, або стала учасницею ряду міжнародних договорів, які створюють умови для розширення механізмів міжнародного співробітництва у сфері кримінального процесуального судочинства.

До числа таких договорів належать ратифіковані Україною Європейська конвенція про видачу правопорушників 1957 року та додаткові протоколи до неї, Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах 1959 року та додаткові протоколи до неї, Європейська конвенція про нагляд за умовно засудженими або умовно звільненими правопорушниками 1964 року, Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків 1970 року, Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах 1972 року, Європейська конвенція про незастосування строків давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів 1974 року, Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом 1977 року, Конвенція про передачу засуджених осіб 1983 року та додаткового протоколу до неї, Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, 1990 року, Угода про незаконний обіг на морі, укладена на виконання статті 17 конвенції ООН про боротьбу з незаконним обігом наркотичних засобів та психотропних речовин 1995 року, Конвенція про захист довкілля засобами кримінального законодавства 1998 року, Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією 1999 року та додаткового протоколу до неї, Конвенція про кіберзлочинність 2001 року та додаткового протоколу до неї, Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму 2005 року, Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму 2005 року та додаткового протоколу до неї, Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми 2005 року, Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин 1988 року, Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим

тероризмом 1997 року, Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму 1999 року, Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності 2000 року, Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 року, Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму 2005 року [275].

Незважаючи на обов'язковість для України, деякі положення цих міжнародних договорів щодо процесуальних аспектів міжнародного співробітництва у сфері кримінального судочинства довгий час не були імплементовані в норми вітчизняного законодавства, хоча на сьогодні більшість процесуальних аспектів, але не всі, враховані в новому Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 року.

У першу чергу, йдеться про прецедентні норми, які є необхідними елементами еволюційного розвитку правової системи нашої країни. Здатність прецеденту як джерела права оперативно реагувати на зміну соціально-політичної кон'юнктури в Україні та на міжнародній арені робить його у деяких випадках більш ефективним регулятором суспільних відносин, ніж традиційні для континентального права нормативно-правові акти [298, с. 123].

Ця проблема виходить далеко за межі звичайного процесу надання міжнародним договорам юридичної сили в рамках правової системи України.

Ця обставина зумовлена тим, що в них на міжнародно-правовому рівні закладаються основи ряду нових напрямів міжнародного співробітництва у сфері кримінального процесу, покликаних підвищити ефективність такого співробітництва, скоротити терміни надання взаємної правової допомоги у кримінальних провадженнях, спростити порядок збирання доказів за межами нашої держави.

Такими новими напрямами міжнародного співробітництва у сфері кримінального судочинства є:

– міжнародний розшук, арешт, конфіскація грошових коштів і майна, отриманих злочинним шляхом, а також доходів, здобутих злочинним шляхом;

− проведення спільних розслідувань спільними (міжнародними) слідчими групами;

− використання відеоконференцзв'язку (відозв'язку) які однієї з форм взаємної правової допомоги у кримінальних справах.

При цьому під міжнародним розшуком, арештом і конфіскацією, отриманих злочинним шляхом, коштів і майна, а також доходів, одержаних злочинним шляхом, розуміється акт міжнародного співробітництва у сфері кримінального процесу, який здійснюється відповідно до національного законодавства та міжнародних договорів, що полягає в ухваленні на підставі клопотань (запитів) компетентними правоохоронними органами або судами зарубіжних країн заходів щодо: розшуку і забезпечення збереження грошей, цінностей і майна, а також доходів, одержаних злочинним шляхом та належних підозрюваному (обвинуваченому) і які підлягають конфіскації; їх передача іншій державі для використання в кримінальному судочинстві як доказів, і подальшою конфіскацією з метою відшкодування збитків особам, потерпілим від злочинів (реституції); здійснення конфіскації на підставі вироку іноземного суду або іншого судового рішення [277; 301].

Спільні розслідування (joint investigations) – діяльність з розслідування злочинів, що здійснюється спільними слідчими групами (joint investigation teams), сформованими з представників компетентних органів різних держав, наділених повноваженнями щодо виконання процесуальних дій у рамках конкретних кримінальних проваджень на територіях тих держав, представники яких включені в склад таких груп [273, с. 294−306].

Що стосується відеоконференції (video conference), то вона являє собою двосторонній відео-, аудіозв'язок між двома пунктами, відстань між якими не має значення, у режимі реального часу (без урахування часових поясів), в одному з яких перебувають особи, які проводять та беруть участь у проведенні слідчої дії, а в іншому – ті, з якими проводять процесуальну дію [302, с. 96]. Більш ширше поняття відеоконференції дає М. І. Смирнов, який визначив її «як особливу процедуру провадження, під час якої посадова особа (суддя, прокурор, слідчий)

перебуває в місці основного провадження у кримінальній справі, а учасник процесуальної дії перебуває в іншому місці й спілкування між ними відбувається в режимі реального часу з використанням технічних засобів за допомогою аудіовізуальної взаємодії [303, с. 97].

Результати проведених наукових досліджень свідчать про те, що для таких напрямів співпраці за міжнародними договорами повинні бути сформовані достатні міжнародно-правові основи, побудовані на прецедентних нормах, які потрібні для слідчої і судової практики для динамічного вирішення завдань кримінального судочинства, пов'язаного із захистом основних прав і свобод особи. Тим більше, що в Україні «судам відведено ключову роль у забезпеченні ефективного захисту прав, свобод і законних інтересів громадян. Саме суди вважаються, як правило, тими ефективними правовими засобами захисту інтересів громадян на національному рівні, до яких за Конвенцією про захист прав людини й основоположних свобод необхідно звертатися за захистом своїх прав» [299, с. 8].

Крім того, на нашу думку, необхідність використання прецедентних норм викликано і тим, що в нашому законодавстві не завжди створені належні нормативно-правові механізми реалізації в слідчій і судовій практиці нових напрямів міжнародного співробітництва у сфері кримінального судочинства. Такі прогалини значно звужують можливості міжнародної співпраці, особливо в наданні та отриманні взаємної правової допомоги у кримінальних справах в умовах, коли на міждержавному рівні створені необхідні умови для цього.

В. Шафарчук, наголошуючи про переваги судового прецеденту, зазначає, що «система прецедентного права робить прозорою й передбачуваною як судову систему, так і діяльність правоохоронних органів, оскільки будь-який орган чи посадова особа не зможуть за аналогічних обставин відступити від правила, закріпленого в конкретному рішенні. За таких обставин втрачає сенс здійснення тиску на суд чи будь-яку посадову особу, зменшується кількість скарг та знижується рівень корупції, оскільки ніхто не зможе діяти в аналогічній справі інакше, ніж у попередній» [305].

Хоча справедливо зазначити, що з ухваленням нового Кримінального процесуального кодексу України на законодавчому рівні вдалося закріпити ряд аналогічних норм, які передбачені як у країнах європейського союзу з романо-германською правовою системою, так і англосаксонською, куди необхідно віднести і такі розвинені країни, як США та Канада. Прикладом можуть бути статті 232 та 336 КПК України, які передбачають застосування на досудовому та судовому розгляді кримінальних проваджень відеоконференції, що значно спрощує процес отримання інформації та залучення осіб до розгляду кримінальних проваджень. Хоча досі ці норми застосовуються нині в основному тільки під час розслідування та розгляду в судах кримінальних проваджень, які стосуються внутрішніх правопорушень.

Тим часом потреби у використанні можливостей, які зумовлені такими напрямами міжнародного співробітництва, постійно зростають. І законодавець не завжди може оперативно реагувати на потреби слідчої та судової практики. Це обумовлено декількома факторами.

По-перше, зростаючими обсягами роботи українських компетентних органів у сфері надання правової допомоги у кримінальних провадженнях. Так, за даними Генеральної прокуратури України 2016 р., надійшло звернень іноземних установ 2 436, з них виконано – 2 151, у т.ч. виконано запитів зі здійснення процесуальних дій – 1 917, з перейняття кримінальних проваджень – 127, з екстрадиції – 107; надіслано звернень установ України до виконання іноземним установам − 651, з них виконано − 550, у т.ч. виконано запитів зі здійснення процесуальних дій – 445, з перейняття кримінальних проваджень – 7, з екстрадиції – 98 [295].

По-друге, тим, що, незважаючи на зусилля, що робляться, упродовж багатьох років не вдається повністю скоротити терміни виконання запитів про правову допомогу у кримінальних провадженнях у традиційних процесуальних формах, які на практиці становлять від шести місяців до двох років, іноді і більше. А як показує наша практика та практика іноземних держав, використання відеоконференцзв’язку дозволяє значно скоротити терміни виконання запитів про

правову допомогу у кримінальних провадженнях (від кількох годин до декількох днів), підвищити якість їхнього розгляду, істотно зменшити фінансові витрати, а також вирішити ряд організаційних питань. Скороченню термінів розслідування кримінальних проваджень за транснаціональними злочинами значною мірою сприяє і діяльність спільних слідчих груп.

По-третє, правоохоронні органи країни проводять значну роботу із захисту майнових інтересів України і відшкодування майнової шкоди особам, які потерпіли від злочинів. Практика ж свідчить, що у конкретних кримінальних провадженнях досягненню позитивного результату перешкоджають прогалини у регламентації механізмів виявлення, арешту, конфіскації і повернення активів за запитами компетентних органів України та іноземних держав у рамках кримінального судочинства.

Саме цими факторами була обумовлена необхідність формування достатнього внутрішньодержавного правового регулювання в цій сфері. Саме на цьому наголошують О. Дудоров та Т. Тертиченко, що «хоч у практиці судів України і допускається застосування норм міжнародних договорів після ратифікації, але прецеденти прямого їхнього застосування при винесенні рішень у кримінальних справах про злочини міжнародного характеру невідомі, і в таких випадках суди й надалі будуть керуватися національним законодавством, у яке трансформуються норми міжнародного кримінального права» [300, с. 46].

Такої ж думки і О. Скакун, яка вважає, що «прецеденте право стало частиною вітчизняного права: судовий прецедент існує де-факто, що є показником судової правотворчості, хоча вона ще не має офіційного законодавчого закріплення. Затвердженню судового прецеденту в Україні сприяє той факт, що наша країна визнала європейське право, яке формується переважно як прецеденте, а тому для з'ясування дійсної ролі прецеденту в системі формальних джерел права України особливе значення має саме законодавче закріплення [301, с. 106].

Л. Луць, зазначаючи з цього приводу, зазначив, що «в романо-германському (континентальному) типі правових систем, у якому

нормативно-правовий акт є основним джерелом права та з яким ідентифікується сучасна правова система України, збільшується питома вага судових прецедентів. Хоча й дотепер у правових системах цього типу відсутня як концепція прецедентного права, так і уподібнена практика застосування прецедентних рішень судами» [284, с. 11].

Крім того, необхідність регламентації в кримінальному процесуальному праві правил виконання відповідних процесуальних дій у сфері міжнародного співробітництва зумовлена порядком дії норм міжнародного права в правовій системі України. Цей порядок визначається насамперед тим, що під впливом міжнародного права в національному праві виникають нові норми, змінюються або скасовуються чинні. Надаючи допомогу міжнародним правом у реалізації його норм, національне право піддається змінам, викликаним необхідністю виконання норм міжнародного права.

Довгий час проблема взаємодії міжнародного і внутрішньодержавного права була об'єктом уваги тільки юристів-міжнародників. Встановленні в стст. 9, 18 Конституції України правила про те, що «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України; і те що зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права» [281], саме по собі не вирішувало проблеми створення правових, організаційних і навіть психологічних умов для його практичного втілення. І законодавчий, і інші правозастосовні органи були не готовими до настільки істотного розширення нормативно-правової бази функціонування міжнародного права, що породжувало значні труднощі в практичній діяльності цих суб'єктів щодо застосування норм міжнародного права. І одним з основних чинників, які дозволили частково вирішити питання нормативного забезпечення, було ухвалення нового КПК України 2012 року, який дозволив забезпечити поступальний розвиток правового регулювання міжнародного

співробітництва у сфері кримінального процесу. Хоча на сьогодні є багато питань щодо порядку приведення в дію норм міжнародного права в рамках внутрішньодержавного кримінального судочинства. Саме тут повинен відігравати вирішальну роль судовий прецедент, за допомогою якого можна оперативно усувати такі прогалини до їхнього закріплення на законодавчому рівні.

Ряд учених вказують на те, що «судовий прецедент, звичайно, не може замінити глибокий об'єктивний підхід судді до кожної конкретної справи. Він буде лише основою, керівним началом, а отже, сприятиме більш оперативному реагуванню на ту чи іншу ситуацію» [279, с. 8]. Іншим автором було продовжено цю думку: «Судове рішення має ухвалюватись у певних межах, якими є справедливість, об'єктивність, гуманізм. Межі судового розсуду повинні окреслюватись під час вирішення конкретної справи, розступатись перед постійною непередбачуваністю життя, унікальністю кожної конкретної ситуації. Остаточне формування прецеденту залежить від багатьох факторів: конкретних обставин справи, відсутності норми, яка регулювала б правовідносини, рівня підготовки матеріалів справи. Однак лише індивідуальна правова свідомість судді повинна бути останньою інстанцією для ухвалення справедливого рішення. Справедливість судового рішення означає, що процес його ухвалення містив елементи суб'єктивної відповідальності, об'єктивне заглиблення в правову ситуацію, детальний аналіз обставин справи та уважне ставлення до всіх її учасників» [278, с. 11].

У вітчизняній міжнародно-правовій доктрині сформувалося дві теорії приведення в дію норм міжнародного права в рамках внутрішньодержавного правопорядку: теорія трансформації і теорія імплементації (за сутністю безпосередньої дії норми міжнародного права), які якісно відрізняються один від одного як з точки зору визначення основного змісту цього процесу, так і з характеристики основних способів його здійснення.

Докладний аналіз цих концепцій не є предметом цієї роботи, однак потрібно зазначити, що давня дискусія і навіть суперечка в теорії

міжнародного права про природу внутрішньодержавного виконання міжнародних зобов'язань має достатні теоретичні та правові підстави до розв'язання [283, с. 58; 285, с. 45; 297, с. 201–211].

Перш за все обидві концепції виходять з того, що міжнародне і внутрішньодержавне право це два різні правопорядки. Тому перше не може бути безпосереднім регулятором відносин у сфері дії другого, вимагаючи для введення в дію певної форми, до сутності якої і зводиться протиріччя названих теорій.

Представники першої концепції вважають, що для додання нормам міжнародного права юридичної сили всередині держави вони повинні бути трансформовані в норми національного права (іншими словами, придбати силу норм внутрішньодержавного права) шляхом видання відповідного «трансформаційного» національного правового акта.

Прихильники другої концепції вважають, що якщо норми міжнародного права спрямовані на врегулювання відносин між конкретними суб'єктами різної державної приналежності, то вони, як правило, є самовпровадженими (внаслідок їхнього детального опрацювання і завершеності) і мають на території нашої країни пряму дію (використовується відсильний метод). Якщо міжнародно-правові приписи орієнтовані на врегулювання відносин між суб'єктами однієї країни, то вони, як правило, не є самовпровадженими і для здійснення їхніх положень на практиці державою ухвалюється внутрішній правовий акт, що конкретизує зміст таких норм, у рамках і обсязі, які визначаються самим міжнародним актом, положення якого підлягають конкретизації, для чого використовується метод інкорпорації. У тих випадках, коли норми міжнародного права призначені для врегулювання політичних відносин (як правило, пов'язаних зі співпрацею держав у різних областях), що виходять за межі державних кордонів, національне право з метою імплементації відповідних міжнародно-правових приписів тільки забезпечує нормативну основу функціонування і взаємодії державних органів і посадових осіб у процесі виконання ними положень конкретного міжнародного акта.

При цьому процедура імплементації норм міжнародного права являє собою органічне поєднання правотворчої (де це необхідно) й організаційно-виконавчої діяльності.

Не вдаючись у виклад аргументів прихильників цих концепцій, необхідним буде зіставити їхні основні положення з міжнародними договорами, предметом регулювання яких є нові напрями міжнародного співробітництва у сфері кримінального процесу, а саме з нормами Європейської конвенції про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом (1990), Конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму (2000), Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (2000), Конвенції ООН проти корупції (2003) та інших.

З точки зору концепції «трансформації» підписання і ратифікація Україною кожного з названих міжнародно-правових документів вимагає видання відповідних «трансформаційних» правових актів, якими, з урахуванням вимог ч. 1 ст. 1 КПК України, в нього повинні будуть вноситися доповнення і зміни.

З урахуванням основних положень концепції «імплементації» потрібно зазначити кілька істотно важливих обставин:

1) норми більшості названих міжнародних договорів, предметом яких є міжнародне співробітництво у сфері кримінального процесу, не спрямовані на врегулювання відносин саме між конкретними національними суб'єктами кримінального процесу (судочинства) різної державної приналежності, у зв'язку з чим вони не можуть бути визнані самовпровадженими;

2) норми всіх без винятку названих міжнародних договорів призначені для врегулювання відносин, пов'язаних з міжнародним співробітництвом держав-учасниць у сфері кримінального процесуального регулювання розслідування конкретних кримінальних проваджень, що виходять за межі державних кордонів. У зв'язку з цим національне право з метою імплементації відповідних міжнародно-правових приписів має забезпечити нормативну основу функціонування і взаємодії компетентних державних органів і посадових осіб у процесі виконан-

ня ними положень цих міжнародних договорів. При цьому процедура імплементації норм цих договорів повинна мати як правотворчий, так і організаційно-виконавчий характер.

Варто уточнити, що в цьому випадку повинно йтися не про імплементацію договорів, а про національно-правову імплементацію, під якою в науці міжнародного права розуміється створення юридичних передумов для фактичного виконання договору [296, с. 12–13]. При цьому вона може здійснюватися з використанням різних прийомів юридичної техніки.

Таким чином, як з точки зору «трансформації», так і теорії «безпосередньої дії норм міжнародного права» введення в дію норм міжнародних договорів, направлених на міжнародне співробітництво у сфері кримінального процесу, неможливо запровадити лише шляхом виконання приписів, що містяться в цих договорах. Воно вимагає формування достатнього правового забезпечення у вітчизняному кримінальному процесуальному праві шляхом включення в нього норм про правила виконання відповідних процесуальних дій, пов'язаних з міжнародним розшуком, арештом і конфіскацією отриманих злочинним шляхом коштів і майна, а також доходів, одержаних злочинним шляхом, розслідуванням комп'ютерних злочинів, використанням відеоконференцзв'язку під час надання взаємної правової допомоги у кримінальних провадженнях.

Цей висновок підтверджується й аргументами конкретного правового характеру.

Перший аргумент – міжнародно-правовий. Усі міжнародні договори містять норми, які зобов'язують державу-учасницю вжити заходи до включення в національне законодавство процесуальних правил для максимально широкого міжнародного співробітництва в кримінальному процесі.

Відповідно до ст. 7 Конвенції про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, сторони зобов'язані вжити законодавчих заходів для забезпечення міжнародного співробітництва [294]. Стаття 23 Конвенції про кримінальну

відповідальність за корупцію зазначає: «Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть виявитися необхідними, включаючи заходи, що дозволяють застосування спеціальних методів розслідування відповідно до внутрішнього законодавства, з метою сприяння збору доказів, що мають відношення до кримінальних правопорушень, визнаними такими відповідно до стст. 2–14 цієї Конвенції, а також для виявлення, розшуку, накладення арешту і вилучення знарядь злочинів та доходів від корупції або майна, вартість якого відповідає таким доходам» [282]. Стаття 12 Міжнародної Конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму містить норми про те, що «держави-учасниці надають одна одній максимальну допомогу у зв'язку з кримінальними розслідуваннями, кримінальним переслідуванням або процедурами видачі у зв'язку із вчиненням злочинів, зазначених у статті 2, включаючи сприяння в отриманні наявних у них доказів, які необхідні для розгляду», і що «кожна держава-учасниця може розглядати питання про створення механізмів для того, щоб ділитися з іншими державами-учасниками інформацією або доказами, необхідними для встановлення кримінальної, цивільної або адміністративної відповідальності» [287].

Стаття 34 Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності свідчить, що «кожна держава-учасниця вживає, відповідно до основних принципів свого внутрішнього законодавства, необхідних заходів, включаючи законодавчі та адміністративні заходи, для забезпечення здійснення своїх зобов'язань» [280].

Згідно з вимогами ст. 26 Віденської конвенції про право міжнародних договорів у міжнародному праві діє принцип pacta sunt servanda, що означає, що кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись [280]. Згідно із ст. 18 Конвенції на держави накладається обов'язок утримуватися від дій, які позбавили б договір його об'єкта і мети. Це положення відображає одну із сторін принципу pacta sunt servanda – сумлінність. Цей принцип повним обсягом застосовується тільки до чинних міжнародних договорів, тобто до таких, які вступили в силу. Однак сумлінність,

як вона зафіксована у ст. 18 Конвенції, починається з моменту підписання договору [280]. Вважається загальновизнаним, що держави, які підписали договір під умовою ратифікації, ухвалення або затвердження, беруть на себе в дусі доброї волі зобов'язання утримуватися від дій, що суперечать об'єкту і меті договору.

З моменту вступу в силу міжнародного договору всі його зобов'язуючі положення повинні дотримуватися, а сам договір виконуватися. Отже, норми таких договорів, які зобов'язують держави включити в свої закони відповідні приписи і забезпечити їхню дію, також вступають у силу повним обсягом з цього ж моменту. Оскільки внутрішньодержавний законодавчий процес значний за часом, то природно він повинен починатися якомога швидше після моменту підписання договору з тим, щоб до моменту його ратифікації і вступу в силу були створені правові основи для реалізації його норм на внутрішньодержавному рівні.

Другий аргумент – конституційно-правовий. Норми міжнародного і внутрішньодержавного права взаємопов'язані і взаємозалежні. Їхнє взаємовідношення характеризується тим, що міжнародне і національне право доповнюють і взаємно збагачують одне одного. Останнє є основним джерелом міжнародних конвенцій. У них знаходить закріплення найкраще з досягнутого національними правовими системами та апробованого державами на практиці виходячи з вироблених у ході розвитку світової цивілізації загальнолюдських уявлень про демократію, гуманізм, захист прав і свобод особистості. У свою чергу, законодавство суверенних держав будується з урахуванням як юридично обов'язкових, так і рекомендаційних міжнародно-правових актів.

Міжнародні договори України, в яких вона бере участь, які належним чином ратифіковані і вступили в силу, безумовно, входять в її правову систему і повинні належним чином виконуватися, аж до застосування їхніх правил у разі суперечності в чинному законодавстві.

За умовами всіх без винятку договорів, що регламентують кримінальні процесуальні аспекти міжнародного співробітництва, вони

підлягають реалізації з використанням національного кримінального процесуального закону, в якому, як уже зазначалося, наявні норми з питань міжнародного розшуку, арешту і конфіскації одержаних злочинним шляхом грошових коштів та майна, а також доходів, одержаних злочинним шляхом, розслідування комп'ютерних злочинів, використання відеозв'язку під час надання взаємної правової допомоги у кримінальних провадженнях.

Конституція України встановила, що вона має вищу юридичну силу і пряму дію на всій території держави. Внаслідок цього жодна норма правової системи країни, в тому числі і міжнародно-правова, не повинна суперечити Конституції України.

Включення Конституцією України міжнародних договорів у правову систему країни означає, що і законодавчі органи в межах своєї компетенції повинні забезпечувати виконання їхніх норм. Відповідно, якщо міжнародний договір зобов'язує його розробити як, зазначено вище, певні кримінальні процесуальні норми і включити їх у внутрішньодержавне законодавство, то вимога є обов'язковою для законодавця, який не має права ухилятися від ухвалення відповідних законів. А у разі неможливості швидкої імплементації таких норм у національне законодавство, на нашу думку, необхідно брати за основу досвід європейських країн, який частково у нас уже застосовується.

У європейських країнах для визначення нормативного значення актів судової влади вживається правова конструкція «усталена судова практика», а не «судовий прецедент». Ці поняття є досить спорідненими і відображають один і той самий феномен судової правотворчості, проте в різних історичних і соціальних умовах. Розглядаючи питання їхнього співвідношення, професор М. Марченко дійшов такого висновку: «Судова практика, будучи самодостатньою формою суддівського права, водночас має прецедентний, або нормативно-прецедентний, характер» [286, с. 111].

Неприпустимість іншого тлумачення зазначеного конституційного положення про застосування норм міжнародного договору у разі відсутності відповідного регулювання в кримінальному процесуаль-

ному законі суто випливає з норми, закріпленої у ст. 1 КПК України, відповідно до якої, по-перше, порядок кримінального судочинства на території України встановлюється КПК України, заснованим на Конституції України, а по-друге, загальновизнані принципи і норми міжнародного права і міжнародні договори України є складовою частиною законодавства України, що регулює кримінальне судочинство.

Наголошуючи про конституційно-правову аргументацію зробленого висновку, потрібно зазначити, що, як свідчать результати досліджень, проведених Р. А. Мюллерсоном [289; 290, с. 125–140; 291, с. 80–89; 292; 293], законодавство і практика національно-правової імплементації норм міжнародного права дозволяють розділити держави світу на три групи:

1. Країни, в яких національне законодавство вважає міжнародні договори частиною права країни (США, Франція, Бельгія, Голландія, Україна та ін.). Конституції цих держав містять загальне відсилання до міжнародних договорів, і внаслідок цього міжнародні договори в принципі можуть діяти всередині країни, у сфері дії національного права. Однак під час застосування ними міжнародних договорів виникає безліч проблем. По-перше, тому що міжнародний договір регулює відносини між державами та іншими суб'єктами міжнародного права, його положення, які мають на меті досягнення певного врегулювання відносин за участі суб'єктів національного права, не завжди придатні для регулювання цих відносин. Звідси виникає проблема самодоповнюючих і несамодоповнюючих норм таких договорів, які не відображені в жодній країні такої групи. По-друге, вступу договору в силу на міжнародній арені, як правило, недостатньо для того, щоб договір став обов'язковим для суб'єктів національного права цих держав. Суди більшості з них вимагають, щоб він був опублікований в офіційних виданнях країни, а, як показує практика, це не завжди робиться. По-третє, виникає проблема співвідношення між нормами міжнародних договорів, укладених від імені держави різними його органами, і нормами національного права різного рівня. По-четверте,

виникає питання про юридичну силу раніше укладених договорів і наступних норм національного права у разі розбіжностей між ними. Проблеми, що виникають, перешкоджають реалізації повним обсягом норм міжнародних договорів, хоча вони й оголошені частиною права держави.

2. Країни, в яких національне законодавство та судова практика чітко розмежовує право на міжнародне та внутрішньодержавне (Великобританія й інші держави Співдружності), у зв'язку з чим без включення відповідних норм (по суті, дублювання) міжнародного права в нормативні акти внутрішньодержавного вони не діють.

3. Країни, в яких конституції проголошують загальновизнані норми міжнародного права вище права країни (ФРН, Італія, Греція). Для них характерна відсутність повної ясності у визначенні самого поняття загальновизнаності норм міжнародного права, внаслідок чого міжнародні договори, як правило, не діють безпосередньо, а також проходять процедуру національно-правової імплементації.

Третій аргумент – кримінальний процесуальний. Згідно із ст. 2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів міжнародний договір – це регульована міжнародним правом угода, укладена державами та іншими суб'єктами міжнародного права в письмовій формі, незалежно від того, чи міститься така угода в одному, двох або кількох пов'язаних між собою документах, а також незалежно від його конкретного найменування [276].

Усі міжнародні договори, що регулюють питання співпраці у сфері кримінального процесу, укладаються тільки суб'єктами міжнародного права державою. Передбачені договорами зобов'язання, як правило, покладаються виключно на державу.

Наведені дані однозначно свідчать про те, що міжнародні договори з питань співробітництва у сфері кримінального судочинства регулюють взаємовідносини в цій сфері держав як суб'єктів міжнародного права.

На відміну від міжнародного суб'єктами кримінального процесуального права є представники державних органів (слідчий, проку-

рор, орган дізнання, оперативні підрозділи) або суд, які здійснюють процесуальну діяльність щодо розкриття і розслідування злочину, які беруть участь у здійсненні правосуддя або вчиняють його. Також до суб'єктів кримінального процесу належать особи як зацікавлені (підозрюваний, обвинувачений, потерпілий, цивільні позивач і відповідач), так і незацікавлені (свідок, експерт, понятий, фахівець, перекладач) у результаті кримінального провадження. Будь-яка процесуальна дія сторони захисту або обвинувачення є або юридичним фактом, що породжує кримінальну процесуальну дію, якою суб'єкт кримінальних процесуальних відносини забезпечує своє право або виконує свій обов'язок.

Відповідно до встановленої процесуальної форми повноваженнями щодо застосування норм кримінально-процесуального права, заходів процесуального примусу щодо певних осіб, винесення рішення про початок провадження у справі, його розслідування та вирішення справи за сутністю наділені виключно названі в законі органи держави і посадові особи. Усі вони є суб'єктами кримінального процесу, але не є суб'єктами міжнародних відносин і міжнародного права.

Внаслідок цього на них не може безпосередньо покладатися виконання зобов'язань держави (як суб'єкта міжнародних відносин) за міжнародними договорами, якщо для цього відсутня належна процесуальна форма, яка передбачає порядок реалізації конкретних прав і виконання обов'язків. Виключенням з цього може бути тільки суд. На розвиток прецедентного права в державах-членах ЄС, які представляють романо-германську правову систему, суттєво впливають європейські інтеграційні процеси. Практика судів ЄС, насамперед Суду Правосуддя Європейських Співтовариств, безпосередньо позначається на діяльності внутрішньодержавних судів [274, с. 113].

Таким чином, необхідність регламентації у вітчизняному законодавстві процесуальної форми різних напрямів міжнародного співробітництва у сфері кримінального судочинства зумовлює необхідність включення в нього приписів, що випливають з узятих на себе Україною зобов'язань за міжнародними договорами, чинними в цій сфері.

Запропонований механізм відображення норм міжнародного права в кримінальному процесуальному законодавстві України узгоджується в цілому і з позицією міжнародної спільноти, яка заснована на необхідності дотримання державного суверенітету під час здійснення міжнародного співробітництва у сфері кримінального процесу.

Оскільки національне законодавство відіграє основну роль у регулюванні кримінального процесу, тому в ньому повинні обов'язково міститися не тільки основні правила, зазначені в міжнародно-правових договорах, а саме інститути, напрями і види міжнародного співробітництва в кримінальній процесуальній сфері, але і здійснюватися їхня більш детальна регламентація. Крім того, нормами національного законодавства повинні регламентувати і питання, які взагалі не зазначені в міжнародному договорі, але вимагають врегулювання для його належного виконання.

Доки у слідчій і судовій практиці міжнародного співробітництва у сфері кримінального судочинства зустрічаються лише поодинокі випадки de facto міжнародного розшуку коштів та майна, отриманих злочинним шляхом, використання механізмів спільних розслідувань і відеоконференцзв'язку в рамках міжнародного співробітництва у кримінальних провадженнях. Причому спираються вони на використання вже впроваджених процесуальних інститутів, закріплених у КПК України, а саме: в ст. 568 (розшук, арешт і конфіскація майна), ст. 571 (створення і діяльність спільних слідчих груп) та за аналогією стст. 232, 336, ч. 3 ст. 351, ч. 4 ст. 354 (застосування систем відеоконференцзв'язку).

З огляду на викладене та створення міжнародними договорами правових основ нових напрямів міжнародного співробітництва у сфері кримінального судочинства, раніше невідомих вітчизняному кримінальному процесуальному законодавству, наявні в останньому прогалини підлягають усуненню шляхом національно-правової імплементації таких норм до КПК України.

Крім того, у міжнародному праві спостерігається тенденція збереження судової наступності та становлення елементів міжнародного

прецедентного права. На етапі формування перебуває принцип відносної сили попередньо винесеного рішення (переконливого прецеденту) міжнародного суду [304, с. 21]. Відсутність у загальному міжнародному праві вимоги про дотримання попередніх рішень міжнародних судів не заважає деяким із них (зокрема, міжнародним кримінальним трибуналам) започатковувати практику врахування попередньо винесених ними судових рішень [288, с. 113].

Тим самим, судова практика в Україні є початком запровадження судового прецеденту. Імплементуючи в кримінальне процесуальне законодавство норми міжнародного права, суди можуть виносити певну кількість принципових рішень, які усувають прогалини в законодавстві. Хоча в Україні про «прецедентність» судової практики йдеться лише тоді, коли на підставі прецедентного рішення починають ухвалювати аналогічні рішення, що в підсумку завершує формування правової норми, і ця сукупність окремих прецедентних рішень (оскільки, власне кажучи, тільки перше рішення є прецедентом, інші вже є його відтворенням) розглядається як частина судової практики» [304, с. 21].

РОЗДІЛ ІІІ
ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ В УКРАЇНІ

3.1. Основи організації судового прецеденту в кримінальному процесі України

Теорія, історія і практика організації судового прецеденту є частиною становлення будь-якої правової системи, де застосовується це джерело права. Вивчати історію судового прецеденту потрібно для глибокого розуміння його правової природи, визначення його можливостей разом з іншими джерелами права, шляхів підвищення ефективності, створення і застосування, а також виявлення перспектив законодавчого закріплення.

Історично дія судового прецеденту складалася по-різному – залежно від того, яке місце посідало це джерело права в правових системах (сім'ях). Так, у країнах англосаксонської правової сім'ї судовий прецедент має першорядне значення, оскільки норми права створювалися і створюються суддями під час винесення рішень. У країнах романо-германської правової сім'ї судова практика підпорядкована праву, судді у процесі здійснення правосуддя керуються насамперед законом.

Незважаючи на своє значення, доктрина судового прецеденту досі ще не отримала однозначного розуміння і затвердження в українській правовій науці і практиці. Прецедент заперечувався упродовж багатьох років у радянській теорії права, хоча були спроби теоретично обґрунтувати створення і застосування судової практики вищими судовими органами.

Конституція України 1996 року законодавчо закріпила поділ державної влади на законодавчу, виконавчу і судову. Розроблено Концепцію судової реформи, яка дозволить утвердитися судовій владі в державному механізмі як самостійній впливовій силі, яка не залежить у своїй діяльності від законодавчої і виконавчої влади.

Ці зміни дозволили по-новому подивитись на роль суду у виробленні та створенні прецедентів. Досліджуючи англійське прецедентне право, Б. В. Малишев у своїй роботі зазначав, що «доктрина прецеденту забезпечує водночас і стабільність і динамічність прецедентного права. Завдяки їй прецедентна форма права здатна оперативно й адекватно реагувати на всі зміни суспільного життя й у більшості випадків здійснювати ефективніше, ніж нормативно-правовий акт, регулювання конкретних відносин» [322, с. 307].

Як показує досвід розвинених демократичних країн, причому не тільки англо-американської групи, що високий рівень правового розвитку досягається в суспільстві тоді, коли суд спирається на конституцію, закон, на загальновизнані права людини і творить право. Тому надання рішенням вищих судових інстанцій України функцій судового прецеденту видається справою назрілою, цілком виправданою.

Судовий прецедент є найдавнішим джерелом права. Прецедентне право спочатку склалося в Англії і потім зайняло центральне місце в англосаксонській правовій сім'ї, в яку входять такі країни, як Австралія, Канада, США. Провідну роль у створенні і формуванні судового прецеденту зіграли англійські королівські суди, де правосуддя здійснювали професійні юристи – доктора права. Тому загальне право, як зазначає І. Ю. Богданівська, спочатку формувалося як право юристів [310].

У подальшому становленню принципів прецеденту сприяла судова реформа 1873–1875 рр. і всі наступні реформи судової системи. У результаті була створена розвинена система судів, визначені вищі суди, які творили прецеденти своїми рішеннями. Судова система Англії являє собою структуру судів нижчих і вищої ланок, в яку входять магістратські суди, суди графств і Верховний суд. Останній являє собою систему вищих судів. До нього віднесені Суд Корони, Високий суд (має три відділення: канцелярське, у сімейних справах і відділення Королівської лави), Апеляційний суд (що складається з цивільного і кримінального відділень) і Судовий комітет Таємної ради. На вершині судової «піраміди» розташовується палата лордів. Така цен-

тралізована система судів сприяла створенню умов для дії принципу прецеденту, зміцненню обов'язковості нижчестоящих судів слідувати рішенням вищестоящих.

Для вивчення й аналізу судової практики на допомогу суддям стали випускати щорічники (з 1282 року), які в подальшому стали прообразом судових звітів. Публікація у збірниках найбільш значущих прецедентів сприяла зміцненню прецедентного права. Англійський юрист Р. Кросс пише: «Англійська доктрина прецеденту не завжди була суворою, як нині. Значення прецедентного права стало очевидним ще з виданням щорічників. У XVIII столітті з'являються ознаки того, що ця система робиться більш жорсткою, чіткі правила застосування прецедентів – творіння XIX і XX століть. Вони могли бути приведені в дію лише після того, як публікація судових звітів досягла сучасного високого рівня, ієрархія судів прийняла певну форму, мало відрізнялася від сьогоднішньої, а судові функції палати лордів були передані в руки висококваліфікованих юристів» [321].

Поєднання необхідних умов (висока кваліфікація суддів, централізована система судової влади, публікація судових звітів) поряд з іншими особливостями, які вказували на розвиток країни, дозволило суддям вищих судових інстанцій створювати прецеденти. Розвиток судового прецеденту в інших правових системах має схожість з історією англійського прецеденту. Так, американське прецедентне право складалося на основі англійського, при цьому враховувалися особливості економічного, політичного, релігійного та культурного характеру. Правова система США на початку свого становлення була схильна до впливу колоніальних переселенців, які мали свої звичаї і традиції.

Американська система судів, на відміну від централізованої системи Англії, має федеральні суди і суди штатів, які в межах своєї юрисдикції розглядають справи і створюють прецеденти. Тому в США отримало розвиток самостійне федеральне прецедентне право і прецедентне право штатів. На це справедливо вказує М. М. Марченко: «Кожна з вищих судових інстанцій штатів, так само, як і Верховний суд США, самі по собі, незалежно один від одного, визначають своє

ставлення до прецеденту і тим самим виробляють власні особливі правила його застосування» [324, с. 406].

Романо-германська правова система в період свого становлення не сприймала принципи загального права. Правові системи країн континентальної Європи (Франція, Німеччина, Італія, Іспанія та ін.) будувалися на основі римського права, яке стало розвиватися завдяки університетам (один з перших і найбільш відомих – Болонський університет в Італії).

У цих культурних центрах викладалося римське і канонічне право, а згодом – національне право тієї країни, де перебував університет. Саме з цього часу університетська правова наука відіграє значиму роль у законотворчості. Останнім часом у країнах континентальної Європи стала визнаватися нормотворча роль судової практики. Так, після Другої світової війни вищі судові інстанції ФРН досить міцно встали на шлях «суддівського права» [330].

На думку Р. Давида та К. Жоффре-Спінози, «щоб судити про важливість судових рішень у виробленні права, потрібно остерігатися готових формул, які, прагнучи підкреслити винятковість закону, відмовляються визнавати джерелом права судову практику» [311]. Подібне ставлення до судової практики – найчастіше ознака розриву між теорією і практикою. Але на цій підставі не можна робити висновок, що судові рішення не є джерелом права. Так, кількість різних збірок і довідників судової практики збільшується. Вони складаються спеціально для юристів-практиків, а їх феномен пояснюється тим, що судова практика є джерелом права в прямому сенсі слова.

Досліджуючи діяльність Верховного суду Італії, ряд науковців стверджує, що «судова практика в Італії, завдяки діяльності Касаційного суду, фактично отримала статус допоміжного правового джерела. Це, в першу чергу, стосується касаційного прецеденту, але, по суті, і просте судове рішення, пройшовши касаційну фазу, може сприйматися іншими судами стати в процесі правозастосування судовим прецедентом» [315]. Наразі в Україні діє сама така модель організації запровадження судового прецеденту в правову систему.

Обов'язковість проходження судових прецедентів властива рішенням Федерального конституційного суду ФРН. У Швейцарії судовий прецедент за певних умов виступає джерелом права. Рішення пленуму Верховного суду Португалії є судовими прецедентами. Також правотворча роль судової практики офіційно визнана за Верховним судом в Іспанії [315]. Нормотворча роль судової практики, що виявляється під час тлумачення закону і заповнення його прогалин, закріплена за Касаційним судом Франції. Статті процесуальних кодексів Франції забороняють відмову в правосудді через недостатність закону і зобов'язують суддю винести рішення навіть у разі умовчання, неясності або недостатності закону і тим самим наділяють його правотворчою роллю. Рішення вищих судових інстанцій Франції, Німеччини (ФРН), Іспанії, Італії, Португалії та Швейцарії офіційно публікуються в збірниках судової практики, що дозволяє знайомитися з новими прецедентами і застосовувати їх у подібних випадках. Таким чином, і в романо-германській, і в англосаксонській правовій сім'ї сформувалися певні умови, що дозволяють створювати і розвивати судовий прецедент як джерело права в національних правових системах. В українській правовій системі упродовж тривалого часу судовий прецедент як джерело права не визнавався, хоча судова практика відігравала значну роль у ході вирішення подібних казусів під час відсутності норми закону, а також враховувалася у процесі створення законів.

У Київській Русі вся влада, в тому числі судова, зосереджувалася в руках князя, який під час розгляду спору створював прецедент – через відсутність або невідповідність життєвої ситуації нормам звичаєвого права. «Судова діяльність… князів сприяла, з одного боку, трансформації старих звичаїв у норми права, а з іншого – створенню нових правових норм (посилання на судовий прецедент знаходимо у Руській Правді, ст. 2 Просторової редакції)» [316].

Норми, вироблені судовою практикою князів, знайшли своє втілення в Руській Правді. Джерелом формування Судебника 1497 року стали норми, виписані з Руської Правди, звичаєвого права, судової

практики і литовського законодавства. І. А. Ісаєв вважає, що якщо Руська Правда була склепінням звичайних норм і судових прецедентів і своєрідним посібником для пошуку моральної та юридичної істини, то Судебник став перш за все «інструкцією» для організації судового процесу [317]. З цього випливає, що князівські прецеденти сприяли формуванню і розвитку як права, так і процесу на території колишньої Київської Русі. 1529 року був ухвалений перший статут Великого князівства Литовського, заснований на судовій практиці та інших джерелах.

Основними джерелами права в XV–XVII стст. були великокнязівське законодавство, «вироки» Боярської думи, постанови земських соборів і галузеві розпорядження наказів. Прикладом може слугувати Соборне укладення 1649 року, створене на основі судебників, наказових книг, царських указів, думських «вироків», рішень земських соборів, Стоглавого собору, норм литовського і візантійського законодавства.

Проте в той час законодавча форма мала пріоритет перед судовою практикою і звичаєм. Кодифікація права, розпочата М. М. Сперанським в XVIII столітті, знайшла своє втілення у Зводі законів Російської імперії (у складі якої була частина України); одночасно готувалися Збори законів, які повинні були увібрати в себе всі законодавчі акти, видані верховною владою і урядовими органами. У Збори законів включалися ті судові рішення, які стали судовим прецедентом або тлумаченням до ухвалених законів, а також приватні рішення, які важливі в історичному відношенні.

У результаті судової реформи 1864 року були створені місцеві і загальні суди. До місцевих належали волосні суди, мирові судді і з'їзди мирових суддів, до загальних – окружні суди, судові палати і касаційні департаменти Сенату. В основу реформи був покладений принцип поділу влади. Сенат виступав як вищий судовий і наглядовий орган, у його віданні містилося тлумачення законів і вирішення юридичних колізій. Роз'яснення Сенату стали обов'язковими для юридичної практики. Окремі постанови Сенату, затверджені імператором, набували

статус законів. Основним джерелом права став закон; його тлумачення здійснювали Сенат, суд і правознавці. Можна зробити висновок, що рішення Сенату і суду щодо тлумачення певних положень закону визнавалися прецедентами тлумачення і були обов'язковими для застосування.

Після Жовтневої революції (в листопаді 1917 року) був ухвалений Декрет про суд, яким скасовувалася дія старих законів. Основним джерелом права стала революційна правосвідомість, на основі якої була започаткована нова судова практика. За відсутності писаних норм права в судах застосовували норми звичаєвого права. Правотворчість у цей період здійснювалася судовими органами, вищими органами влади, керівними органами політичних партій і місцевими Радами. У листопаді 1918 року було затверджено Положення про народний суд РРФСР і тим самим створено нову систему народного суду, що складається з народного судді і народних засідателів. На перший план виступили нові принципи судового права: колегіальність розгляду справи і ухвалення судового рішення, розширення судової правотворчості, зменшення ролі судового професіоналізму.

За мірою зміцнення одноосібної влади комуністичної партії і створення соціалістичного права роль суду зводилася тільки до застосування норм права під час розгляду справ і узагальнення судової практики. Хоча і тоді ряд вчених (С. Вільнянський, А. Б. Венгеров, С. Н. Братусь та ін.) намагалися пояснити і довести, що рішення вищих судових органів є джерелом права, але марксистсько-ленінське вчення про право відносило прецедент до буржуазного права, якому не було місця в соціалістичних правовідносинах.

У зв'язку з цим особливої уваги заслуговує твердження Е. Мартинчика і Е. Колоколова про те, що «...в колишній Радянській державі міцно утвердилися два види судової правотворчості: керівні роз'яснення пленумів (Верховного Суду СРСР і верховних судів союзних республік) і рішення інших вищих судових інстанцій у конкретних справах. Такою була реальність щодо судового прецеденту і преце-

дентного права в соціалістичній державі, де теоретично їх відмітали, а на практиці вуалювали» [323].

Неприйняття соціалістичним правом судового прецеденту можна пояснити марксистською доктриною побудови комуністичного суспільства, де не буде ні держави, ні права, а також заперечувався принцип поділу влади. У цей період визнавалася і домінувала тільки одна форма права – нормативно-правовий акт (закон). Тому в сучасних умовах розвитку правової системи таке джерело права, як судовий прецедент, повинен знайти своє твердження, оскільки він реально існує в Україні.

В. В. Сахнюк у своїй роботі відмічає той факт, що «зважаючи на те, що Україна належить до держав романо-германської правової сім'ї, джерелами права визнаються нормативно-правові акти. Водночас не можна заперечувати, що роль судового прецеденту як регулятора суспільних відносин невпинно зростає, оскільки застосування судових прецедентів, порівняно з нормативно-правовими актами, дозволяє заповнити прогалини законодавчого регулювання та швидше відреагувати на зміни в суспільних відносинах. Крім того, питання місця судового прецеденту зростає в умовах проведення судової реформи України та зближення романо-германської та англосаксонської правових систем» [328].

Теорія права визначає три основні шляхи становлення правової норми: переростання «мононорм» (первісних звичаїв) у норми звичаєвого права і санкціонування їх державою; правотворча діяльність держави, яка виражається у виданні спеціальних документів, що містять юридичні норми (нормативних актів); формування прецедентного права, що складається з конкретних рішень, ухвалених судовими й адміністративними органами, і набувають характеру зразків, еталонів для вирішення інших аналогічних справ. Виходячи з цих напрямів визначаються основні форми (джерела) права: звичай, судовий нормативний правовий акт і прецедент. Ці джерела існують у всіх правових сім'ях, у кожній з яких переважає одна з існуючих моделей права.

В українській правовій системі судовий прецедент джерелом права не визнавався, оскільки суспільні відносини регулювалися в основному нормативними правовими актами. Після змін в економічних, політичних, правових та соціальних відносинах колишні нормативні правові акти втратили здатність регулювати нові відносини через тривалість законотворчої процедури, тому врегулювати прогалини закону повинен судовий прецедент, який створюється вищими судовими органами, відіграє важливу роль у сучасному правовому регулюванні і пов'язує право з життям.

Такий підхід до процесу формування правового механізму судового прецеденту повинен бути прийнятним як з теоретичної, так і практичної точок зору, оскільки судовий прецедент необхідно розглядати як синтез загальних принципів матеріального і процесуального права і моралі щодо конкретної судової справи. З урахуванням саме такого підходу до механізму формування судового прецеденту можемо брати за основу його доктринальну формулу «stare decisis», яка означає: «слідувати вже було вирішено в минулому і не змінювати встановленого» [318, с. 827], «від прецеденту до прецеденту» [306, с. 101], «слідувати вирішеному раніше» [326, с. 2]. Використовуючи цей підхід до поняття судового прецеденту, практично всі дослідники, які певною мірою бралися за дослідження цього питання, акцентували свої висновки на тому, що «судовий прецедент – це таке рішення суду за конкретною справою, що підказує іншим суддям, які рішення потрібно прийняти» [319], «судовий прецедент – це рішення за конкретною справою, яке завдяки обґрунтуванню стає правилом, обов'язковим для всіх судів тієї ж чи нижчої інстанції під час розгляду аналогічних справ» [329, с. 121].

Наголошуючи про судовий прецедент як основу організації в законодавстві України, можемо зазначити, що перед тим, як вирішити будь-яку юридичну дилему або підготувати процесуальний документ, 95 % правозастосовувачів звертаюся до існуючої судової практики.

Навіть нині під час підготовки цього параграфу ми звернулися до ресурсу «Судової влади в Україні» – «Єдиного державного реєстру судових рішень».

Отже, станом на березень 2019 р. вищевказаний ресурс містить 51 744 судових рішень у кримінальному судочинстві Верховного Суду України, Верховного Суду і Великої Палати Верховного Суду [345].

У свою чергу, судова практика Верховного Суду обов'язкова до застосування судами нижчих інстанцій під час розгляду певної категорії справ, а це і є «судовий прецедент».

Але не все так просто, процесуальне законодавство надає право судам «відступити» від позиції вищих судових інстанцій, які свого часу сформулювали свої правові позиції у «прецедентних рішеннях» за достатнім правовим обґрунтуванням цього вчинку. Не будемо зупинятися детально на цьому твердженні, оскільки у попередніх параграфах цього дослідження вже розглядалося це питання.

Хоча, на нашу думку, це твердження в процесуальному законодавстві не може повністю спростувати, що в Україні існує система прецедентного права, і вже досить тривалий час.

Обґрунтувати нашу позицію можна, ознайомившись із ч. 1 ст. 17 гл. 4 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», у якій чітко вказано, що «суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права» [313].

Цей закон прийнятий 23.02.2006, а отже, в Україні вже більше десяти років діє система прецедентного права.

Більш того, як показує опитування, практично кожен правозастосувач у процесі підготовки процесуальних документів, у тому числі і у кримінальному судочинстві, використовує судову практику як національного, так і Європейського судочинства, пояснюючи це тим, що наше законодавство часом прописане не конкретно і двояко.

Таким чином, можна дійти висновку, що судова система України використовує під час ухвалення рішень як національне законодавство,

так і узагальнену судову практику, рішення якої часто стають прецедентними.

Визнання прецеденту як джерела права свідчить про його обов'язковість. Але ступінь обов'язковості, на думку різних авторів, неоднакова. Для когось ухвалені в минулому судові рішення є тільки моделлю подальших рішень, що дозволяє свідчити про переконливий або рекомендаційний прецедент. Але ознаки, які властиві одному різновиду прецедентів, не можна поширювати на загальні поняття. Поняття «модель» все-таки приховує контур імперативності і тим самим нівелює таку ознаку права, як обов'язковість.

Зазначаючи про обов'язковість прецеденту, не можна ігнорувати питання, кому вони адресуються. Однак у літературі про це вказано досить мало або свідчать про обов'язковість судового прецеденту тільки для судів, які в подальшому розглядатимуть подібні справи (тут не беремо до уваги позицію противників прецеденту – рішення суду є обов'язковим лише для тих, стосовно кого воно було винесено). Тим часом все, що стосується офіційно визнаного права, ким би воно не було встановлено або підтверджено, воно обов'язкове для всіх, хто опиниться в подібній ситуації. Організації та їхні керівники, органи влади, посадові особи та громадяни не можуть ігнорувати прецедентні рішення суду, тому що акти, які ними ухвалюються, можуть бути скасовані, а відповідальні особи, уповноважені на ухвалення такого акта, притягнуті до відповідальності. Тим самим підкреслюється нормативність прецедентних рішень.

В Україні діє статично-правовий спосіб ухвалення судових рішень, який можна назвати формою прецеденту, як різновид континентального права (романо-германської сім'ї), при якому кожна норма матеріального права, як трафарет, накладається суддями на певні правовідносини і на цій основі ухвалюється судове рішення. Незважаючи на те, що така процедура ухвалення судового рішення і ґрунтується на базі загальних принципів матеріального права, вимог процесуального законодавства, зміст судових рішень за одними і тими самими правовідносинами, нормами матеріального права, на відміну від застосу-

вання загальної форми (англосаксонської сім'ї) прецедентного права, часто буває різним [325].

Так, 2011 р. ухвалення судового рішення було закінчено 756,3 тис. судових справ. Водночас в апеляційному порядку було скасовано і змінено 47,5 тис. таких рішень. Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ у порядку касаційного розгляду було скасовано і змінено 2,4 тис. судових рішень.

Верховним Судом України 2011 р. також було скасовано і змінено 5,2 тисячі судових рішень, з яких 34 рішення було скасовано з підстав неоднакового застосування закону [307, с. 35].

2013 р. апеляційними судами України було скасовано 35,7 тис. судових рішень. Ще 2,5 тис. судових рішень було скасовано і змінено Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Незважаючи на це, Верховним Судом України було скасовано ще 860 рішень (1,2 тис. судових рішень 2012 р), з яких 48 рішень – на підставі неоднакового застосування закону [308, с. 31–32].

Таким чином, судова статистика свідчить, що кількість скасованих судових рішень є досить значним, при цьому кількість таких справ зменшується. Водночас кількість справ, в яких неоднаково застосовуються одні і ті самі норми закону, в одних і тих же правовідносинах збільшується.

На нашу думку, така ситуація має місце тому, що судді мають різні уявлення про сутність норм матеріального права, і з цих підстав, беручи судові рішення, вкладають у їхній зміст своє розуміння виходячи з якості їхнього власного рівня освіченості, життєвого досвіду і судової практики. При цьому суддя не трактує норму права з точки зору широкого або глибинного її розуміння (судова правотворчість) у сфері певної правовідносини, а застосовує її буквально механічним способом, часто спираючись при цьому і на правові позиції Касаційного кримінального суду та Великої палати Верховного Суду.

Безумовно, такі роз'яснення в основному мають консультативний характер і не пов'язуються з конкретною правовою позицією у деяких кримінальних провадженнях. На відміну від таких роз'яснень

прецедентне рішення суду вбирає в себе всю «сукупність певних правил, що випливають з раніше ухвалених судових рішень» [309, с. 44], заповнюючи собою певні «прогалини» в чинному законодавстві. Таким чином, будь-який судовий прецедент є продуктом судової правотворчості, але не кожен результат судової правотворчості є судовим прецедентом [314, с. 618]. І це дійсно так.

Основою для розвитку прецедентного права у сфері кримінального судочинства є судова практика. Безумовно, зі зміною чинного законодавства вона змінюватиметься, у зв'язку з чим буде змінюватися і судовий прецедент, яким сьогодні є правові позиції Верховного Суду за конкретними провадженнями [325].

Більшості юристів властиве розуміння прецеденту як рішення за конкретною справою. Це ще одна ознака, яка дозволяє об'єднати прецеденти з обов'язковими абстрагованими (загальними) рішеннями вищих судових інстанцій. Хоча вона і розділяє їх за походженням та процедурою вироблення. Однак їхнє змістовне 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 одноразового використання.

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

Кожен з ухвалених актів має свої характерні ознаки, свій статус і, відповідно, зумовлює настання різних наслідків. В Україні найширше вивчена природа нормативних актів. Однак і до неї потрібно поверта-

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

Таким чином, за об'єктивними параметрами і на конвенційній основі законодавцям варто домовитися, які із судових актів вважатимуться прецедентами, і, відповідно, чітко вказати обов'язкові ознаки прецеденту як за сутністю, так і формою. Нині такі ознаки досить не чіткі і трактуються правозастосовувачами по-різному.

При цьому вже нині 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 і з часом фіксує у видаваних ним нормативних актах. Також у законі вже нині 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-різному. 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. І оскільки це тлумачення саме норми права, тому що відображає її зміст, воно переплітається з нормою і діє разом з нею, набуває загального характеру. Не можна дати тлумачення норми стосовно (виключно) тільки до одного випадку, хоча б воно і давалося у зв'язку з розглядом конкретного судового провадження та конкретних обставин. Саме так в Україні народжується прецедент тлумачення права. І для того щоб він визнавався саме так, необхідно дотримуватися ряду процесуальних умов. Найважливішою є посилання в законі на ті інстанції, чиї роз'яснення набувають обов'язкового значення для розгляду наступних справ без будь-яких застережень та винятків, коли в основу рішень буде покладено витлумачена цією інстанцією норма.

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

1. Часто законодавець вживає загальні (оціночні) поняття, об'єктивно не маючи можливості проявити свою волю в усій повноті. Він розраховує на природний розвиток норми у ході правозастосовної практики. Фактично суд за велінням законодавця (прямим чи непрямим) змушений конкретизувати норму у процесі її застосування. Це відбувається під час розгляду кримінального провадження в суді першої інстанції і відображається у винесеному рішенні. Якщо правова

основа рішення підлягає оскарженню у вищій інстанції, тут не обійтися без розгорнутого обґрунтування проведеної конкретизації норми. Суд, таким чином, формулює правоконкретизуюче положення, яке може скласти зміст прецеденту конкретизації права. І якщо воно відповідатиме певним формальним процесуальним умовам, його застосування для нижчих судів є обов'язковим. Однак цей прецедент не входить у зміст норми і може діяти тільки стосовно того різновиду обставин, щодо яких ця конкретизація проведена. Іншими словами, він нерозривно пов'язаний з кримінальною процесуальною нормою і конкретними обставинами, які в ній викладені.

Одразу зауважимо (і це має значення не тільки для теорії права, але і в практичному плані для вирішення будь-яких проваджень і особливо справ щодо забезпечення прав і свобод учасників кримінального провадження), що тлумаченні прецеденти завжди діють із 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 щодо появи нових нормативних актів.

2. Коли у праві (нормативних актах) є прогалини. З якогось часу це визнається майже всіма 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, і існуючі норми («мости» і «містки») не дозволяють потрапити з пункту «А» в пункт «Б». Суд змушений «наводити переправи» тимчасові, на короткий, а то і на тривалий термін, аж до «капітального ремонту», який проведе законодавець. Втім законодавця може цілком задовольнити те, яким чином суд вийшов із ситуації. Прикладом може бути, коли Верховний

Суд України ухвалив рішення про третій тур виборів 2005 року, 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 за сутністю судового провадження ряд логічних прийомів, перш за все аналогію закону й аналогію права, а також ряд змістовних принципів – принцип справедливості. Прикладом може бути Рішення Конституційного Суду України, у якому суд зазначив, що справедливість вище закону [327].

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

Проблема прогалин у праві є складною і багатогранно. Особливо складними в теоретичному і практичному плані є питання встановлення прогалин, їхнє відмежування від суміжних явищ. Спірними є межі діяльності правозастосовувача під час виявлення прогалин у законодавстві. Тут можемо відштовхуватися від багатьох нюансів і в загальному 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 правозастосовувачу доводиться їх долати. Існують правила, за якими здійснюється вибір у випадку протиріччя двох або більше норм. Суд першої інстанції виносить рішення, посилаючись на обрану норму без будь-яких обґрунтувань. Але вищестоящому суду доводиться обґрунтовувати такий вибір норми, формулюючи відповідне положення.

Ця робота не є тлумаченням норм, оскільки воля законодавця виявлена, хоча вона і суперечлива. Водночас відсутність такої про-

галини дозволяє виробляти множинність регулювання. Прогалину в цьому випадку можна констатувати тільки за 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 зазначити 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 потрібно як аргумент приводити скопом усі рішення, що виносилися певними судовими органами.

Останній аргумент досить вагомий. У нашій державі роль вищих судових інстанцій закріплена в Конституції України. І стадія формування правових позицій, особливо їхня якість та особлива форма, іменується сьогодні багатозначним поняттям «судова практика». У нас це не є прецедентом. Рішення ухвалюються не у конкретній справі, а на основі узагальнення багатьох справ. За значущістю, авторитетом вони наближаються до правових позицій законодавця, які оформлюються законодавчими актами. Разом з тим правові положення, що містяться в постановах вищих судових інстанцій, не зменшують значення прецедентних рішень, що використовуються нижчими інстанціями. Більш того, відповідні прецеденти можуть отримати в цих постановах додаткову легітимацію 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 виступає додатковим, допоміжним регулятором суспільних відносин, і завжди стоїть після закону.

Хотілося б нагадати, що судова практика і судовий прецедент – поняття не завжди рівнозначні. У тих випадках, коли йдеться про

діяльність судових органів, обумовленої виробленням роз'яснювальних положень, рекомендацій, спрямованих на однакове застосування закону, про рівнозначність судового прецеденту із судовою практикою свідчити не доводиться, судова практика є лише посилом 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 і підтверджено, допустимо висловлювання про рівнозначність понять «судовий прецедент» і «судова практика».

Перш за все правотворцем судового прецеденту є суддя, оскільки 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 щоразу такі уявлення шляхом їхнього зіставлення щодо суспільної думки виходячи з принципів справедливості, сумлінності, розумності, правової свободи тощо.

Такий підхід до ухвалення судових рішень з точки зору загальних принципів є вимогою процесуального законодавства сьогодення. Так, згідно з ст. 2 КПК України «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» [320]. 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 і 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» [320]. 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» [320].

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

Тоді судді виходячи з реальності і законності судочинства підходять до судового процесу з точки зору його лінійності, тобто точній відповідності тільки нормам матеріального та процесуального права, вносячи тим самим у кримінальне судочинство виключний формалізм. І це є об'єктивним, оскільки повноваження суддів першої інстанції під час розгляду цивільних справ формалізовані. Так, у стст. 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 і в 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 не правильно встановлювати фактичні обставини і, відповідно, ухвалювати помилкові судові рішення.

Первинним суб'єктом у формуванні прецедентного судового рішення є суддя першої інстанції. Місцем формування судового прецеденту є виключно судове 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 їхньої кваліфікації щодо норм права в суді першої інстанції; г) мотивації ухвалення рішення або на основі високого ступеня узагальнення чи безпосередньої прив'язки до певних фактів.

Скасовуючи судове рішення суду першої інстанції, апеляційний суд за сутністю заявляє про недовіру встановлених правовідносин і їх кваліфікації судом першої інстанції і на цій основі дає свою інтерпретацію «висновку суду апеляційної інстанції за сутністю вимог апеляційної скарги» [320]. Водночас, підтримуючи рішення суду першої інстанції, апеляційний суд розвиває обґрунтування правової позиції суду нижчої інстанції, розширюючи її і поглиблюючи.

Більш відчутно прецедентне право заявить про себе у ході зміни системи судоустрою та отримання Верховним Судом виняткової 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.

Таким чином, механізм формування судових прецедентів в Україні здійснюється одночасно по горизонталі (норми права, судова практика) і по вертикалі (судові рішення судів першої, апеляційної, 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 у співвідношенні з існуючими судовими прецедентами з метою можливого розширення дії норми права, яка регулює певні правовідносини в конкретному провадженні, представляючи собою джерело права як підстава для подальшого їхнього застосування.

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

3.2. Форми судового прецеденту в кримінальному процесі України

В останні десятиліття дослідження проблем, що стосуються судового прецеденту як одного з джерел суддівського права, стало традиційним не тільки для зарубіжної юридичної науки, а й для вітчизняного правознавства.

Про це свідчать як численні публікації на цю тему, в основному у вигляді журнальних статей, так і дискусії з цих питань, які виникають час від часу і проводяться, як правило, в рамках більш загальної теми, що стосується правотворчості, джерел права або поділу влади.

Однак, незважаючи на підвищену увагу до цієї теми, багато питань, що стосуються судового прецеденту, в тому числі і ті, які є далеко не другорядними для глибокого і різнобічного розуміння цього правового феномена, залишаються поза увагою дослідників.

Як показує аналіз вітчизняної юридичної літератури, присвяченої судовому прецеденту, недостатня увага, зокрема, приділяється таким вельми значущим питанням, як характер і юридична природа судових прецедентів, їхні види (класифікація), критерії визначення їхньої сутності та змісту, формально-юридичні та функціональні переваги, а також недоліки судових прецедентів порівняно з іншими джерелами права.

Основна увага вітчизняних учених найчастіше зосереджується на досить поширеному, але не єдино важливому для розуміння сутності прецедентної форми права питанні щодо того, чи є прецедент джерелом сучасного українського права, чи не є таким; чи властиві сучасному українському суду поряд з правозастосовуючими функціями також і правотворчі, або невластиві; не підміняє він при цьому і не дублює законодавчі органи або робить і те й інше одночасно.

Безумовно, це досить важливі питання і вони вимагають свого кваліфікованого вирішення. Не менш важливими, своєрідно вихідними, відправними питаннями, які дозволяють більш чітко і глибоко вирішувати всі інші питання, що виникають у процесі вивчення і застосування прецеденту, стосуються його поняття, основних видових ознак, змісту та форм прояву.

За своїм характером і значимістю в процесі вивчення і застосування прецеденту вони виступають як первинні питання, що стосуються прецеденту щодо всіх інших. У певному сенсі вони є похідними або у будь-якому разі повністю залежними від рівня їхнього кваліфікованого вирішення. Очевидно, що від того, як вирішуються питання поняття, основних ознак, рис і змісту прецеденту, і саме те, що розуміється під цим правовим феноменом і яке значення вкладається у термін «прецедент», цілком і повністю залежить рівень і характер вирішення всіх інших питань, зокрема таких, як юридична природа судових прецедентів, їх види, загальне і виняткове у цьому джерелі права, порівняно з іншими формами та джерелами права, роль і значення цих феноменів у правових сім'ях і національній правовій системі.

Поняття прецеденту так само, як і будь-якого іншого джерела права і перш за все нормативного правового акта, досить складне і багатогранне, значною мірою залежить і водночас відображає історичні, соціальні, політичні та інші традиції і специфічні умови існування того правового середовища, в межах якого прецедент виникає і функціонує.

У природі немає «універсального» явища під назвою «прецедент», як немає і аналогічного йому, що адекватно відображає його поняття, однаково «застосовне» до будь-якої національної правової системи, включаючи правову систему України або її правову сім'ю. У кожній національній правовій системі і правовій сім'ї мають місце свої особливості суддівського права та, відповідно, судового прецеденту, а нерідко – своє власне уявлення про те, що собою являє судовий прецедент.

Історично вперше, виникнувши в рамках давньоримської правової системи, судовий прецедент знайшов своє найбільш повне відображення і втілення в англосаксонському, а точніше – англійському праві. Тут він остаточно сформувався як джерело права в тому «класичному» вигляді, в якому він постає і широко використовується в англійській правовій системі і донині.

Однією з найважливіших відмінностей англійської моделі прецеденту на правила його застосування або доктрини, як відмічають вчені, є не тільки існування прецеденту «майже скрізь» і майже завжди «в тій чи іншій мірі» «переконливою силою», оскільки одна з його структурних частин під назвою stare decisis (вирішити так, як було вирішено раніше) – це «правило фактично повсякденного застосування», а й наявність «суто примусового характеру англійської доктрини прецеденту» [361, с. 25].

У зв'язку з цим вченими-юристами в англійській судовій правотворчості зазначається, що «немає того імперативного сенсу, який притаманний тексту закону, і навіть коли судді не зобов'язані дотримуватися якогось закону чи вирішувати справи за фактами прецеденту, їхня правомочність щодо введення нових справ обмежується, з одного боку, тим, що вони не в змозі врахувати всього, і з іншого − тим, що вони мають враховувати»[361, с. 51].

І далі продовжують: «У наші дні англійський суддя як творець права перебуває, порівняно із законодавцем, у невигідному положенні, оскільки він не може скасувати норму, яка введена статутом, або, якщо статут відсутній, ухилитися від обов'язкового для нього прецеденту. Ще більше він обмежений тим, що може створювати право тільки в межах питання, поставленого перед ним тяжбою» [361, с. 51].

Поряд з відносно обмеженою юридичною силою і впливовим характером англійського «класичного» прецеденту, а також з його органічним поєднанням в собі елементів переконання і суворого примусу судовий прецедент, іменований «класичним», володіє також такими рисами і особливостями, як чітка ієрархічність, сувора

обов'язковість, яка припускає в деяких випадках відступ і нормативність [375, с. 29–30].

В англійській правовій системі, так само як і в системі англосаксонського (загального) права в цілому, ніколи не виникало серйозних суперечок і сумнівів щодо того, чи є прецедент джерелом права або ні, чи містить він у собі нові норми або принципи («зачатки» правових принципів), чи не містить. Відповідь, підготовлена судовою практикою Великобританії, завжди була позитивною [347].

Досить запеклі і вельми тривалі суперечки упродовж багатьох століть, включаючи сучасність, велися тільки з питань, що стосуються ступеня впливу судів, а, відповідно, і судових прецедентів на англійське право, співвідношення «суверенітету суду» і «суверенітету Парламенту», судового прецеденту і парламентського статуту [333].

Традиційно в правовій системі Великобританії прецедент розглядався, з одного боку, як акт, щодо якого раніше ухвалені вищими судовими інстанціями країни рішення мали характер «правоположень» і слугували правовою основою для його формування і функціонування, а з іншого – як акт, який надає, «об'єднує» вплив на всі наступні, що співвідносяться з ним судові рішення [337].

На відміну від англійського «класичного» («еталонного») поняття і уявлення про прецедент як про судовий акт, що характеризується вищеназваними ознаками, включаючи насамперед чітку обов'язковість і «суто примусовий» характер, американська модель прецеденту, особливо в сучасному її вигляді і виконанні, допускає ряд значних відступів, обумовлених історичними та іншими умовами розвитку американського суспільства і держави, від англійської моделі прецеденту [352, 376, 386].

Однак не підлягає сумніву й те, як про це свідчить американська «прецедентна» теорія і практика, що американський прецедент і його поняття у міру розвитку судово-правової системи країни все більше віддаляються від англійського «класичного» прецеденту і його поняття.

При цьому справа полягає не тільки і навіть не стільки в наслідках, які запроваджували Верховним судом США та деякими іншими

державними органами ідею американської «юридичної винятковості» (American Judicial Exceptionalism) [359, с. 1482] або впливом на правову систему США і прецедентну практику рабовласницького ладу, який у країні зберігався на значній її території (в основному в південних штатах) аж до другої половини XIX ст. [378]. Хоча і ці фактори не потрібно ігнорувати.

На появу і розвиток специфічних рис і особливостей американського прецеденту значний вплив мали такі фактори, які відбулися після перетворення Сполучених Штатів з конфедерації у федерацію, де значний вплив мали: державні традиції і звичаї; ухвалення Конституції США, яка, за словами Голови Верховного суду штату Масатчусетс з 1830 до 1860 рр. Л. Шау, «не тільки узаконювала тягар рабства на півдні країни, а й фактично поширювала його на північні штати», заборонивши рабство лише 1865 р. [378]; проведення в системі загального права США в період з кінця XIX в. донині більш глибокої і більш об'ємної, порівняно з правовою системою Великобританії, кодифікації; та ін.

Усі ці та багато інших подібних їм факторів зумовили, зокрема, появу і розвиток такої особливості американського прецеденту, як усе більше ослаблення вимог принципу stare decisis (поважати прецедент) щодо вищих судових інстанцій США, і перш за все до Верховного суду країни, який у формально-юридичному плані і з самого початку не був пов'язаний своїми рішеннями [368], у той час, як вищий судовий орган Великобританії – Палата лордів відмовилася слідувати своїм рішенням лише 1966 р.

У зв'язку з цією особливістю американського прецеденту дослідники не без підстав зауважують: «Коли розумієш, як важко вносити поправки в конституцію, вже не дивуєшся тому, що Верховний суд стає все менш і менш скрупульозним у дотриманні принципу stare decisis» [361].

Іншою відмінною рисою американського прецеденту є широке поширення вимог принципу stare decisis на всі нижчестоящі суди не тільки щодо правоположень, що складаються в процесі розгляду

конкретних справ, а й у результаті тлумачення вищими судовими інстанціями на федеральному рівні і на рівні окремих штатів поточних законів і конституційних актів.

Незабаром після революції, яка відбулася в кінці XVIII ст., та пов'язаними з цим подіями, а також у результаті розширення сфери застосування принципу stare decisis американські суди зобов'язані були дотримуватися прецедентів, що виникають не тільки під час розгляду кримінальних і цивільних справ, а й у процесі тлумачення різних статутів. З ухваленням же конституцій окремих штатів суди повинні були слідувати також і прецедентам, які виникали в процесі їхнього тлумачення [384, с. 355].

Наступна особливість американської теорії та практики застосування прецеденту обумовлена тим, що внаслідок історично сформованого характеру відносин між федеральними судовими органами і судами штатів у США немає «вищої судової влади на федеральному рівні, яка б могла координувати і узагальнювати вельми різну і суперечливу судову практику на рівні окремих штатів» [352]. Це означає, що в країні немає такого судового органу, який би (наприклад, в Україні це робить Верховний Суд), займаючись узагальненням практики застосування нижчими судами певних нормативно-правових актів, брав би за результатами її обговорення «керівні» чи інші, прецедентні за своїм характером, роз'яснення.

Подібні, але не ідентичні функції, спрямовані на уніфікацію в масштабі країни писаного і неписаного (прецедентного) права, а також юридичної практики, виконує створена ще 1892 р. так звана Національна конфедерація штатів уповноважених з уніфікації законодавства, що складається з суддів, адвокатів та інших юристів, делегованих на неї як представників різних штатів [350, с. 355].

Аналогічні функції, але досить урізані й обмежені тлумаченням федеральної Конституції та іншими федеральними актами, виконує також Верховний суд США. Такі функції були йому надані XIV поправкою до Конституції США, яка вступила в силу в липні 1868 р.

На відміну від вищих судових інстанцій Великобританії Верховний суд США, будучи наділеним прерогативами тлумачення Конституції, державних договорів, статутів, адміністративних наказів та інших актів [367], у своїх рішеннях, які мають прецедентний характер, може не тільки констатувати факт невідповідності розглянутого акта конституційним положенням, а й оголошувати його недійсним.

При цьому, як зазначають дослідники, Верховний суд США знову ж таки на відміну від вищих судових органів Великобританії та ряду інших країн не монополізує функцію нормативного контролю, а «розділяє їх майже з усіма судами штатів і федеральними судами» [367].

У практичному плані це означає, що принцип stare decisis, що передбачає наявність обов'язкової («пов'язуючої») юридичної сили в одних актів судового нормативного контролю щодо інших, поширюється не тільки на відповідні рішення Верховного суду США як вищої і найавторитетнішої судової інстанції держави, але і на рішення ряду інших судових органів США, зокрема на рішення всіх інших федеральних судів, включаючи окружні суди (US District Courts) й окружні апеляційні суди (US Courts of Appeals), а також на рішення судових органів окремо взятих штатів [368, с. 1673−1674].

Згідно з цим принципом кожен нижчестоячий федеральний суд США повинен діяти відповідно до рішень вищестоящого федерального суду, ухваленого з будь-якого питання, в тому числі й тому, що стосується тлумачення федерального права.

У тих самих випадках, коли федеральний суд «звертається» до правової системи певного штату, він зобов'язаний слідувати рішенням відповідних судових органів штату, тому що вони не суперечать федеральному законодавству.

На рівні окремо взятих штатів встановлюється аналогічна федеральна ієрархія судових прецедентів, включаючи ті з них, які виникають у процесі тлумачення судами чинного на рівні штатів «місцевого» конституційного і поточного законодавства.

Верховний суд штату, так само як і Верховний суд США, не пов'язаний своїми попередніми рішеннями прецедентного характеру [379, с. 326–328] і також може, не порушуючи чинного законодавства, за необхідності їх змінювати або вільно «долати, створюючи при цьому нові нормативні права» [352, с. 9].

Вищому судовому органу штату, відповідно до чинного законодавства і прецедентного права, належать повноваження «остаточного вирішення питань», які стосуються тлумачення нормативно-правових актів, ухвалених законодавчими або будь-якими іншими органами штату, а також «розгляду справ на рівні штату» [368, с. 1647].

При цьому як Верховний суд США, так і верховні суди штатів, так само як і всі інші суди, «засновані актом Конгресу, можуть, згідно із законодавством України, за необхідності встановлювати правила, що регулюють їхню діяльність».

Аналогічні Суддівські правила, як відомо, існують в Англії (з 1912 р.) і в ряді інших країн загального права. Однак американський варіант цих правил відрізняється тим, що деякі з них мають юридичну силу, що перевищує силу закону.

Йдеться, зокрема, про Правила цивільного та кримінального судочинства, встановлені Верховним судом США, які подаються «головним суддею Конгресу на початку або у ході його чергової сесії». Відповідно до чинного законодавства «всі закони, що суперечать зазначеним правилам, втрачають свою подальшу дію і силу після введення в дію правил». І далі: «Ніякі положення цього титулу (Титул 28 Зводу законів США під назвою «Судова влада та судовий процес»), що так чи інакше суперечать попередньо встановленим Верховним судом правилам, не повинні їх обмежувати, заміняти або скасовувати» [354].

Поряд із зазначеними особливостями американської моделі прецеденту – особливостями його вираження і практичного застосування, в західній юридичній літературі вказується і на інші його специфічні риси.

Наприклад, звертається увага на багатозначність терміна і поняття прецеденту, які здавна «прижилися» і широко використову-

ються в американській правовій теорії і практиці, причому як на федеральному рівні, де прецеденти створюються федеральними судами на чолі з Верховним судом США, так і на рівні кожного з п'яти штатів, де вони формуються в процесі діяльності вищих судових інстанцій штатів і функціонують на території штатів апеляційних судів [384, с. 355–367].

Вказується на допустимість «відхилення» американських судів у процесі правозастосування (на відміну від тих самих судів багатьох інших країн, включаючи англійські суди, які створили «класичний» прецедент) від «навіть чітко виписаного статутного тексту, якщо його суворе дотримання і, відповідно, пряме застосування такого статуту може призвести до абсурдного результату» [364, с. 2388].

Подібні «відступи від тексту, а фактично частково і від змісту закону, санкціоновані Верховним судом США понад століття тому й оформилися згодом у так звану «доктрину абсурдності» (The Absurdity Doctrine), незважаючи на різку критику з боку представників різних соціально-політичних і «юридичних течій», і перш за все «сучасного текстуалізма», зберігають свою силу і значимість і нині [385, с. 953–986].

Як приклад, можна послатися на прецедентний характер рішення суду 1998 р. справі «Клінтон проти Нью-Йорка», під час розгляду якого суд відмовився застосовувати законодавство штату Нью-Йорк (The Line Ibem Veto Act) у тій його частині, де в протиріччі з федеральним законодавством поняттями «індивідуальний» і «індивідуум» охоплювалися не тільки фізичні особи, але й різноманітні торговельні фірми та асоціації [340, с. 417].

Відмова суду в цьому випадку, так само як і в інших аналогічних випадках чітко слідувати текстовому, але не смисловому змісту закону, пояснюється і юридично виправдовується тим, що, згідно з американською доктриною прецеденту, слідування «абсурдному» (з точки зору загальноприйнятої термінології і здорового глузду) тексту неминуче призведе до «абсурдного», з юридичної точки зору, результату [364, с. 2389–2407].

Під «абсурдним» результатом розуміється передбачуване у разі застосування судом закону з «абсурдним» текстом судове рішення, яке суперечить «загальновизнаним соціальним цінностям, що складається із сукупності моральних, економічних, політичних та інших цінностей, які поділяє суспільство» [364, с. 2389–2407].

Потрібно зауважити, що, незважаючи на свої досить глибокі історичні корені, «доктрина абсурдності» піддається жорсткій критиці не тільки з боку «сучасних конституціоналістів», а й з боку інших вчених, зокрема тих, які чітко дотримуються позитивістських поглядів на право.

На відміну від авторів, які вважають, що будь-який статут можна розглядати як повноцінний правовий акт лише тоді, коли він «виділений і застосований судом», інші науковці виходять з того, що будь-який статут не потребує «посередництва» або будь-якої більшої «санкції» суду. Він набуває юридичної сили і стає повноцінним джерелом права одразу ж після того, як буде ухвалений Конгресом. Втручання ж суду під будь-яким «текстовим» або іншим приводом призведе, на їхню думку, лише до «невизначеності в правовій системі», а також, можливо, «до суб'єктивного відходу суддів від тексту закону» [389, с. 205–206].

Однак, як би там не було, «доктрина абсурдності», так само як і інші «прецедентні» чинники, займає своє конкретне місце в американській моделі прецеденту і накладає певний відбиток на його поняття, зміст, форми вираження і на практику його застосування.

Виступаючи як однопорядкове явище і поняття разом з англійською «класичною» моделлю прецеденту і володіючи при цьому загальними з нею родовими і видовими ознаками і рисами, американська модель прецеденту має водночас свої досить значні, порівняно з нею так само, як і з моделями прецедентів інших правових систем і правових сімей, особливості.

Аналогічна ситуація також з прецедентами – їхніми поняттям, змістом і формами прояву – і в інших національних правових системах, що належать як до загальної англосаксонської, так і до романо-германської правової системи.

Як приклад, спільних рис з «класичною» моделлю прецеденту і водночас особливостей прецеденту, який функціонує в межах загального права, можна послатися, крім американської, також на канадську модель цього правового феномена.

Особливість канадського прецеденту значною мірою обумовлюється такими факторами, як: а) федеративний устрій держави, що надає певний рівень автономії не тільки вищим судовим інстанціям, а й регіональний, на рівні провінцій; б) історично тривала залежність судової влади Канади в лиці її Верховного суду від англійської метрополії, мається на увазі той факт, що аж до 1949 р. вищий судовий орган Канади, як зазначають дослідники, «фактично виконував тільки функції передавальної ланки» на шляху проходження апеляції у Вестмінстері – в Таємній Раді, який виступав як апеляційний суд і водночас «здійснював наглядові функції» щодо цього інституту, звертаючи при цьому особливу увагу на те, щоб «не піддавалася сумніву юридична сила англійського прецеденту» [334, с. 379]; в) функціонування канадського прецеденту не тільки в системі загального права, поширеного на більшій частині території країни, але і в системі романо-германського права, чинного на території провінції Квебек; г) виступ Верховного суду Канади сьогодні не тільки як вищої інстанції судів загальної юрисдикції, а й фактично як Конституційного суду [334, с. 71; 382, 511−514].

Маючи глибоке історичне коріння в англійській системі права і, як наслідок, досить схожі з «класичною» моделлю прецеденту основоположні ознаки і риси, канадський варіант прецеденту в теоретичному та практичному плані і перш за все з точки зору форм його прояву має водночас і специфічні особливості, які виділяють його серед прецедентів, існуючих в інших правових системах.

Серед останніх, які стосуються як самого прецеденту, так і форм його прояву, потрібно назвати перш за все вираження судового прецеденту не тільки у формі рішень вищих судових інстанцій, пов’язаних з розглядом конкретних справ, а й у формі так званих «Практичних вказівок» – «директив», «інструкцій» (Practice Directions).

Ці «Вказівки», які видаються вищими судовими органами Канади, нерідко запозичують «правила» розгляду справ, тлумачення законів і заповнення прогалин у праві з англійських «Судових правил» (Judge's Rules) [350, с. 56–57], визнаються і використовуються як «правила практики» всіма канадськими судами [356, с. 13].

Як особливу рису канадської моделі прецеденту, яка, за прикладом «класичної» моделі, виходить з того, що «суди не тільки декларують і застосовують, але й створюють нові норми права», на нашу думку, потрібно виділити (хоча і такий дещо суперечливий цьому положенню) її елемент як обмеження судової правотворчості та, відповідно, сфери поширення і застосування канадського прецеденту в галузі кримінального права.

Коментуючи Кримінальний кодекс Канади, фахівці в галузі кримінального права акцентують особливу увагу на тому, що ст. 8 цього нормативного акта прямо вказує, що канадським судам забороняється не тільки створювати в кримінально-правовій сфері прецеденти, а й посилатися на них, «якщо це прямо не передбачено чинним законодавством» [383, с. 5–7].

Крім названих, канадська модель прецеденту володіє й іншими особливостями, такими, зокрема, як традиційна «незв'язаність» Верховного суду своїми власними рішеннями, можливість повного їхнього ігнорування і перегляду [383, с. 7–8; 335, с. 257; 344, с. 52]; формування Верховним судом Канади поряд зі звичайними прецедентами «конституційних» прецедентів, які створюються ним у процесі тлумачення конституційних актів і виступають, на думку експертів, швидше у вигляді якогось «путівника» для всіх інших судових і адміністративних органів країни, ніж у формі суворого прецеденту або будь-якого іншого юридичного акта.

Поряд з особливостями прецедентів, що стосуються їх поняття, змісту і форм прояву, в правових системах, що належать до англосаксонського загального права, своєю специфікою виділяються також прецеденти, які використовуються в правових системах, що належать до романо-германської правової системи.

Концентруючи основну увагу на загальних рисах суддівського права та формування ними судових прецедентів як «класичних зразків», які традиційно розглядаються їхніми англійськими аналогами, автори, які займаються проблемами дослідження порівняльного правознавства, значну увагу приділяють також виявленню особливостей у «регіональних сім'ях», тобто таких, які виявляються в різних правових сім'ях і правових системах [336, с. 544–545; 357, с. 2571–2584].

Зрозуміло, йдеться не тільки про особливості самої досліджуваної матерії – суддівського права і формуючих його прецедентів, а й про особливості виникнення на їхній основі правових доктрин. «У всіх правових системах є такі правові масиви, які певною мірою наповнюються і розвиваються завдяки існуванню прецедентів» [358, с. 533], але не всі вони однаково оформляються й адекватно виражаються ззовні.

Які ж особливості доктрини судового прецеденту і самого судового прецеденту як явища в системі романо-германського права, «уявлення про які з юридичної точки зору значно відрізняються від їхніх аналогів у системі загального права» [358, с. 536].

У першу чергу, до специфічних рис і особливостей прецедентів названої системи права потрібно віднести багатозначність самого явища в системі романо-германського права, іменованого прецедентом, і, відповідно, його «континентальної» доктрини і поняття.

Йдеться не тільки про назву і зміст цього феномена на рівні всієї романо-германської правової сім'ї, який в одних випадках традиційно називається «прецедентом», а в інших – «судовою практикою», яка утворюється «при повторенні прецедентів» [353, с. 3], або «судовими настановами» (court's holdings) [351, с. 570], або ж просто «судовими рішеннями» (court's rulings) [332, с. 7], а й про різне сприйняття судового прецеденту на рівні окремих правових систем.

Так, у правовій системі сучасної Німеччини, як зазначають дослідники, «прецедент (prajudiz) зазвичай означає будь-яке попереднє судове рішення, яке має якесь ставлення до цієї справи». При цьому,

хоча і передбачається, що в цьому рішенні закладено «певний елемент його обов'язковості» для інших судів, які розглядають аналогічні справи, але разом з тим у процесі його розгляду як джерела права і використання його поняття в науково-правових дослідженнях «нічого конкретного не мається на увазі, ні щодо природи, ні щодо характеру і юридичної сили такого роду обов'язковості» [369, с. 23].

Більш того, під час визначення поняття прецеденту в правовій системі Німеччини [381; 390; 363], як пишуть автори, що досліджують проблеми суддівського права в цій країні, часто «зовсім не мається на увазі, що попередні рішення, які ухвалюються судом, за свою мету мають впливати якимось чином на наступні судові рішення в аналогічних справах з тим, щоб у подальшому розглядати їх як прецедент» [369].

На відміну від цього підходу щодо поняття прецеденту, яке використовується в судовій і правовій системах Німеччини, «правова доктрина і юридична догматика» Іспанії за загальним правилом вкладає в терміни і поняття «система прецеденту» або «доктрина прецеденту» такий зміст, який асоціюється безпосередньо з розумінням прецеденту в цілому, а точніше його невід'ємної складової частини – stare decisis як «офіційно пов'язаного», що зобов'язує «нижчі суди і суддів цих судів слідувати відповідним рішенням вищих судів» [373, с. 269].

Іншими словами, в іспанській юриспруденції прецедент «зазвичай розуміється як попереднє судове рішення, яке зобов'язує суди слідувати йому під час розгляду аналогічних справ і прийняття всіх подальших рішень» [373, с. 269]. Таке розуміння прецеденту досить близьке до класичного уявлення про прецедент, яке склалося в системі загального права. Однак з одним принципово важливим застереженням, сутність якого полягає в тому, що в іспанській правовій системі і «в правовій культурі» цієї країни на відміну від країн загального права сьогодні поряд з фактичним і доктринальним визнанням прецеденту діє «фундаментальний принцип», багаторазово підтверджений Конституційним судом (Constitutional Court rulling 49/1985), згідно з яким «суддя пов'язаний статутним правом, а не прецедентом» [373, с. 269].

Поряд з багатозначністю терміна і поняття «прецедент», яке широко використовується в Німеччині та Іспанії, аналогічне його використання і в інших країнах романо-германського права.

Зокрема, в судовій і правовій системах Італії «прецедент» використовується, з одного боку (в широкому сенсі), у вигляді «будь-якого попереднього судового рішення, яке має з певною часткою ймовірності ставлення до будь-якої іншої справи, яка розглядатиметься в майбутньому», а з іншого (у вузькому сенсі) − у вигляді «попереднього судового рішення, яке має ставлення лише до аналогічного йому в подальшому розгляді цієї справи» [387, с. 151].

Правова доктрина сучасної Франції виходить з того, що «прецедент» як такий – це не що інше, як «раніше прийняте за схожими ситуаціями або подібними обставинами судові рішення» [370, с. 111; 342, с. 36].

У більш уточненому і розгорнутому вигляді прецедент розглядається в одних випадках («у чіткому сенсі») як «рішення вищої судової інстанції щодо нижчестоящих судів», яке не має правового характеру і юридично не зобов'язуюче для нижчих судів дотримання такого рішення, проте воно виступає у вигляді досить авторитетного і важко переоціненого за своєю значимістю важеля, з яким не можуть не вважатися і який не можуть не враховувати в своїй повсякденній діяльності всі нижчестоящі суди [370, с. 111; 341, с. 36].

В інших випадках прецедент (у менш чіткому сенсі) надається у вигляді рішення будь-якого судового органу (включаючи нижчестоящі суди), прийнятого в подібних обставинах і за схожими провадженнями, яке може слугувати як позитивна або, навпаки, негативна модель під час розгляду аналогічних справ» [370, с. 111; 342, с. 36].

У правовій теорії і юридичній практиці Норвегії судовий прецедент (prejudicat) як багатозначне явище розглядається: 1) в сенсі ex ante, тобто у вигляді звичайного судового рішення, яке не стосується того, чи має воно будь-який вплив або не має на всі наступні аналогічні йому рішення [371, с. 196]; 2) у вигляді рішення судових органів, яке розглядається і використовується в сенсі ex post, тобто у вигляді

попереднього рішення суду, яке впливає фактично на всі наступні його рішення в аналогічних справах; 3) у сенсі рішення Верховного суду, яке розглядається як «певною мірою обов'язкове для нижчестоящих судів під час розгляду та вирішенні ними відповідних справ» [371, с. 196].

Крім названих смислових значень прецеденту в правовій системі Норвегії, так само як і в інших країнах романо-германського права, є й інші уявлення про нього [343, с. 134]. Вони відображають, з одного боку, складність і багатоаспектність прецеденту як явища, а з іншого – неоднозначність його сприйняття.

По-друге, серед специфічних рис і особливостей прецедентів у системі романо-германського права потрібно назвати їх вторинний характер поряд з іншими джерелами цієї правової сім'ї.

Необхідно зауважити, що розподіл джерел романо-германського права на первинні та вторинні є досить сталою і значно поширеною їх класифікацією.

Таким чином, відповідно, у складеній юридичній практиці в ряді країн романо-германської правової сім'ї до первинних джерел відносять усі без винятку нормативні правові акти (enacted law), правові звичаї та іноді «загальні принципи права» [374, с. 23], а до вторинних – судові прецеденти і правові доктрини – «наукові праці відомих вчених-юристів» [374, с. 23–24].

Необхідно зазначити, що серед авторів, які займаються класифікацією джерел романо-германського права, немає єдності щодо того, чи потрібно судові прецеденти відносити до первинних або вторинних джерел.

Стосовно, наприклад, правової системи Франції у кількість первинних джерел в одних випадках поряд з нормативними актами і звичаями включають також і «загальні принципи права», а в інших – унаслідок того, що вони «полягають в основі всього права», загальні принципи права розглядаються як таке джерело права, яке міститься над усіма іншими, перевершує їх [349, с. 94].

До вторинних джерел, крім судових рішень (прецедентів) і наукових праць вчених-юристів (доктрин), іноді відносять «рішення

іноземних судів, які були ухвалені у східноєвропейських правових системах» [342, с. 62].

У правовій системі Данії на відміну від правових систем інших країн до розряду первинних джерел права, крім нормативних актів і звичаїв, відносять також міжнародні конвенції [339, с. 15].

У правовій системі Італії серед первинних джерел права в особливому порядку виділяються такі джерела, як делеговане законодавство і регіональні акти. До вторинних джерел права в італійській правовій системі належать в основному «формальні адміністративні акти», які проявляються у формі ордонансів та інших актів, ухвалених центральними та місцевими виконавчо-розпорядчими органами. Усі вторинні джерела, будучи «за своєю сутністю адміністративними актами, в ієрархії юридичних актів містяться в підлеглому положенні щодо законодавчих і всіх інших актів, що мають силу закону». З цього випливає, що вторинні джерела права, в тому числі прецеденти, «не можуть суперечити, а тим більше змінювати ні конституційні закони, ні будь-які інші первинні джерела права» [338, с. 82].

Крім зазначених вище в країнах романо-германського права, є й інші особливості класифікації джерел права на первинні та вторинні [346, с. 130; 365, с. 21]. Однак найбільш сталою класифікацією є та, згідно з якою до первинних джерел права належать: 1) усі без винятку нормативні правові акти, на вершині яких містяться закони; 2) звичаї, з яких складається значна частина джерел романо-германської правової сім'ї під назвою «звичаєве право». Відповідно до вторинних джерел права належать судові рішення (прецеденти), доктрини і всі інші неформальні джерела права.

Відповідно до встановленої практики всі первинні і вторинні акти – джерела права, які утворюють залежно від їхньої юридичної сили як у масштабі всієї романо-германської правової сім'ї, так і на рівні окремих національних правових систем своєрідну ієрархію, на верху якої містяться первинні джерела, а внизу − вторинні.

Стосовно ж до окремих правових систем, що формує романо-германську правову сім'ю, на прикладі правової системи Данії це

виглядає таким чином (у напрямі зниження в актах юридичної сили): статути парламенту (закони) – акти уряду (постанови) – «загальні адміністративні рішення» (Algemene maatregelen van bestuur) – акти провінційних органів – акти муніципальних органів – акти, які виходять від керівних органів різних корпорацій [339, с. 15].

Зазначаючи про особливості судових прецедентів як вторинних джерел права, необхідно погодитися з думкою, що вони «можуть мати певну юридичну вагу лише тоді, коли первинні джерела повністю відсутні або ж коли вони неповні чи неясні». Для ухвалення судових рішень наявності в юридичній базі тільки цих джерел недостатньо.

У науковій літературі стосовно застосування у певних національних правових системах судових прецедентів як вторинних джерел права розглядаються найчастіше у вигляді «неофіційних» джерел права, «юридично зобов'язуючий характер яких не завжди достатньо чітко виражений, але які de facto мають регулятивно-зобов'язуючий ефект» [339, с. 15].

Стосовно правових систем країн Скандинавії, більшість дослідників підкреслювали, що «судові рішення, відповідно до скандинавської правової традиції, завжди наділялися статусом джерела права», і вони звертають особливу увагу (в плані характеристики судових прецедентів як вторинних джерел права) на те, що останні мають «слабо пов'язаний» характер, що зміст їх складається з «напівзаконодавчих норм »(semi-legislated norms) і за своєю формою вони містяться між писаним (статутним) і неписаним (звичайним) правом [377, с. 125, 146; 388, с. 277].

По-третє, до кількості специфічних рис і особливостей прецеденту в системі романо-германського права потрібно віднести його подвійний характер, а точніше його подвійний статус серед джерел права, який, з одного боку, полягає в його офіційному, формально-юридичному невизнанні як джерела права, а з іншого – в його фактичне використання як такого, а отже, і у визнанні його реального існування.

Подвійне становище прецеденту в цій правової сім'ї давно стало загальновизнаним фактом. Сьогодні у зв'язку з цим у західноєвропейській науковій літературі підкреслюється, що всі країни романо-германського права, принаймні de facto, визнають важливість судового прецеденту, а це «не тільки не руйнує сформовану в них систему права і систему джерел права, а навпаки, робить її більш глибокою і доповнює її» [332, с. 274].

Дискусійним, однак, залишається питання: якою мірою і якою формою здійснюється це визнання прецеденту як джерела права і чи необхідно у зв'язку з цим визнанням вносити корективи в існуючу теорію джерел права? [345, с. 11; 362, с. 249].

Ці та інші аналогічні їм питання аж ніяк не є простими, а тим більше випадковими. Справа в тому, що, визнаючи в цілому фактичне існування прецеденту як джерела романо-германського права, дослідники цієї правової матерії досить по-різному оцінюють як сам факт визнання прецеденту, так і його значення в системі романо-германської правової сім'ї.

Наприклад, якщо в правовій системі Австрії визнання прецеденту як джерела права асоціюється, за висновком науковців, з прагненням домінуючої в ній правової доктрини розглядати «юридичну практику як своєрідний каталізатор», що створює основу для розвитку звичаєвого права і досить важливого чинника, що сприяє формуванню у сфері приватноправових галузей так званої слабкої страти права (schwachere Rechtsschicht) [360, с. 32], то в правових системах інших країн судовий прецедент сприймається дещо по-іншому.

Зокрема, в правовій системі Данії, де у формально-юридичному плані не тільки нижчестоящі суди (за твердженням авторів, які займаються проблемами суддівського права) не пов'язані створюваними вищими судовими інстанціями прецедентами, але «навіть Верховний суд країни (Hoge Road) не вважає обов'язковим для себе дотримання своїх власних рішень», судовий прецедент фактично сприймається і використовується як своєрідне джерело права, що має «значний юридичний вплив» [339, с. 16].

Особлива значимість при цьому з цілком зрозумілих причин надається рішенням Верховного суду, які за багаторазовим і безперервним використанням нижчестоящими судами «поступово набувають характеру об'єктивного права, що виступає у формі звичаю і володіє юридичною силою звичаю» [339, с. 16].

На відміну від Австрії і Данії в правових системах Фінляндії, Швеції і деяких інших країнах романо-германського права прецедент практично сприймається не тільки як фактичне джерело права, але і як показник існуючої в цих країнах тенденції посилення ролі рішень вищестоящих, а точніше – вищих судових органів для нижчестоящих судових інстанцій, які все частіше сприймають ці рішення як обов'язкові [348, с. 12].

У правових системах скандинавських країн послідовному розширенню та посиленню цієї тенденції сприяє існування в них упродовж більше 400 років так званих Суддівських правил (Rules of Judges), в яких зазначено, що суддям під час розгляду кримінальних або цивільних справ потрібно жорстко дотримуватися принципу справедливості (equity), не допускати зловживання правом, «не нехтувати» цілями, «закладеними» у праві [348, с. 15].

Ці «сорок три правила», яких дотримуються судді скандинавських країн, мають швидше моральний характер, але тим не менш відображають наростаючу тенденцію і рівень фактичної обов'язковості для суддів не тільки статутних, але і суддівських (прецедентних) норм [348, с. 15−16].

Аналогічно виглядають ситуації, пов'язані з подвійним становищем визнання прецеденту як джерела права та його значення і в інших країнах романо-германської правової сім'ї.

По-четверте, серед специфічних рис і особливостей прецеденту в системі романо-германського права потрібно назвати його «диференційований», «виборчий» характер стосовно різних галузей права.

Незважаючи на акцентованій у західній юридичній літературі увазі, особливо в останні десятиліття, з часу створення Європейського Союзу, який включає в себе поряд з країнами романо-германської

правової сім'ї і Великобританію – «цитадель» системи загального права, на схожість різних правових сімей, яка полягає перш за все «в значній ролі прецеденту, яку він відіграє в процесі правотворчості» [358, с. 531–532], потрібно все ж у черговий раз підкреслити той загальновідомий факт, що як у кожної правової сім'ї в цілому, так і на рівні їхніх окремих складових частин – національних правових систем і окремих галузей права прецедент відіграє далеко не однакову роль.

Стосовно останніх, які існують у межах романо-германського права, в науковій літературі правильно підмічається, що «роль прецеденту в одних сферах права досить істотно відрізняється від його значущості в інших галузях» [355, с. 456].

Узагальнюючи практику застосування прецеденту в різних галузях права цієї правової сім'ї, дослідники вказують, зокрема, на його «видатну» роль у конституційному праві, а також «на рівні звичаєвого права », де в цілому ряді правових систем «деякі надзвичайно важливі сфери права майже повністю охоплюються прецедентами». Серед цих «сфер» і галузей права виділяються перш за все такі, як процесуальне право (кримінальне, цивільне, господарське), комерційне право, делікти, зобов'язальне право, крім того, такі «відносно нові і швидко розвиваються правові анклави», як охорона навколишнього середовища, комп'ютерне право [355, с. 456].

У набагато меншому ступені і, відповідно, менш значиму роль прецедент відіграє в тих «сферах» і галузях права, в яких існує «більш складне і детальне регулювання суспільних відносин за допомогою норм, що містяться в статутах». До таких «сфер» і галузей права в багатьох країнах відносять податкове законодавство і кримінальне право. Виняток щодо останнього становить правова система Шотландії, де в основі кримінального права полягають звичаї і раніше ухвалені судові рішення, а не кодифіковане законодавство та статути [355, с. 456].

Наголошуючи про далеко не однакову роль прецеденту романо-германської правової сім'ї в різних галузях права порівняно з прецедентом – домінуючим джерелом англосаксонського права, потрібно зауважити,

що питання про його «впровадження» в ту або іншу галузь права і його значення для кожної окремої галузі права в різних правових системах вирішується досить диференційовано і чітко «індивідуально».

Так, у правовій системі Франції «перевага» прецеденту віддається переважно в адміністративному праві, яке, за свідченням фахівців у цій галузі права, «в основному базується на прецедентах». Це не означає, що «в цій галузі права немає взагалі статутів, які регулюють різні сфери діяльності публічної адміністрації», швидше навпаки. Цю галузь права формує безліч імперативних норм, що містяться у величезну кількість існуючих статутів. Однак справа полягає у тому, що вони «не утворюють єдиної системи норм на зразок тієї, яка має місце в кодифікованих актах, а також не створюють будь-яких загальних принципів» [370, с. 113].

У правовій системі сучасної Італії «історично» склалося так, що спочатку прецедент, а разом з ним і все суддівське право стали широко впроваджуватися у сферу регулювання суспільних відносин, які належать до предмета цивільного права [387, с. 153].

Нині, як зазначають експерти, фактично вже «не існує значної різниці між сферами і галузями правової системи країни з точки зору «періодичності та важливості використання в них прецедентів» [387, с. 153]. Останні відіграють «приблизно однакову роль у кожної галузі права і в кожній судовій інстанції італійської правової системи» [387, с. 153].

Основними факторами, які зумовлюють роль і значення прецедентів у певній галузі сучасного італійського права, є такі, як: «вік» статуту, що регулює певні суспільні відносини; ступінь складності питання, що є предметом правового спору; суперечливий або, навпаки, несуперечливий характер суддівського права; рівень статутного регулювання суспільних відносин, що становлять предмет певної галузі італійського права, та ін. [387, с. 153].

Досить неоднозначно вирішується питання про використання прецеденту як джерела певної галузі права в інших країнах романо-германської сім'ї.

У правовій системі Швеції, наприклад, згідно з дослідженням, прецедент у набагато більшому ступені застосовується у сфері комерційного права і в набагато меншому – в галузі конституційного та кримінального права, де статути мають «надзвичайно важливе значення» і відіграють домінуючу роль, хоча і тут прецеденти мають досить впливове значення [372, с. 298].

У правовій системі Німеччини щодо ролі і значення прецеденту у сфері конституційного права все йде «в точності до навпаки», а саме в конституційному праві цієї держави прецеденти, як показує практика, «відіграють вирішальну роль». Особливий характер цієї ролі обумовлений основним чином тим, що, відповідно до чинного законодавства Федерального конституційного суду, додані такі повноваження, які дозволяють йому ухвалювати рішення, що мають загальнообов'язковий характер, а в деяких випадках «отримують статус статуту» [369, с. 25].

Широке використання прецеденту в конституційному праві Німеччини аж ніяк не означає його повної відсутності в інших галузях права. Торкаючись цього питання, дослідники зазначають, що «в Німеччині прецеденти мають важливе значення практично у всіх галузях права, але їхня роль у кожній галузі права має досить різноманітний характер» [369, с. 25]. Зокрема, мається на увазі той факт, що якщо в ряді інститутів трудового права «спочатку домінували і відігравали провідну роль прецедентні акти судових органів», то в адміністративному праві Німеччини, особливо після ухвалення 1976 р. кодексу, все йде навпаки [366, с. 205].

Неоднозначно вирішується питання про використання прецеденту на галузевому рівні і в усіх інших країнах романо-германського права.

По-п'яте, серед специфічних рис і особливостей прецедентів романо-германського права, порівняно з прецедентами системи загального права, потрібно вказати на різнорідність їхньої правової основи в різних країнах і диференційованість підходу до визнання за ними юридичної сили.

Аналізуючи правові акти в країнах романо-германської правової сім'ї, що стосуються джерел права, не можна не помітити, що в жодній з них немає спеціального закону або підзаконного акта, який би офіційно, формально-юридично визначав статус прецеденту, його місце і роль як фактичного джерела права, а також встановлював його юридичну вагу, іменовану юридичну силу.

Зважаючи на відсутність такого акта цілком справедливим потрібно визнати твердження такого роду: «В Італії немає законодавчих актів, які б встановлювали вимоги, які зобов'язують або, навпаки, забороняють використання прецеденту в правозастосовній діяльності, як втім немає законодавчих актів, які визначають правовий статус прецеденту в правовій системі Італії взагалі» [387, с. 157].

Або: «У Фінляндії не існує особливого статуту, що стосується використання прецедентів». Тут немає також «ніякого суддівського акта, який безпосередньо належить до процесу формування прецеденту» [331, с. 87].

Аналогічні за сутністю та змістом твердження можна знайти в науковій юридичній літературі щодо правового статусу, точніше відсутність особливих юридичних актів, що закріплюють правовий статус прецеденту, і в інших країнах романо-германського права. І це цілком зрозуміло, оскільки прецедент у цих країнах хоча у формально-юридичному плані прямо не визнається, але водночас і не забороняється. Існує свого роду «юридичний баланс» між формальним невизнанням прецеденту, з одного боку, і відсутністю заборони на його необмежене практичне використання – з іншого.

Наявні в законодавстві деяких країн, наприклад у Цивільному кодексі (ст. 5) або Цивільному процесуальному кодексі (ст. 455) Франції, положення, які часто інтерпретуються і розглядаються у вигляді нормативів, «що виключають формальне визнання обов'язкової сили прецедентів» і їх використання [370, с. 119], зовсім не є показовими в плані правового невизнання прецедентів як джерел права взагалі, а тим більше вони не можуть роз-

глядатися як свідчення наявності правових заборон на використання прецедентів.

Відсутність спеціальних нормативних правових актів, які визначають правовий статус прецеденту в системі джерел романо-германського права, зовсім не означає відсутності в певній країні законодавства, що формує правові основи прецеденту.

Аналіз законодавчих актів романо-германських країн, присвячених регулюванню діяльності судових органів і ухвалених ними рішень, свідчить про те, що фактично в кожній країні є правові акти, які стосуються як самих прецедентів, так і сформованого за їхньою допомогою суддівського («прецедентного») права.

У Фінляндії це Закон про порядок діяльності Верховного суду (Working Order ofthe SupremeCourt), в якому йдеться про прецедент [331, с. 88]; в Іспанії це перш за все сама Конституція (ст. 5), яка зобов'язує всі судові органи, які застосовують і інтерпретують статутне законодавство, діяти відповідно до конституційних принципів та актам тлумачення Конституції, а також Закон про Конституційний суд Іспанії і деякі інші закони [373, с. 275]; в Німеччині це Закон про федеральний Конституційний суд, а також закони про інші вищі федеральні суди [369, с. 35].

Аналогічні закони певною мірою стосуються прецедентів і створюють їхню правову основу і в інших країнах романо-германського права. Ці нормативні правові акти досить різнорідні, а часом суперечливі, особливо в питаннях, які стосуються юридичної сили прецеденту, а також його місця і ролі як джерела права в системі інших джерел романо-германського права.

Нормативні правові акти, утворюючі формально-юридичну основу прецедентів і встановлюючи їхній правовий статус, безумовно, досить важливі і у формально-юридичному плані значно необхідні. Це істина, яка не підлягає сумніву, і це незаперечний факт.

Однак аналогічним за своїм характером фактом є і те, що в романо-германській правової сім'ї реальний статус і реальна юридична

сила прецеденту визначаються не формально юридичними актами, а фактичними обставинами. Формально-юридичний акт як форма права лише відображає і закріплює певною мірою реально сформовані суспільні відносини, включаючи відносини, що стосуються реального статусу прецеденту і його юридичної сили, які становлять матеріальне утримання цієї форми.

Незалежно від того, в якому вигляді утворюється і як проявляється ця форма щодо цього змісту, вона незмінно залишається за своєю реальною значимістю у правовій системі романо-германського права вторинним феноменом, а її зміст – фактично сформовані відносини, опосередковувані правом – первинним.

У перекладі з мови теорії на мову практики це означає, що, незалежно від того, як (якою мірою і в якій правовій формі – прямій або непрямій) опосередковується прецедент у системі романо-германського права, вирішальним для визначення його реального правового статусу і його юридичної сили буде не статут або будь-який інший формально-юридичний акт, а реальні життєві обставини, а також практична необхідність і потреба в прецеденті як джерелі права. Це стосується прецеденту не тільки в системі романо-германського права, але і в будь-якій іншій правовій сім'ї та системі, включаючи правову систему сучасної України.

Поряд з названими специфічними рисами й особливостями прецеденту в системі романо-германського права цей судовий акт відрізняється від прецеденту системи загального права і в інших відносинах [380].

У зв'язку з цим у західній юридичній літературі особлива увага приділяється його так званим техніко-юридичним особливостям. Серед них вказується, зокрема, особливий характер публікацій (офіційних або «напівофіційних») рішень вищих судових інстанцій, в яких, порівняно з аналогічними публікаціями в системі загального права, приділяється значно менше уваги «детальному розгляду фактів; те, що на відміну від системи загального права, де для виникнення прецеденту часто досить одного рішення найвищого судового органу,

в системі романо-германського права для цього потрібна серія аналогічних судових рішень; те, що вищі судові органи багатьох країн системи романо-германського права набагато частіше і вільніше, «без будь-яких заяв» відходять у разі потреби від своїх власних рішень, які вони брали за раніше розглянутих справ, ніж це має місце в країнах загального права [358, с. 541].

3.3. Відмінності судового прецеденту в кримінальному процесі України від інших країн

В умовах здійснюваної сьогодні реформи українського кримінального процесуального права особливої актуальності набуває дослідження кримінального судочинства розвинених зарубіжних країн. Не є винятком і розвиток кримінального процесу в Україні, який обирав у себе досвід зарубіжних країн, починаючи від реформи 1864 року (коли в основу вітчизняного судочинства був покладений кодекс Наполеона 1808 року) і закінчуючи сьогоденням (коли в КПК України використовуються запозичені норми як з країн романо-германської правової системи, так і з англосаксонської).

Дослідження цієї теми зумовлено також тією обставиною, що під час зростаючої взаємодії різних держав у сфері боротьби зі злочинністю фахівець не може стати професіоналом, якщо його знання обмежені виключно рамками вітчизняного судочинства. Реформа кримінального процесу і потреби міжнародного співробітництва визначають зростаючу роль порівняльного методу в кримінальній процесуальній науці.

Науці відомо досить багато форм, які використовуються під час розслідування кримінальних проваджень. Кожній формі притаманні специфічні особливості і деталі, які дозволяють встановити типологію кримінального процесу. В цілому, як уже зазначалося, можна виділити три підходи до типології кримінального судочинства.

«Ідеальна» типологія судочинства ґрунтується на наявності або відсутності в ньому спору рівноправних сторін перед судом.

Результатом цього є виділення таких форм у кримінальному процесі – змагальної, розшукової та змішаної «ідеальної» [403].

Зазначаючи про історичний підхід, який передбачає виявлення закономірностей розвитку судочинства, ще в недалекому минулому вважалося, що рабовласницький тип процесу змінюється феодальним, який поступається місцем капіталістичному; сьогодні використовується класична конструкція дореволюційних вчених, які виділяють такі історичні типи судочинства: обвинувальний (приватно-позовний), розшуковий та змагальний (публічно-позовний).

Щодо третьої типології, вона називається «національною», оскільки її ознаками є національні, релігійні та інші соціально-культурні особливості суспільства і держави.

Тим самим, досліджуючи типології, можна визначити відмінність національного типу кримінального процесу від ідеального та історичного. Хоча останні абстрагуються від національних особливостей і тому не пов'язані кордонами держав, континентів або проживанням народів. У той час як національний тип процесу саме і виділяється для того, щоб підкреслити ці регіональні особливості. Однак у кожній країні існує свій, особливий, кримінальний процес.

Нам сьогодні відомо багато класифікацій національних кримінальних процесуальних систем. У науці виділяються десятки культурно-історичних типів держав [437], кожному з яких відповідає свій тип судочинства. Разом з тим більш продуктивним видається виділення декількох правових сімей і відповідних «національних» типів кримінального процесу.

Національна правова система в основному складається з трьох основних елементів: норм, практики та ідеології. Залежно від переважного значення певного елемента виділяються три групи систем кримінального процесуального права [406; 413; 410]. Детально характеризувати їх не будемо, оскільки в попередніх дослідженнях цієї дисертаційної роботи це вже зроблено. Нині тільки коротенько нагадаємо їх основні риси.

У сучасному світі існує декілька моделей кримінального судочинства, серед яких для України визначальне значення мають романо-германська (континентальна) й англосаксонська (острівна) системи права. Однією з основних відмінностей між ними є застосування виду нормативних джерел під час ухвалення рішень у кримінальному судочинстві – або законодавство, яке регламентує такий порядок, або судова практика (прецедент). Але в силу глобалізації судових процесів існує тривіальна тенденція до зближення цих моделей. Якщо в континентальній системі права, до якої, до речі, належить український кримінальний процес, зростає нормотворче значення судової практики, то в країнах загального (острівного) права все більшого розвитку набуває законодавство, що трансформує суд з органу правотворчого в орган правозастосовного характеру [394].

З точки зору «ідеальних» моделей кримінальний процес усіх країн є змішаним, оскільки в ньому містяться як розшукові, так і змагальні начала.

З точки зору «історичних» моделей кримінальний процес демократичних країн належить до публічно-позовного типу, в якому забезпечуються як особисті (приватні), так і публічні (суспільні) інтереси.

Розшуковій моделі зазвичай притаманне досудове розслідування (загальне розслідування), а змагальній – судові етапи провадження у кримінальному провадженні.

При цьому потрібно мати на увазі, що в державах з англосаксонською системою права розслідування взагалі не вважається процесуальною діяльністю. Поліція і прокуратура в цих країнах діють юридично як сторона обвинувачення, яка готує матеріали для судового розгляду.

Наголошуючи про відмінності судового прецеденту, хочеться коротко зазначити про те, що вже досліджено в цій науковій роботі та викладено в попередніх параграфах. Достеменно з'ясували, що прецедент є джерелом права в країнах англосаксонської системи права. Встановили та дослідили, що сутність прецеденту (stare decisis) зводиться до того, що рішення одного суду (найчастіше вищого) стає

обов'язковим для розгляду аналогічної справи іншим судом (найчастіше нижчестоящим), стаючи тим самим правовою нормою. Найбільш обізнані в тонкощах порівняльного правознавства вітчизняні юристи знають також, що обов'язковим для інших судів (нормативними) є не всі судові рішення, а тільки та його частина, яка за традицією іменується ratio decidendi (дотримуватися вже вирішеного), тоді як інші положення рішення вважаються obiter dictum (попутно сказаним) і ніякої нормативно-обов'язкової сили не мають. Уже з такого короткого підсумкового висновку можна побачити ряд відмінностей між класичним судовим прецедентом (англосаксонської правової системи) і континентальними проявами судового прецеденту (романо-германськї правової системи). Хоча спочатку може здаватися, що все досить просто й однозначно і всі відмінності полягають на поверхні.

Більшість українських юристів вважають, що цілком достатньо, здійснюючи пошук аналогічних рішень у реєстрі судових рішень, оголошувати «прецедентами» правові позиції вищих судів або рішення Конституційного Суду. Таким чином, завдяки пошуку «аналогій» намітилася тенденція про необхідність офіційного визнання наявності прецедентного права в Україні і його подальшого застосування на практиці. Це твердження дійсно має під собою певне підґрунтя, тому що у нас існує маса проявів «прецедентного права», про що вже неодноразово писали у цьому дисертаційному дослідженні.

На нашу думку, перш ніж щось впроваджувати у нашу правову систему, не зайвим буде більш ширше розглянути всі негативні та позитивні моменти, які характеризують сам прецедент у його класичному розумінні. Для вирішення цієї задачі необхідно відповісти на такі запитання. Яка його реальна правова природа? Який реальний механізм дії прецеденту в країнах, що створили відповідну концепцію (Англія, США та ін.)? Яке функціональне значення судового прецеденту?

Нам добре відомий механізм ухвалення закону. Не вдаючись у деталі, певна група людей відшліфовує формулювання абстрактного правила поведінки, пропонує свої варіанти, вислуховує зауваження,

після чого відповідна версія тексту набуває необхідну форму і стає «проектом закону». На цьому етапі текст закону вноситься в парламент, де проходить ряд процедур, перш ніж у результаті голосування стати «Законом». При цьому неодмінним атрибутом закону є положення про терміни набрання ним законної сили. Закон обов'язково публікується у визначених офіційних джерелах, після чого вступає в силу.

Що стосується механізму набрання чинності прецедентної норми, можемо показати її на прикладі ознайомлення з конкретними англійськими або американськими судовими рішеннями, повсюдно визнаними в цих країнах як прецедентних. На жаль, але воно спантеличує ще більше. Візьмемо майже навмання і виключно у вигляді прикладу легендарне Рішення Верховного Суду Сполучених Штатів Америки у справі «правило Міранди», «Miranda warning» або «Miranda rights» [409], що вважається одним з ключових джерел сучасного американського кримінального процесуального права, в якому, як відомо, вироблене основне правило визнання допиту як доказу тільки в тому випадку, коли поліцейським не були роз'ясненні права затриманій особі. Перед нами постає величезний за обсягом текст, одне прочитання якого займає чимало часу. Тут, зрозуміло, немає ніяких виділених моментів, які чітко вказують, де в тексті рішення потрібно шукати ratio decidendi, а де − obiter dictum. Немає тут і формалізованої, як у нас в аспекті, резолютивної частини, в якій було б зазначено, що «відтепер усі поліцейські під час допиту повинні роз'яснювати права затриманій особі...». В основному це рішення є таким, що нагадує стенограми «засідань» з прізвищами виступаючих (у цьому випадку − суддів) [409], неймовірною кількістю посилань на якісь попередні рішення, різноманітні цитати. Є підсумкове рішення за конкретною справою, багато висловів з цього питання. Але немає жодної правової позиції з цього питання, яка б була винесена Верховним Судом США. Такі самі аналогічні рішення виносяться і в Англії, і в них також немає жодної правової позиції. Як зазначають французькі вчені Р. Давид і К. Блан-Жуван,

прецедентом виступає «не саме судове рішення (яке stricto sensu є лише аналогом нашої резолютивної частини), оскільки воно, за визначенням, має силу тільки для конкретної справи, але виключна думка судді (або його виступ), тобто насправді виклад мотивів ... нерідко значно об'ємний» [395, с. 63]. Саме в цих думках-виступах і потрібно шукати ratio decidendi, obiter dictum [409].

З проведеного дослідження можемо зробити висновок, що насправді ключова проблема полягає в тому, що на судовий прецедент загального права не можна дивитися через призму континентального правового менталітету. Коли українські вчені зазначають, що прецедент є джерелом права (це правильно, але лише частково), то вони занадто буквально сприймають цю тезу і починають шукати в судовому рішенні «правову норму» з усіма її атрибутами, включаючи абстрактний характер, твердість приписів, наявність санкції за невиконання (у вигляді, наприклад, обов'язкового скасування відповідного «девіантного рішення»), точну дату набрання законної сили такого рішення. З цього всього випливає той факт, що класичний судовий прецедент зовсім не має в англосаксонському праві нормативного характеру, не є джерелом права в розумінні континентального права і зовсім не зобов'язує суд під час ухвалення рішення спиратися на попередні рішення. Загальноприйняте в українських юридичних колах розуміння судового прецеденту на справі є звичайним юридичним домислом про загальнообов'язковість такого рішення для всіх і кожного у разі ухвалення аналогічного рішення.

Отже, коли зазначаємо тут про загальний ненормативний характер прецеденту в англосаксонському праві, то зовсім не стверджуємо, що принцип stare decisis не має в Англії або США ніякого юридичного значення. Більш того, не стверджуємо, що деякі судові прецеденти (яких досить мало) набувають все ж таки абсолютно обов'язкового характеру. Нарешті, не стверджуємо, що українські й англійські (американські) судді однаково сприймають раніше винесені судові рішення.

Що маємо на увазі? Почнемо із загальної ситуації. Судовий прецедент не містить норм права, тобто не є джерелом права в кон-

тинентальному розумінні. Мається на увазі, що англійський чи американський суддя не зобов'язаний його дотримуватися. Посилання на попередні прецеденти насправді є його право, а сам вибір потрібного прецеденту є результатом звичайного дискреційного розсуду. Саме тому англо-американський суддя не перетворюється і ніколи не перетворювався на подобу «електронної бази даних» сотень тисяч судових рішень, ухвалених за останні століття, які приймаються фактично щодня. Більш того, як зауважив один відомий англійський юрист J. A. Jolowicz, «створення електронних банків даних судових рішень загрожує правилам судового прецеденту, оскільки не дає можливості скасовувати погано виписані рішення, не дає можливості пропускати всі рішення через сито «природного відбору» [402, с. 143]. Саме тому той же суддя може не хвилюватися з приводу різниці в ухвалених рішеннях в аналогічних справах. Саме з цієї обставини випливає той факт, що англо-американські судді не трансформують свою діяльність до філії інституту порівняльного правознавства. Якщо прецедент судді відомий (або став відомий у результаті активності, наприклад, адвокатів сторін), це досить добре: тоді він подумає, чи має сенс застосовувати його в цій справі. Якщо ні – нічого поганого в цьому немає [402, с. 143].

З цього приводу досить вдало висловився П. Легран, який добре розумівся на континентальній та англосаксонській юридичній методології, він пише «про відсутність обов'язку слідувати попередньому судовому рішенню в тому випадку, коли суддя про нього не знає. І у судді також немає обов'язку знати про всі попередні судові рішення, якщо на них прямо не посилаються учасники судочинства (пошук «потрібних» прецедентів є багато в чому саме завданням сторін у змагальному процесі)» [404].

Насправді місія англійського або американського судді нагадує аж ніяк не роботу законодавця, який формулює абстрактні й обов'язкові правові норми загального застосування. Вона нагадує зовсім інше: роботу вченого-юриста, перед яким міститься безмежна кількість літературних доктринальних джерел – монографій, трактатів, статей,

коментарів, виданих у різні епохи, причому нерідко різними мовами. Жодним із цих джерел він формально не пов'язаний, крім хіба що найбільш видатних, хоча і тут пов'язаність швидше «моральна», ніж правова. Але не будучи зобов'язаним процитувати якесь певне джерело, поважаючий себе вчений-юрист «зобов'язаний» процитувати належну кількість джерел, інакше його працю не сприйматимуть у зв'язку з її неавторитетністю та недослідженістю. Конкретне ж число джерел, їх підбір, оцінка – це вже особиста справа самого вченого. Можемо не погоджуватися з його позицією, критикувати її, але не можемо не визнати, що він належним чином виконав свої професійні обов'язки, якщо ... підкріпив власну точку зору достатньою кількістю посилань на джерела, тобто привів свою аргументацію в належну форму. Точно так само діє і англо-американський суддя, тільки замість літературних джерел він найчастіше повинен використовувати як «посилання» якісь попередні судові рішення (іноді іноземні), інакше його власне рішення не здаватиметься його колегам переконливим. Утім суто літературні джерела також іноді можуть бути предметом інтересу англо-американських суддів. Характерний приклад, наведений відомим англійським юристом сером Б. Маркезінісом, коли один з англійських лордів, вирішивши «обійти» прецедентне судове рішення, побудоване на аргументації іншого лорда, який послався на концепцію Аристотеля про «розподільну юстицію», попросив адвоката «пробігтися» електронними базами даних і підготувати довідку, чи часто англійські судді посилалися в минулому на Аристотеля. Результат його більш ніж задовольнив: виявилося лише одне посилання в рішенні з податкової суперечки; тобто низька цитованість Аристотеля послужила аргументом contra (проти) судового прецеденту [408].

У цьому сенсі судовий прецедент є аж ніяк не нормативно-обов'язковим джерелом права, а доктринальним джерелом ідей, звідки англо-американські судді черпають необхідні їм підходи, конструкції, формулювання, займаючись, по суті, суто доктринальної роботою. Чи варто в такій ситуації дивуватися, що «на відміну від континентальних правових систем, де великими імена правознавців представлені

імена авторів трактатів і вчених (Дома, Порталіс, Жені), в Сполучених Штатах великі імена правознавців – це імена суддів (Джон Маршалл, Олівер У. Холмс, Ерл Уоррен)» [400, с. 81].

По суті, прецедентне право має абсолютно доктринальний характер, замінюючи собою те, що в континентальній Європі відомо під найменуванням «юридична наука». Саме з науковими юридичними працями, а не з нормативно-правовими актами і потрібно порівнювати легендарний і настільки нині актуальний в Україні судовий прецедент. Підсвідомо ця нескладна, але чомусь так чітко і не сформульована думка знаходить своє відображення вже у М. Вебера, коли він пише, що в практиці Англії і США «значення прецеденту варіюється не тільки «залежно від ієрархічного положення судової інстанції, яка його винесла, але також залежно від персонального авторитету судді. Відповідно до американської концепції судове рішення є особистим творчим творінням судді, яке цитується іменем останнього, і протиставляє його анонімним і бюрократичним судовим рішенням, винесеними європейськими трибуналами» [400, с. 229].

Іншими словами, якщо в континентальній Європі вся юридична наукова правотворчість була формально й офіційно виведена за межі максимально забюрократизованого законодавства і судової практики, тим самим склавши окремий елемент правової діяльності, то в англосаксонських країнах цього не сталося. Англійський чи американський суддя залишився творцем правових ідей, які працюють в якомусь вільному доктринальному вимірі, і виключно в такому сенсі потрібно свідчити про його «правотворчу» роль. Він є «правотворцем» не в сенсі генератора обов'язкових правових норм, а в сенсі генератора доктринальних наукових ідей. Саме тому в Англії досить пізно з'явилися юридичні факультети університетів і «до недавнього часу, в усякому разі до Остіна, в Англії практично не існувало такого правознавства, яке заслуговувало б називатися «наукою» в континентальному значенні цього поняття» [400, с. 229]. Дозволимо собі лише злегка уточнити цю думку М. Вебера: юридичної науки не існувало в Англії в концептуальному сенсі, тому що не існувало самої концепції

«юридичної науки». Але у функціональному сенсі «наука», звичайно ж, була присутня: її роль виконувала доктрина судового прецеденту, а англійські судді виступали як вчені-професори.

Інша справа, що якісна доктринальна робота вимагає настільки ж якісного наукового апарату. Не можна, як уже відзначали, уявити публікацію серйозної наукової статті, яка не підкріплена посиланнями на праці своїх колег і попередників, які вже раніше були опубліковані в серйозних академічних наукових виданнях. Таким чином, будувалася і будується континентальна наукова доктрина. Так само не можна винести серйозне судове рішення, яке заслуговує на увагу під час вирішення аналогічних ситуацій, не підкріпивши його посиланнями на вже винесені рішення своїх колег, які мають у судовому світі певний авторитет. Так будувалася і будується теорія «судового прецеденту» – англосаксонський варіант правової доктрини. Звичайно, що рішення, винесені на основі класичного прецеденту, менш абстрактні, ніж наукові дослідження, але від цього вони не менш теоретично значущі.

В Україні також зроблені перші кроки до наукового трактування правових позицій Верховного Суду і таким органом нині виступає, відповідно до ст. 47 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», Науково-консультативна рада при Верховному Суді [398, с. 229].

Через призму ідей «наукового апарату», за допомогою якого англійський чи американський суддя оформляє належним чином свої доктринальні пошуки, потрібно розуміти і саму техніку приведення мотивів судового рішення в англосаксонському праві. Вона, власне, і становить центральний технічний елемент вчення про судовий прецедент. Досить вдалою з цього приводу є думка, що «суддя зобов'язаний скласти мотивовану думку для обґрунтування винесеного ним рішення. Думка судді має бути оформлена повною відповідністю з давніми судовими традиціями, які стосуються необхідності викладу обґрунтувань і мотивувань рішення. Фраза «нам так здавалося» не є достатньою підставою для ухвалення судового рішення» [391, с. 116].

Отже, із загальної ідеї про ненормативний, але доктринальний характер попередніх судових рішень в англо-американському праві ви-

пливає, що суддя ними не пов'язаний, тобто формальний обов'язок їм слідувати на ньому не полягає. Його обов'язок в іншому: належним чином мотивувати своє рішення, для чого він має право посилатися на будь-які доктринальні джерела, основну масу яких складають попередні судові рішення (прецеденти).

Специфіка такої ідеї полягає в тому, що англо-американський суддя, знайшовши потрібний йому підхід, викладений у судовий прецедент, а іноді і в літературній праці, прямо посилається в своєму рішенні на відповідне джерело інформації, посиливши за його допомогою власну аргументацію.

Континентальний суддя до речі займається тим самим, переглядаючи не тільки законодавство (це він зобов'язаний робити), а й наукові статті, книги, попередні судові рішення тощо. Але на відміну від свого англійського або американського колеги український або французький суддя ніколи не посилатиметься в рішенні на справжнє джерело власного натхнення, навіть якщо повністю «перепише» запропонований у науковому творі підхід, винятком можуть слугувати тільки судові рішення вищих інстанцій. Іншими словами, він просто «Не проставить» посилання (виноску), оскільки континентальна традиція не тільки не зобов'язує його робити це, але, навпаки, розцінює таку манеру аргументації для судді як непристойну (він же не «наукою» займається). Ось, власне, і вся різниця.

Більш того, тут і криється нерозуміння в суперечці про джерела права: є ними «прецеденти» або, припустимо, праці великих вчених чи ні. Візьмемо як суто методологічну ілюстрацію найвідоміший приклад, який став класичним рішенням Конституційної ради Франції від 23 січня 1987 р., у п. 15 якого запропоновано визначення адміністративного права. Не варто, напевно, нагадувати, що саме це визначення нині вважається в цій країні офіційним. Але насправді п. 15 рішення Конституційної ради Франції від 23 січня 1987 р. дослівно відтворює визначення адміністративного права, надане в підручнику адміністративного права видатного французького юриста Жоржа Веделя [412], хоча в самому тексті рішення Конституційної

ради, зрозуміло, немає ні згадки про прізвище Веделя, ні навіть посилання на назву його праці. Постає питання, а що саме вважати тут джерелом права: працю Ж. Веделя або рішення Конституційної ради? Англо-американський юрист наголосить, що джерелом права є праця Ж. Веделя, оскільки саме останній особисто сформулював визначення, яке нас цікавить, і висловить подив, чому Конституційна рада на нього в своєму рішенні не послалася, звинувативши судову інстанцію в «плагіаті». Континентальний юрист зазначить, що джерелом права є рішення Конституційної ради, оскільки тільки після його ухвалення, така суто доктринальна ідея набула офіційного характеру.

Саме з цього прикладу можна зробити висновок щодо суперечок про прецедентні «джерела» права, для вирішення яких спочатку треба з'ясувати, чи вважаємо «джерелом» виключно джерела обов'язкових норм або до них також потрібно зарахувати ті «джерела», з яких черпаємо наші знання про право (підходи, конструкції, теоретичні рішення). Якщо замінити в наведеному прикладі працю Ж. Веделя будь-яким «попереднім судовим рішенням», то буде те ж саме: одні судді на таке рішення зобов'язані послатися, якщо, звичайно, вважають, що воно для них цікаве і корисне; інші стануть використовувати його «негласно» і непомітно, жодного разу не згадавши в своєму власному рішенні. Але обов'язковим воно не є ні для кого.

Існує ще один нюанс. Континентальний суддя пов'язаний, як відомо, законом. Яка б не було якість цього закону, він завжди зможе «приховати» застосоване справжнє джерело (наукову статтю, «інше» судове рішення тощо) для вирішення спору за допомогою теоретичної юридичної конструкції, пославшись (іноді навіть суто формально) на будь-який нормативно-правовий текст. Такий підхід надає судовому рішенню легітимність і не залишає його без належної і необхідної мотивації. Але як бути судді common law, який застосовує неписане право, тобто не прописане в законі? Чим він пов'язаний, якщо жодного обов'язку додержуватися прецедентів у нього в реальній дійсності немає? У тому саме й справа, що нічим. Common law передбачало повну свободу судді «писати» право буквально з нічого, знову уподібнюю-

чи його університетським професором, який має багато ідей de lege ferenda. У такій ситуації потрібно або офіційно визнати повну відсутність правової визначеності, поєднане з непередбачуваністю судових рішень, або знайти якесь «самообмеження». Англійські судді віддали перевагу другому варіанту, винайшовши «теорію прецеденту». Як зазначається в літературі, «механізм прецеденту не мав із самого початку тієї чіткості, якої досяг з плином часу. Він виглядав швидше якоюсь дисципліною, яку судді самі собі нав'язали, щоб уникнути закидів у свавіллі, і яка поступово стала їхньою звичкою » [395, с. 61].

Іншими словами, якщо не підкріплювати судові рішення «посиланнями» на інші рішення, вони виглядатимуть непереконливо або навіть, можна жорсткіше, нелегітимно, і в кінцевому підсумку суспільство такі рішення не буде сприймати. Якщо ж привести їх у належну форму, оголосивши при цьому urbi et orbi, що рішення побудовано не на порожньому місці, а є неухильним слідуванням попередньої судової практики, то суспільство цілком може сприйняти таку позицію судді, як справедливу. Якість і успіх будь-якої доктринальної праці не в останню чергу залежить від представленої академічній спільноті «упаковки» – наукового апарату, майстерності посилання, бібліографії. Саме поняття прецедент та його трактування був, у першу чергу, потрібен самим англо-американським суддям, і вони з цим завданням впоралися блискуче. І про це у своїй праці зазначає Ніклас Луман: «Прецедент − це своєрідний вторинний спосіб легітимації (причому основним чином матеріального права), що існує поряд з усім відомою легітимацією за допомогою процесу або належної процедури (процесуальний спосіб), глибокої теоретизації» [405].

Як зауважив неперевершений фахівець у цій області М. Вебер, «Великобританія домоглася лідерства в розвитку капіталізму не завдяки структурі свого права, але здебільшого всупереч їй. Розуміючи це, буржуазія вимагала раціональної судової практики і, як наслідок, систематизованого і раціонального формального права, де суб'єктивні права мали б як свої джерела об'єктивні норми» [400, с. 168]. І англійські судді на такі вимоги погодилися, розуміючи, що

«в XIX ст., коли була експансія індустрії і торгівлі, яка викликала потребу в більшій правовій визначеності в юридичних відносинах, де правило прецеденту і було закріплено самими суддями як якась правова норма» [395, с. 62].

Для нас же важливо, щоб обов'язкові і правильно оформлені посилання на (причому підібрані на розсуд самого судді) попередні судові рішення є не більше ніж спосіб зовнішньої легітимації судової влади, що дозволяє показати суспільству, що суддя діє не довільно, а на основі чітких обмежень. Тим самим за способом легітимізації англо-американська судова діяльність помітно відрізняється від континентальної: в останньому випадку основним обмежувачем для судді є «закон», і його, як правило, досить.

Нарешті, не варто «викидати разом з водою немовля». Коли стверджуємо, що англо-американський суддя абсолютно не пов'язаний попередніми судовими рішеннями і має право досить вільно підбирати потрібні йому прецеденти, не будучи зобов'язаний знати всю їхню сукупність, то цілком усвідомлюємо, що більшість попередніх судових рішень він все-таки повинен знати, і вони мають для нього особливу юридичну силу. Звичайно, що не можна собі уявити жодного американського суддю, який би у своїй практиці не використав прецедентного рішення Верховного суду США у справі Marbury v. Madison або у справі Miranda під час винесення аналогічних рішень. Зрозуміло також, що ці рішення, по своїй суті, є для рядового судді абсолютно обов'язковими і прецедентними.

Якщо продовжити наше порівняння всієї маси «судових прецедентів» з величезною бібліотекою, на полицях якої суддя шукає потрібний йому фоліант, то в цій бібліотеці у нього є особлива полиця, і зміст книг, які там стоять, суддя знає напам'ять. Інше питання, як і коли відповідні книги потрапляють на цю заповітну полицю? Потрапляють вони туди аж ніяк не за чиїмось наказом або рішенням, а з плином часу і ледь помітним чином – приблизно так само, як письменники потрапляють у «класики» (в який день, годину і за чиїмись рішенням).

Навіть коли стикаємося з абсолютно видатними судовими прецедентами, доводиться визнати, що «визначити точну дату набрання ним прецедентного характеру неможливо, оскільки неписана норма формується упродовж невизначеного часу» [392, с. 31], і нічим в цьому плані не відрізняється від усього common law в цілому, яке «не має дати» [404, с. 84] (на відміну від кодексів та інших законів). Більш того, коли стикаємося з абсолютно видатними судовими прецедентами, не можна з абсолютною впевненістю зазначити, як і чому вони стали такими авторитетними.

Крім того, незаперечний авторитет набувають не тільки окремі автори, а й окремі доктринальні ідеї, ніде не формалізовані і часто анонімні. Наведемо лише один приклад. Будь-якому, причому зовсім не обов'язково високоосвіченому, українському юристу знайома кримінально-правова конструкція складу злочину. Її застосовує чи не кожен правоохоронець. На неї постійно посилається закон: КК, КПК та ін. Чи знаємо ми, що таке «склад злочину» і з яких елементів він складається? Звичайно. Чи заважає нам, що закон жоден з цих елементів не розкриває, тобто йдеться про суто доктринальну ідею? Зовсім не заважає. Хоча вважаємо, що коментарі до цих понять досить потрібні, оскільки можна провести уточнення визначень, які дозволять виявити безграмотного невігласа, який випадково потрапив до правоохоронної та судової системи.

Але в який момент ідея складу злочину стала правом? Можемо припустити, що на це запитання не відповість ніхто. Якщо заглибимося в «наукові» дослідження, присвячені розвитку вітчизняної кримінально-правової доктрини XX ст., можливо, що нас на цьому шляху чекає чимало сюрпризів. Але яке значення вони мають для практики? На нашу думку, досить суттєве. Хоча правозастосовувач і вміє прекрасно використовувати суто доктринальну конструкцію, не замислюючись, в який день і годину вона набула офіційного характеру і коли вона набрала законного рішення, але неоднозначність викладу може бути усунута тільки суто прецедентною, виробленою та відшліфованою практикою. Тому і прагнемо дійти до судового прецеденту –

своєрідного варіанта англосаксонської доктрини, прагнучи впровадити його як елемент «владного рішення», «керівної вказівки».

Що стосується питання, чи можна технічно перенести англо-американську техніку прецеденту на континентальну, наприклад українську, можемо зазначити, що потрібно визнати, що суто методологічних перешкод для цього немає. Треба лише «розв'язати» суддям руки, тобто дати право самостійно підбирати на свій розсуд необхідні їм судові рішення, наукові праці, зобов'язуючи лише посилатися на них у тексті власних рішень або, іншими словами, приводити в належну з точки зору аргументації форму висловленої ним позиції під час вирішення спору. Тоді і з'являться в нашому праві рішення, де суддя зазначатиме, що він уважно вивчив думку судді вищого суду або думку науковця, висловлену ним у відомому рішенні за справою чи науковій праці, і вбачає (чи не вбачає) можливість її застосування для вирішення провадження за сутністю. Це, власне, і є англо-американська техніка прецеденту, причому техніка досить симпатична, що підвищує авторитет кожного окремого судді і судової влади в цілому. І частково ця техніка вже використовується в нашій судовій системі.

Але тут потрібно чітко усвідомлювати, що така техніка ніяк не стосується ні передбачуваності судових рішень, ні боротьби за правову визначеність, про що попереджав ще М. Вебер. Ідея чистого судового прецеденту як засобу однаковості судової практики може мати багато курйозів, і замінити прецедент на первинне джерело права, якщо розуміти механізм його формування, вважаємо непотрібним. Заради справедливості можемо навести приклад, що сталося з common law у штатах США, коли ці штати почали застосовувати, здавалося б, єдині прецедентні правила англійського походження, що перетворилися в абсолютно автономні правові системи. Це, як пам'ятаємо, привело до розробки в США знаменитих однакових законів і кодексів (Однаковий торговий кодекс та ін.) [400], і ця історія плавно підводить нас до континентальної традиції і значної ролі в ній судового прецеденту.

Засвідчуючи про відношення до судового прецеденту так званого «континентального права», можемо зазначити, що воно не на-

стільки однозначно, як прийнято думати, причому йдеться не лише про «новітні тенденції». Ще в римському праві (по суті, зумовлені всі подальші романо-германські традиції) були сформульовані максимально чіткі позиції – non exemplis sed legibus iudicandum, тобто спори вирішуються не на підставі прикладу, а на підставі закону. Іншими словами, римське право відмовлялося надавати попередньому судовому рішенню якість інституційного обмежувача. З іншого боку, у міру професіоналізації судової діяльності кожен європейський континентальний суд «створював власну практику, що становила якийсь судовий звичай, usus fori, який міг бути встановлений виключно шляхом вивчення попередніх судових рішень, ухвалених цим же судом» [414, с. 112]. Рішення французьких парламентів (вищих регіональних судових органів), канонічної Rota Romana або навіть імперського німецького Reichskammergericht (хоча останні не мотивувалися) публікувалися (іноді самими суддями, іноді адвокатами, іноді вченими), вивчалися і частіше за все «враховувалися суддями цих судів, хоча формально такий обов'язок на них не покладався» [414, с. 112].

Таким чином, до середини XVIII ст. ніхто ніколи не заперечував у континентальній Європі роль судового рішення як найважливішого джерела інформації про правові норми, інститути і конструкції. У чому ж тоді різниця між континентальною традицією і доктриною common law? Вона досить принципова. Англійське common law було «загальним правом» у тому сенсі, що було призначене для подолання місцевої правової роздробленості в умовах наявності центрального уряду і центрального королівського суду (з XII ст.) та за відсутності будь-якого нормованого права. Ні римське, ні канонічне (католицьке) право таким в Англії не стало [414, с. 74–75]. Іншими словами, центральні англійські суди, не бажаючи підкорятися місцевим норманським або саксонським звичаям, виявилися в матеріально-правовому вакуумі і почали створювати власне «загальне» право, що стало на той момент символом юридичної уніфікації. Ніяких інших нормативних або ненормативних (доктринальних) джерел, крім судового рішення, це право не мало і мати не могло.

У континентальній Європі також існувала потреба в своєму «загальному праві», яким і стало добре відоме jus commune (звичаєве). Але в його основу були покладені не процесуальні, а матеріально-правові методи, а саме воно будувалося як універсальна юридична наука, черпають свої ідеї з Corpus juris civilis і надалі ще з канонічного права. Саме римсько-канонічне право, яке розвивалося основним чином теоретиками права, а не суддями, і стало континентальним варіантом «загального права». Судді ж, навпаки, були носіями usus fori, тобто місцевих правових традицій. Іншими словами, якщо англійські судді постали на території острова у вигляді «уніфікаторів», то їхні колеги на континенті, навпаки, виявилися зі своїми «прецедентами» носіями місцевих феодальних звичаїв, тобто явними «деуніфікаторами». У такій ситуації в континентальному праві не виникало жодної потреби теоретизувати й інституціоналізувати «судовий прецедент», оскільки єдиною і вкрай важливою в умовах розбудови централізованих держав універсальною правовою матерією була римсько-канонічна «юридична наука».

Якщо в Англії до XVIII–XIX стст. для забезпечення правової визначеності потрібно було легітимізувати суддівську правотворчість, увівши її хоч в інституційні рамки у вигляді теорії «судового прецеденту», то в континентальній Європі потрібно було зовсім інше, фактично протилежне: легалізувати римсько-канонічну «юридичну науку», перевівши її в площину закону й одночасно остаточно знищити «суддівський феодалізм» з його посиланнями на попередні судові рішення. Для цього виявилися необхідними дійсно революційні заходи: проголошення верховенства закону, перенесення римсько-канонічного права в кодекси (Цивільний кодекс, Кримінальний кодекс, Кримінальний процесуальний кодекс), і «обмеження повноважень суддів, щоб назавжди позбавити їх можливості займатися будь-якою іншою діяльністю, крім чіткого виконання законів, ухвалених законодавчими органами» [391]. Вважається, що всі вказані заходи відбулися одразу після подій Великої французької революції, хоча сучасні дослідники, зокрема автор найвідомішої сьогодні у Франції моно-

графії про юридичне значення судової практики Ф. Зенаті, вносять уточнення, зазначаючи, що «нова правова система, побудована на центральній ролі закону, яка прагне до кодифікації і заперечує попередні судові рішення як джерела права, почала активно створюватися ще в період монархії, а «революція лише перевела її в республіканську форму» [399, с. 34].

Не варто також забувати про ту нищівну критику, якій на доктринальному рівні піддалася судова практика з усіма її «прецедентами» з боку таких впливових на той час французьких філософів, як Ж.-Ж. Руссо, який вимагав стерти саме словосполучення «судова практика» з «нашої мови», Ш.-Л. Монтеск'є, який вбачав у суддях лише «вуста, що вимовляють слова закону», і Вольтера. Останній відрізнявся особливим сарказмом: «на наступний день моя справа слухалася в одній з палат Парламенту (регіонального суду в той час), і я його повністю програв з різницею в один голос; мій адвокат сказав мені, що я б виграв його з різницею в один голос в іншій палаті. «Ось комедія, − сказав я йому, – тим самим виходить, що скільки палат, стільки і законів». «Так, − відповів він, – існує двадцять п'ять коментарів Паризького кутюма; іншими словами, двадцять п'ять разів доведено, що Паризький кутюм тлумачиться, як заманеться; і якби було двадцять п'ять судових палат, було б двадцять п'ять різних судових практик. Поруч з нами, – продовжував він, – в п'ятнадцяти льє від Парижа розташована провінція, іменована Нормандією, і там Вашу справу розглянули б зовсім по-іншому, ніж тут» [401, с. 131, 139]. Таким чином, судовий прецедент був з успіхом відкинутий.

У свою чергу, англо-американське право виходило з того, що суд може сприйняти правове рішення, запропоноване іншим судом, але фактичні обставини кожного провадження є унікальними і неповторними. Саме тому фактичні обставини підлягають усному і безпосередньому доведенню в кожному процесі. І посилатися на преюдиційне рішення іншого суду не можна – можна посилатися лише на його прецедентне значення, якщо в результаті розгляду суд дійде

до висновку про ідентичність фактичних обставин двох аналогічних справ (залежало від його оцінки доказів).

Континентальне право, заборонивши судді прямо посилатися на правове рішення, запропоноване іншим суддею, внаслідок принципу «відносної законної сили судового рішення» стало розміркувати над тим, як далеко може заходити така «відносність». У результаті чого народилася теорія преюдиції: фактичні обставини, встановлені одним судом, можуть сприйматися без доведення іншим судом. Наголосимо, що йдеться про виключно фактичні обставини, а не правові, оскільки суд не зобов'язаний тлумачити правові норми, запропоновані іншим судом.

Саме в цьому полягають причини курйозів розвитку вітчизняного законодавства, зокрема в ст. 90 КПК України. Без чіткого розмежування в судовому рішенні правової аргументації і фактичних обставин справи не можна не тільки на теоретичному рівні правильно усвідомити різницю між англо-американським прецедентом і континентальною преюдицією, а й на суто практичному рівні будь-як виразно реалізувати теорію преюдиції в законі.

Упродовж майже всього XIX ст. під впливом ідей Просвітництва і техніки кодифікації в континентальному прикладному правознавстві панувала течія, яку згодом назвали «школою екзегези». Згідно з цією течією весь сенс права зводився лише до коментування тексту кодексів. Не можна зазначити, що представники цієї «школи» зовсім не цікавилися судовими рішеннями. Навпаки, перша половина XIX ст. характеризується помітним зростанням кількості різноманітних збірок судових рішень і основне поліпшенням їхньої якості, цьому сприяло створення 1790 р. загальнонаціонального французького Касаційного суду, який був зобов'язаний мотивувати свої постанови. Такі збірники в основному містили повні тексти судових рішень, викладені в алфавітному або хронологічному порядку [397, с. 102]. Реальної цінності в таких збірниках було небагато. Крім того, ніхто в той час не бачив у судових рішеннях, нехай навіть опублікованих, «джерел права». Про це навіть не йшлося. Для одних юристів, Ф. Жестаз і К. Жа-

мен яких називають представниками «класичної думки» (близької до духу «школи екзегези»), основна функція судової практики полягала у з'ясуванні сенсу все того ж «закону через призму різноманітності життєвих фактів» [397, с. 102]. Для інших юристів, близьких швидше до історичної школи права, судова практика являла собою «історію в русі» [397, с. 102] і не більше.

Так зароджувалася континентальна традиція ставлення до судової практики як до чогось важливого, але другорядного. Україна до цього часу так і не подолала «дитячу хворобу» екзегетичного-коментаторського методу, ця традиція жива і донині, досягнувши останнім часом якихось карикатурних розмірів з нашим прагненням постійно вносити «зміни в закон», зводити всю юридичну прикладну теорію до редакційного поліпшення законодавчих текстів – горезвісного «вдосконалення законодавства». Водночас у самій континентальній Європі (насамперед у Франції) «школа екзегези» давно і безповоротно скинута з доктринального Олімпу в результаті теоретичної революції наприкінці XIX − початку XX ст., на чолі якої стали видатні французькі професори права Ф. Жені, Р. Салей, А. Есмен, М. Планіоль. Інша справа, що у нас про це мало відомо (частково це і пояснюється наполегливою прихильністю континентальним цінностям початку XIX ст. з його кодексами і коментарями до них), оскільки українська наука наприкінці XIX − початку XX ст. у вітчизняному науковому товаристві проводити порівняльні дослідження не могла з абсолютно об'єктивних причин, не зазначаючи вже про те, щоб відстежити їх реальний подальший прорив. Радянську ж науку все це вже не цікавило.

Так, Франсуа Жені у своєму легендарному дослідженні «Методи тлумачення джерел позитивного і приватного права» чи не вперше проголосив, що джерелом континентального права є не тільки закон. Для континентального правознавства тих років ця думка стала справжньою «інтелектуальною революцією» [407, с. 270]. При цьому, зазначаючи про сходження нової школи – «вільного наукового дослідження», яка повинна прийти на зміну горезвісної «школі екзегези», Ф. Жені зовсім не ставив під сумнів досягнення кодексів, які існували

на той час. Він лише мав на увазі, що юридична теорія не повинна зводитися виключно до коментарів законодавчих текстів: «Право живе і в інших джерелах, нерідко реагує на зміни соціального життя швидше закону, і до цих джерел необхідно негайно звернутися, серед яких чи не основне місце займає судове рішення» [407, с. 270]. Для вченого-юриста ніякої монополії закону більше бути не повинно, як немає для нього втім і монополії судового рішення.

Пізніше про те ж саме привселюдно заявили зі сторінок першого номера «щоквартального журналу цивільного права» (донині є найавторитетнішим європейським континентальним виданням у сфері приватного права) Раймон Салей з товаришами. «Доктрина (в Україні «юридична наука») бере судову практику як основний об'єкт дослідження», – написав у вступній статті до цього номера легендарний А. Есмен [396, с. 11]. Це ж саме було висвітлено в знаменитому підручнику М. Планіоля (1899) з тією лише різницею, що останній став розвивати ідею двох джерел континентального права: закону і звичаю, під яким він розумів також судову практику «як звичаєве право недавнього походження» [397, с. 136].

Відгуки на ці наукові події перевершили всі очікування. З початку XX ст. і дотепер французьке правознавство неможливо уявити без систематичного, скрупульозного і глибоко професійного аналізу всіх хоч трохи значущих судових рішень в усіх сферах права. Характерно, що з плином часу у Франції змінився навіть сенс терміна «юриспруденція». Він відійшов від своїх латинських етимологічних коренів, ставши згодом «юриспруденцією судових рішень», щоб потім знову перетворитися в «юриспруденцію» як аналог «судової практики». Іншими словами, французькою мовою «юриспруденція» – це сьогодні зовсім не наука права, а судова практика.

Нині підготовлені в особливій формі доктринальні коментарі до судових рішень – неодмінний атрибут будь-якого поважаючого себе юридичного журналу теоретичної чи практичної спрямованості. Без повного огляду всіх важливих судових рішень не може обійтися жоден французький галузевий підручник права. Нарешті, особливим

жанром юридичної літератури є так звані «Grands arrets», тобто «Основні судові рішення» у цивільному, торговому, кримінальному судочинстві. Найвідоміші вчені викладають там добірку знакових для відповідної галузі права рішень, але не в повному викладі (воно нікому не потрібно), а в обробленому вигляді, де чітко розміщені «фабула справи», «фактичні обставини», «правова аргументація». Зазначаючи про це, можна сміло стверджувати, що це і є основний сенс техніки коментарю судового рішення, після «інтелектуальної революції» якої Ф. Жені і Р. Салея у Франції навчають студентів.

XX ст., як бачимо, повністю видозмінило французьке уявлення про «роботу» над правовим матеріалом. Ніякого переказу кодексів, ніяких «висмоктаних з пальця» міркувань de lege ferenda – тільки аналіз реальних процесів, що відбуваються в законодавстві, судовій практиці і доктрині; тільки вміння обробити і викласти в декількох зрозумілих кожному фахівцю фразах будь-яке (найдовше і складне) судове рішення. Майстерність доведена до автоматизму.

Наголошуючи про це, доходимо до висновку, що самі «інтелектуальні революціонери» позаминулого і минулого століть уже тоді розмірковували про «Судовий прецедент» та звертали увагу на абсолютну необхідність системного введення ключових судових рішень у науковий обіг, тобто розвороту вектора доктринального аналізу. Так, Ф. Жені розвивав ідею протиставлення формальних джерел права, що містять обов'язкові правові норми, і «авторитетних положень» (authorites), що враховуються на практиці, але не мають суто нормативного значення. До формальних джерел права він відносив закон і звичай, до авторитетних положенням – судові рішення і доктрину, оскільки в них норм як таких немає, є лише «думки на користь певного юридичного підходу, сила яких визначається тільки ступенем їхньої поширеності і внутрішньою логікою, навіть якщо вони висловлюються окремими особами або професійним корпусом, наділеним ореолом компетентності» [397, с. 136]. М. Планіоль, як уже відзначали, також не визнавав судову практику самостійним джерелом права, вважаючи, що вона являє собою сучасну форму правового звичаю [397, с. 136].

Через сто років французька доктрина так остаточно і не проголосила судовий прецедент джерелом права, хоча суперечки з цього приводу тривають. Одні автори досі використовують концепцію Ф. Жені, відносячи судову практику до числа «авторитетних положень» і протиставляючи її закону як офіційного джерела права. Такої точки зору, зокрема, дотримувався видатний французький правознавець Ж. Карбонье і не менше видатний французький правознавець Ж. Корню. Інші автори все-таки наважилися іти далі Ф. Жені і М. Планіоля, називаючи судову практику серед джерел права [401, с. 129–130]. Але це далеко не загальновизнана позиція. Тут нічого не змінює навіть поява в теорії і на практиці так званих принципових судових рішень (arrets de principe), які за ступенем важливості поза будь-якими сумнівами відрізняються від інших рішень. До речі, прихильники офіційного визнання прецеденту як джерела права відносять до судових прецедентів виключно arrets de principe (відсутність принципу). Хоча ось тут знову починаються проблеми, оскільки будь-яке рішення має лише «відносну законну силу» і в ньому самому не може бути зазначено, що воно має принциповий характер. В іншому випадку виникне неминуче протиріччя з нормами, які не тільки вийшли на «сакральний» рівень для всієї французької правової системи, але і є базовими для континентального процесуального праворозуміння в цілому.

Так, які ж критерії, що дозволяють визначити, що перед нами не просте, але «принципове» судове рішення? Відповісти на це запитання досить складно. Серед таких критеріїв називають винесені рішення Касаційним судом Франції, опубліковані в Бюлетені судових рішень Касаційного суду [401, с. 138], та їхня згадка в щорічній звітній доповіді Касаційного суду [401, с. 138]. Але ніякої визначеності в розмежуванні рядових і принципових рішень немає. Досить зазначити, що перший і другий зі згаданих критеріїв є взаємовиключними, враховуючи наведену статистику опублікування рішень Касаційного суду. Додамо, що свої «принципові рішення» є не тільки в цивільному і кримінальному судочинстві, але й в адміністративному праві з тією

лише різницею, що виносить їх не Касаційний суд, а Державна Рада. Але визначеності тут не більше [411, с. 259].

У цілому ставлення французької правової теорії до юридичного значення судової практики досить суперечливе і відзначається певними недомовленостями. У будь-якому разі французькі правознавці так само, як і українські, ще не повною мірою готові проголосити судовий прецедент джерелом права. Хоча судова практика і без того зусиллями Ф. Жені, Р. Салея і їх послідовників давно перебуває в центрі уваги, ретельно відстежується і вивчається. Але при цьому зрозуміло, що континентальне право в будь-якому випадку має специфіку порівняно з англосаксонським. Зрештою, не відмовляються ж англійські або американські судді від доктрини common law тільки тому, що в їхніх країнах існують закони, статути. Тому, на нашу думку, українці та французи не повинні повністю відмовлятися від цінностей своєї правової системи з її кодексами, особливою роллю писаного права, а тільки удосконалювати її шляхом визнання судового прецеденту джерелом права.

Крім того, всім у Франції та Україні зрозуміло, що навіть сьогодні не можна поставити закон і судову практику в одну площину. Як би не намагався наш суддя у виробленні «прецеденту», будь-яка судова практика досі ще перебуває під «контролем законодавця» [401, с. 141]. Внесення змін у законодавство і всі суддівські зусилля нівелюються, що вже неодноразово траплялося. В Англії такого бути не може через інституційні автономії common law як особливої правової системи, яка існує, незалежно від законодавства, не зазначаючи вже про США, де будь-який суд просто має право подолати закон завдяки доктрині «конституційного контролю», тобто визнавши закон неконституційним. У Франції такого права у суду немає. Тут діє принцип «закону-екрану», який ховає Конституцію від судді. Внаслідок цього принципу, який заперечує пряму дію Конституції в цивільному, кримінальному чи адміністративному процесі, функції конституційного контролю виконує не будь-який суд, а лише спеціальна Конституційна рада, що володіє виключно монополією на визнання будь-якого закону

неконституційним, причому тільки в рамках спеціальної процедури – автономного конституційного судочинства. Іншими словами, перед законом французький цивільний, кримінальний чи адміністративний суддя абсолютно безсилий.

3.4. Рішення ЄСПЛ у правовій формі судового прецеденту України

Права людини – це перш за все повага до гідності й життя кожної людини. Їх не можна купити або отримати в спадок, оскільки вони невід'ємні й притаманні кожній людині, незалежно від статі, мови, релігії, соціального походження, майнового стану та інших обставин.

Питання основних свобод людини, демократії та верховенства закону мають сьогодні міжнародний характер. Упродовж багатьох століть були відсутні єдині стандарти прав і свобод людини на міждержавному рівні. Після Другої світової війни питання про створення єдиних цінностей було вирішено. Таким чином, 1950 року була створена загальна система стандартів основоположних прав і основних свобод людини для всієї Європи, що пов'язано з ухваленням Радою Європи Конвенції про захист прав людини й основних свобод (далі − Конвенція). Конвенція встановлює невід'ємні права і свободи для кожного і зобов'язує держав-учасниць гарантувати ці права кожній людині [423]. Але варто зазначити, що вона не тільки проголошує основні права людини, як створює особливий механізм їх захисту. Основна відмінність Конвенції від інших міжнародних договорів, які стосуються прав людини, полягає в існуванні дієвого механізму захисту декларованих прав. Як такий механізм, виступає Європейський суд з прав людини (далі − Європейський суд, Страсбурзький суд).

Європейський суд з прав людини був створений ще 1959 року, але, як постійно чинний орган (так званий full-time court), він діє лише з 1998 року. Саме з того часу окремі громадяни мають можливість безпосередньо звертатися до нього. Ефективно працюючи вже п'ятдесят

п’ять років, ЄСПЛ виніс більше 10 000 судових рішень і тим самим здійснює контроль за дотриманням прав майже 800 мільйонів європейців у 47 державах-членах Ради Європи, які ратифікували Конвенцію. Ці рішення містять унікальні за своєю природою роз’яснення, є обов’язковими для всіх країн-учасниць і змусили правотворчі органи багатьох країн змінити своє законодавство і судову практику у переважній більшості галузей. Широка прецедентна практика суду робить Конвенцію потужним живим інструментом для вирішення нових завдань і зміцнення верховенства закону та демократії в Європі.

Страсбурзький суд − незалежний наднаціональний орган правосуддя, який на європейському рівні здійснює контроль за дотриманням основних прав людини всіма країнами-учасницями Конвенції, забезпечуючи дотримання і виконання норм Конвенції її державами-учасницями. Це завдання він здійснює шляхом розгляду і вирішення конкретних справ, ухвалених ним до провадження на основі скарг, поданих фізичною особою, неурядовою організацією або групою приватних осіб [418].

Цікаво зазначити, що кількість скарг, що надходять від усіх країн-учасниць, щороку зростає. Ймовірно це пов’язано з тим, що громадяни не задоволені результатами національних судових розглядів. І їм нічого не залишається, як звернутися до Європейського суду.

У контексті дотримання принципів Конституції України та Конвенції 2006 року був ухвалений Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», який став серйозним кроком у напрямі узгодження судових рішень, ухвалених в Україні щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина, з європейськими стандартами. Згідно з положеннями статті 17 вищезазначеного закону суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію та практику суду як джерело права [420].

Що ж стосується порядку посилання на Конвенцію та практику суду, закон визначив у статті 4, що для цього суди повинні користуватися офіційним перекладом Конвенції українською мовою [420].

Такий підхід є виправданим і зрозумілим, адже використання оригінального тексту створює певні незручності в праворозумінні.

За даними на кінець 2012 року, верхню частину списку країн за кількістю направлених скарг, що перебувають на розгляді, займають: Росія − 28 600 (22,3 %), Туреччина − 16 900 (13,2 %), Італія − 14 200 (11,1 %), Україна − 10 450 (8,2 %), Сербія − 10 050 (7,8 %), Румунія − 8 700 (6,8 %) [437, с. 156, 157]. Станом на 2017 рік Україна займала перше місце за кількістю скарг, направлених до ЄСПЛ – 18 000 скарг, половина з яких була пов'язана з агресією Росії проти України, а 2018 року кількість звернень від України становила – 7 100 скарг [439].

Для запобігання зростанню числа скарг, що надходять до Європейського суду, доцільно акцентувати увагу правозастосовувачів на прецедентному праві Страсбурзького суду.

Як уже зазначали, будь-який судовий прецедент структурно поділяється на дві частини:

1. Ratio decidendi (підстава рішення) − частина рішення суду, що викладає норму права, на основі якої можливо вирішити цю справу. Саме ця частина і буде обов'язковою для всіх наступних рішень судів під час розгляду аналогічних справ. Тим самим формується правова основа, яка має нормативний характер і застосовується не тільки щодо сторін у цій справі, а й для усіх інших. Відповідно, вона становить норму прецедентного права.

2. Obiter dictum − інша частина рішення, під якою розуміються зауваження суду з питань, які не входять до предмета судового рішення. До того ж частина obitur dictum не має обов'язкової сили, на відміну від ratio decidendi.

Разом з тим, незважаючи на безліч різних підходів до визначення поняття «прецедент», рішення Європейського суду у цілому розглядаються як прецеденти переважною більшістю українських правознавців.

Як зазначає Д. Терлецький, Європейський суд з прав людини має безперечний вплив на позицію національних судів держав-учасниць Ради Європи.

З усвідомленням владою, включаючи суддів, значення Європейського суду з прав людини як своєрідного Пан'європейського рішення конституційного суду вона починає приділяти значно більше уваги Конвенції та прецедентній практиці Європейського суду з прав людини. У результаті продукується значно більша готовність застосовувати Конвенцію в українському судочинстві [438, с. 85].

Доцільно зазначити, що існують перешкоди щодо звернень українських судів до правових позицій Страсбурзького суду. До таких перешкод можна віднести низький рівень інформованості суддів. Навіть незважаючи на те, що існує офіційне джерело – Бюлетень ЄСПЛ, в якому коротко викладено всі постанови і рішення Європейського суду, проблема залишається відкритою.

З метою активізації їхньої співпраці останнім часом суддями здійснюються регулярні робочі зустрічі з представниками вищих національних судів. Адже спільна відповідальність, яка передбачена в Конвенції з прав людини, – це не тільки відповідальність, яка розподіляється між судом і країнами-учасницями Конвенції, а й відповідальність між самими державами. Верховний Суд України (реформований у Верховний Суд) за останні роки роботи спільно з Європейською комісією, Радою Європи проводив значну кількість міжнародних конференцій, форумів, семінарів, впроваджував проекти, пов'язані з підготовкою суддів щодо розуміння норм Європейської конвенції з прав людини. І саме на таких зустрічах обговорюються питання захисту прав і свобод людини і громадянина; реформування Європейського суду з прав людини; виконання рішень ЄСПЛ щодо України; реформування судової системи в Україні та приведення її до сучасних європейських стандартів, а також співпраці Верховного Суду з Європейським судом з прав людини. Делегації ВС здійснюють ознайомчі візити до Ради Європи і відвідують Європейський суд з прав людини з метою сприйняття позитивного європейського досвіду щодо здійснення структурних реформ судової системи та вдосконалення правозастосовної практики.

Така робота покликана поглиблено ознайомити суддівський корпус з аспектами застосування норм Конвенції та рішень ЄСПЛ і разом

з тим зміцнити демократичну стабільність, а також запобігти конфліктам в Україні, які ведуть до порушення прав і свобод людини.

Зазвичай такі програми проводяться не тільки за участі суддів усіх рівнів, у тому числі і Конституційного Суду України, а й міністра юстиції і його заступників, суддів Європейського суду з прав людини (як представника від України, так і від інших країн), Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини, представників провідних вищих навчальних закладів України.

Рішення, які ухвалюються Європейським судом завжди мають обов'язковий характер, що випливає з ч. 1 ст. 2 Закону України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» «Рішення є обов'язковим для виконання Україною відповідно до статті 46 Конвенції» [420].

Це дозволило українським судам виносити свої рішення, побудовані на раніше ухвалених рішеннях Європейського суду, в якому представлено тлумачення законодавства України та законодавства інших учасників, які ратифікували Конвенцію, і значно зменшити звернення до Європейського суду з відповідними преюдиціальними скаргами, які вже були описані в рішеннях суду. У цьому випадку національні суди сприймають рішення суду Європейського суду як переконливий, а не обов'язковий прецедент.

Доктрина acte clair («зрозумілий акт») була сформульована судом Європейського суду у справі Da Costa, сутність якої полягає в тому, що національний суд останньої інстанції зобов'язаний звертатися за роз'ясненням питання, якщо воно вже було вирішено судом Європейського Союзу [433].

Важливо також, щоб всі судді, як і представники законодавчої та виконавчої гілки влади, усвідомили, що Конвенція – це міжнародний документ прямої дії, і будь-який громадянин може звернутися до суду з позовом про порушення його прав, передбачених Конвенцією; що державні органи та посадові особи зобов'язані застосовувати поло-

ження Конвенції та протоколів до неї, і що держава несе відповідальність за порушення прав і свобод людини та громадянина.

Наші суди зобов'язані застосовувати в своїй діяльності Конвенцію, а судді – знати її так само добре, як і Конституцію України та інші закони, орієнтуватися на рішення ЄСПЛ і враховувати їх з будь-якого питання під час розгляду певної категорії справ [421, с. 8].

Європейська Конвенція про захист прав людини й основоположних свобод сформувала міжнародну процесуальну систему, тісно пов'язану з національними правовими і процесуальними системами. Будучи міжнародним регіональним актом, який закріплює основні права і свободи, які мають громадський і політичний характер, вона створила розвинений і ефективний регіональний механізм захисту прав людини. Це сталося завдяки послідовній діяльності такого органу, як Європейський суд з прав людини, який, так би мовити, зробив Конвенцію «живою», яка постійно розвивається, і надав їй фундаментального характеру шляхом прогресивного тлумачення своїх прецедентів.

Механізм захисту конвенційних прав покладає на ЄСПЛ двояку функцію – здійснення індивідуального контролю в разі винесення рішень про порушення державою-учасницею Конвенції певного права, а також загальну функцію, яка полягає у виробленні принципів і стандартів захисту прав людини.

У цьому і є унікальність Конвенції та діяльності суду. Вони впливають не тільки на міжнародні стандарти захисту прав людини, а й на формування цих стандартів на національному рівні. Особливо потрібно зазначити вплив Європейської конвенції з прав людини та практики суду на країни Східної Європи, конституції яких ухвалювалися на підставі європейської практики. Досить цікавим є те, що вплив ЄКПЛ та суду вже вийшов за рамки Європи, оскільки вищі суди Австралії, Канади, Нової Зеландії, Намібії, Гонконгу і Південної Африки неодноразово посилались на рішення ЄСПЛ, даючи тлумачення власним національним актам з прав людини.

В Україні ще донедавна в юридичних виданнях з цього приводу з'являлися досить обережні висловлювання, оскільки прецедентне

право не зовсім властиво українському законодавству, тому що за своєю природою належить до континентальної системи права [416].

На цьому етапі розвитку правової системи України, якщо відштовхуватися від практики Європейського суду з прав людини, то вона є прецедентною для наших судів (вище по тексту вже аргументували цей факт), і норми Конвенції не застосовуються судом окремо від тих рішень, які були винесені ним раніше під час застосування конкретної статті Конвенції. Під прецедентами ЄСПЛ потрібно розуміти не самі розглянуті справи, а ті основоположні принципи в тлумаченні і застосуванні норм Конвенції, які були покладені в основу таких судових рішень.

Прикладом прецедентності таких рішень для нашого внутрішнього законодавства є справи, які докорінно змінили внутрішнє законодавство і привели до появи такої глави в КПК України, як особливості досудового розслідування кримінальних проступків. Йдеться про справи «Гурепка проти України» [417] і «Пантелеєнко проти України» [429].

Відповідно до положень статті 11 Кримінального кодексу України (далі − КК України) «кримінальним злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину» [425].

Відповідно до частини 2 статті 9 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі − КУпАП) адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не зумовлюють передбачену законом кримінальної відповідальності [422].

Критерієм віднесення винного діяння до кримінального злочину є його суспільна небезпека і віднесення до злочину КК України.

Під час ухвалення рішення ЄСПЛ виходить за рамки чіткого розмежування національним законодавством кримінальних і адміністративних порушень, а для вирішення питання про те, чи є порушення кримінальним, керується трьома критеріями. По-перше, чи належить діяння за своєю правовою природою до кримінального права або до

іншої галузі права. По-друге, чи визначається природа злочину, у вчиненні якого звинувачують людину. По-третє, чи суд бере до уваги строгість санкції, передбаченої за вчинення правопорушення. Такий підхід і знайшов своє втілення в зазначеному вище рішенні «Гурепка проти України» [419].

Сутність справи. «1 грудня 1998 року місцевий суд АР Крим застосував до заявника адміністративний арешт строком на 7 діб за неповагу до суду, яке полягало в повторній неявці до суду. Заявник неодноразово скаржився, що він не мав ефективного засобу захисту щодо його адміністративного арешту та позбавлення волі, проте його скарги були відхилені і ВС АР Крим, і Верховним Судом України.

Своїм рішенням ЄСПЛ визнав, що мало місце порушення статті 2 протоколу № 7 до Конвенції і порушення права заявника на оскарження у кримінальних справах» [417].

Обґрунтовуючи своє рішення, ЄСПЛ зазначив: «Враховуючи свою сталу прецедентну практику, ЄСПЛ не має сумніву в тому, що внаслідок суворості санкції ця справа за сутністю є кримінальною, а адміністративне покарання фактично мало кримінальний характер з усіма гарантіями статті 6 Конвенції та відповідно статті 2 протоколу № 7 до Конвенції» [417]. З ухваленого ЄСПЛ рішення досить чітко визначено, що будь-яке правопорушення, передбачене КУпАП, санкція за яке передбачає адміністративний арешт, є суто кримінальним, з усіма гарантіями статті 6 Конвенції та статті 2 протоколу № 7 до Конвенції, а також необхідністю дотримання кримінально-процесуальної процедури.

Внаслідок положень Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [420] зазначене рішення є прецедентним джерелом права.

Тим самим суди, незважаючи на положення, встановлені частиною 2 статті 287 КУпАП, щодо остаточності постанови суду про накладення адміністративного стягнення і неможливості його оскарження в порядку провадження у справах про адміністративні правопорушення, повинні застосовувати таке рішення Європейського суду з прав

людини «Гурепка проти України» і відповідні положення Конвенції, що є частиною національного законодавства України, та забезпечити оскарження за аналогією до норм, визначених у КПК України.

Інше цікаве рішення ЄСПЛ у справі «Пантелеєнко проти України» стосується питання презумпції невинуватості, гарантованого статтею 6 Конвенції [423].

Ознайомившись з рішенням, зробили для себе досить неоднозначний висновок, який полягає у тому, що підхід ЄСПЛ до вирішення цього питання призводить до порушення презумпції невинності практично будь-яке рішення суду України про закриття кримінальної справи і звільнення від покарання за «нереабілітуючими» підставами.

Сутність справи. «Заявниця стверджувала, що суд, розглядаючи її скаргу на незаконні дії працівників правоохоронних органів, які проводили обшук, не врахував тих обставин, що цей злочин є малозначним, що підтверджується постановою органу досудового розслідування про закриття кримінальної справи через малозначність, і відмовив заявниці у відшкодуванні збитків, завданих незаконним проведенням обшуку, пославшись, що у рішеннях суду, які виносилися за справою, є достатньо підстав, які доводять вину заявниці. І саме ця обставина стала підставою порушення судом презумпції невинуватості.

Так, Деснянський районний суд м. Чернігів, розглянувши скаргу заявника, своїм рішенням відмовив у її задоволенні, вказавши, що в матеріалах кримінальної справи міститься достатньо доказів того, що заявник підробив певний нотаріальний документ і умисно вчинив незаконну нотаріальну дію. Але з огляду на малозначність злочину подальше кримінальне переслідування, на думку суду, є недоцільним» [429].

Європейський суд з прав людини такий підхід національного суду розцінив як порушення презумпції невинності і в рішенні вказав, що «практика суду встановлює, що принцип презумпції невинуватості порушується, коли судове рішення щодо особи, обвинуваченої у вчиненні кримінального злочину, відображає думку про те, що вона винна без доведення його провини відповідно до закону.

Навіть за відсутності будь-яких формальних даних досить припущень, що суд вважає особу винною. Більш того, пункт 2 статті 6 Конвенції не обмежується кримінальними провадженнями, які тривають, але поширюється також на судові рішення, ухвалені після того, як кримінальне провадження було закрито» [429].

Суд також зазначив, що «кримінальну справу заявника було закрито слідчими органами на тій підставі, що малозначність злочину, вчиненого заявником, робить його кримінальне переслідування недоцільним. Національні суди, переглянувши це рішення, погодилися з тим, що докази, які містяться в матеріалах справи, є достатніми для доведеності вчинення злочину заявником і його малозначність. У цій справі судові рішення про припинення кримінального провадження проти заявника були сформульовані таким чином, що немає сумнівів у тому, що заявник скоїв злочин, який йому інкримінується» [429].

Хочемо зазначити, що в чинному законодавстві України порядок і підстави звільнення від кримінальної відповідальності прописані в Кримінальному і Кримінальному процесуальному кодексах України та Конституції України. Крім того, з цього питання висловився ще і ВСУ. Пленум ВСУ 23 грудня 2005 року ухвалив постанову «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» [434]. Цією постановою Пленум ВСУ роз'яснив судам таке:

«У процесі вирішення питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності суд (суддя) під час досудового та судового розгляду справи, апеляційного, касаційного і виключного провадження повинен переконатися (незалежно від того, надійшло воно до суду першої інстанції з відповідною постановою або з обвинувальним актом, а до апеляційного та касаційного суду – з обвинувальним вироком), що діяння, яке інкременується особі за провину, дійсно мало місце, містить ознаки складу злочину, і що особа дійсно винна в його вчиненні, а також встановити умови і підстави його звільнення від кримінальної відповідальності, передбачені

КК України» [434]. І тільки після цього можна в «передбаченому КПК України порядку ухвалити та винести відповідне судове рішення» [434].

Звичайно, що зазначена постанова Пленуму ВСУ не є нормативним актом, але вона носить обов'язковий характер для єдності застосування судової практики (це питання досить детально розглянули в попередніх параграфах цієї роботи), хоча і не має обов'язкової сили для судів під час винесення судових рішень, однак останні, як правило, ухвалюють свої рішення з урахуванням таких роз'яснень.

Таким чином, суд під час вирішення питання про звільнення від кримінальної відповідальності, розглядаючи справу, повинен встановити, що діяння, у вчиненні якого обвинувачується особа, мало місце, а в діях особи є склад злочину. І найголовніше, що «повинен, встановити суд, – це вину особи у вчиненні злочину. Причому обставини, встановлені судом, повинні бути викладені в судовому рішенні» [434].

Вважаємо, що викладене подібним чином судове рішення повинно містити висновки про винність особи тільки в обвинувальному або виправдовувальному вироку суду, будь-яке інше рішення суду порушує частину 2 статті 6 Конвенції, яка передбачає, що «кожен, кого звинувачують у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку» [423].

У свою чергу, законний порядок доведення провини встановлений Конституцією України та КПК України. У частині 1 статті 62 Конституції України встановлено, що «особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду» [424].

Тобто розкриваючи ширше, потрібно зазначити, що будь-яке інше судове рішення, відмінне від обвинувального вироку, яким встановлюється вина особи в законному порядку і яке містить текст про винність особи, без доведення його провини, відповідно до закону, порушує

презумпцію невинуватості та положення частини 2 статті 6 Конвенції та статті 62 Конституції України.

Крім наведеного нами прикладу, тільки 2012 р. Європейський суд з прав людини у шістьох своїх рішеннях підтвердив порушення українськими судами ст. 6 Конвенції за такими справами: «Гріненко проти України», рішення від 15.11.2012, заява № 33627/06; «Григор'єв проти України», рішення від 15.05.2012, заява № 51671/07; «Тітаренко проти України», рішення від 20.09.2012, заява № 31720/02; «Хайров проти України», рішення від 15.11.2012, заява № 19157/06; «Замфереско проти України», рішення від 15.11.2012, заява № 30075/06; «Сергій Афанасьєв проти України», рішення від 15.11.2012, заява № 48057/06 [426, с. 137].

У зв'язку з такою масовістю порушень Конвенції українськими судами ці норми були імплементовані в новий КПК України, прийнятий 2012 року, у якому ця практика Європейського суду врахована повним обсягом, і на сьогодні малозначність злочинного діяння встановлюється в процесі судового розгляду кримінального провадження, а кінцевий результат за справою ухвалюється шляхом винесення вироку суду. Тим самим знову можемо побачити дію судового прецеденту на території нашої держави.

Використання рішень Європейського суду з прав людини українськими судами в подальшому може позитивно вплинути на якість судових рішень у багатьох категоріях спорів. Рішення ЄСПЛ фактично здатні виконувати роль прецедентів, що унеможливить появу діаметрально протилежних рішень в аналогічних провадженнях або на різних стадіях процесу.

Однак, на нашу думку, основною перешкодою у створенні узгодженої практики застосування українськими судами рішень Європейського суду з прав людини в аналогічних провадженнях є відсутність однозначного підходу в їх застосуванні.

Важливою і складною проблемою в питаннях застосування українськими судами практики Європейського суду з прав людини є відповідні процедури і правові підстави. В. Онопенко вважає, що «механізм

такого застосування включає два способи: перший – це безпосереднє (пряме) застосування практики Європейського суду з прав людини, яке обмежується нормами Конвенції та рішеннями суду, прийнятими щодо України; другий – використання в судовій практиці українських судів правових позицій Європейського суду з прав людини» [427, с. 66].

Крім цих двох способів, також можна виділити третій, так званий «відсильний» спосіб, при якому лише згадується про наявність певних європейських стандартів з питання, які є предметом спору, не конкретизуючи його, тобто не посилаючись на конкретні статті Конвенції в рішенні ЄСПЛ [436, с. 45].

У цих механізмах особлива роль належить Верховному Суду, який має застосовувати практику Європейського суду, та брати безпосередню участь у роз'ясненні рішень Європейського суду для застосування єдності практики під час винесення рішень нижчестоящими судами.

Проблеми, які виникають у діяльності вітчизняних судів під час використання правових позицій Європейського суду, свідчать, що саме Верховний Суд повинен формувати концептуальні підходи та методи використання судами європейських стандартів, розробляти рекомендації щодо правильного й однакового застосування ними під час здійснення правосуддя норм Конвенції та практики Європейського суду з прав людини.

Верховний Суд може це робити шляхом використання практики Європейського суду з прав людини у ході вирішення конкретних проваджень усіх категорій: адміністративних, господарських, цивільних і кримінальних. Хочемо зазначити, що така практика набула широкого поширення в діяльності найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції України. І на сьогодні забезпечення єдності судової практики Верховним Судом шляхом роз'яснень щодо застосування складних і спірних питань чинного законодавства, в тому числі з урахуванням практики Європейського суду з прав людини, є ефективним засобом.

З огляду на необхідність підвищення ефективності застосування національних правових засобів захисту прав людини нашою держа-

вою було здійснено ряд законодавчих заходів. Перш за все було впроваджено судову реформу 2016 року, яка усунула інститут «допуску» вищими спеціалізованими судами скарг, у тому числі пов'язаних з рішеннями Європейського суду з прав людини, до розгляду у Верховному Суді.

Наведені вище приклади щодо особливостей застосування положень Конвенції та рішень Європейського суду не є вичерпними. Однак вони свідчать про те, що суди можуть забезпечувати справедливий судовий захист, спрямований на встановлення балансу між наявністю у людини прав і свобод, з одного боку, і розумінню і дотриманню цих прав державою – з іншого; здійснення правосуддя на такому рівні, який би гарантував кожній людині під час визначення його цивільних прав та обов'язків або висунення проти неї будь-якого кримінального обвинувачення право на справедливий судовий розгляд; надання потерпілій стороні справедливої сатисфакції; підтримку потужного правового потенціалу положень Конвенції та рішень ЄСПЛ [428, с. 119].

Крім того, судовий прецедент допоможе вирішити ще одне проблемне питання, а саме, як повинна застосовуватися ЄКПЛ за відсутності відповідних прецедентних рішень ЄСПЛ. Вважаємо досить вдалою думку, що «саме Верховний Суд повинен взятися за цю справу і спробувати знайти рішення, яке перебуватиме в одній площині з принципами, які містяться в прецедентному праві ЄСПЛ. У такому випадку рішення ЄСПЛ можуть стати засобом досягнення справедливого рішення в рішеннях Верховного Суду [431, с. 159].

Тому, незважаючи на велику кількість прогалин і суперечностей у чинному законодавстві, бачимо, що більш переконливими і дієвими для національних судів є узагальнення та роз'яснення вищого органу в системі судів загальної юрисдикції України щодо однаковості і правильності розуміння норм і приписів, у застосуванні яких виникають труднощі. Тим більше, що положення Європейської конвенції з прав людини та ратифікованих Протоколів з часом удосконалюються, конкретизуються і знаходять належну інтерпретацію в рішеннях Європейського суду з прав людини, і мають істотний вплив на

впровадження змін до чинного законодавства, його тлумачення та застосування в повсякденній юридичній практиці. Такий відчутний вплив рішень Європейського суду з прав людини на діяльність національних правоохоронних органів знаменує собою рішуче просування на шляху включення української судово-правової системи в загальноєвропейську систему захисту прав і свобод людини. У цьому ракурсі Європейський суд з прав людини як загальноєвропейський судовий орган, який вирішує не тільки конкретні тактичні завдання щодо захисту прав і свобод людини, а й стратегічні завдання нового етапу інтеграції та гармонізації систем права і законодавства різних європейських держав. Адже рішення ЄСПЛ виносяться не тільки для вирішення справи, що перебуває на його розгляді, а й у цілому для збереження, розвитку і більш глибокого вивчення норм Конвенції, для того, щоб таким чином сприяти дотриманню державами своїх зобов'язань, які вони несуть як учасники ЄКПЛ [440, с. 257].

Потрібно зазначити, що ЄКПЛ та Протоколи до неї за своєю юридичною природою є обов'язковим міжнародним правовим договором, який запровадив систему судового прецеденту під час застосування контролю за дотриманням прав людини на рівні правових систем окремих держав. І хоча Україна ратифікувала Конвенцію ще 1997 року, фактично тільки нині відбувається активне ознайомлення з роботою Європейського суду з прав людини та застосування прецедентних рішень у практичній площині.

Послідовне використання рішень і правових позицій Європейського суду з прав людини має стати ефективним засобом удосконалення правової аргументації судів України. Така співпраця між нашими та європейськими судовими органами можлива тільки з належним правовим оформленням механізму взаємодії Верховного Суду з Європейським судом з прав людини. І таке правове оформлення було впроваджено в нормах, пов'язаних із судовою реформою 2016 року.

Розглядаючи це питання, звичайно, окремо хочемо зупинитися на питаннях, пов'язаних з проблемами впровадження прецедентних рішень ЄСПЛ у національне законодавство нашої держави.

Застосування Конвенції з прав людини в конкретних кримінальних провадженнях ускладнене тим, що «convention articles are drafted in very vague and imprecise terms» [435, c. 28], її положення залишають зайвий простір для їхнього тлумачення і породжують невизначеність щодо справжнього змісту закріплених у них прав. У зв'язку з цим найважливіше значення з точки зору правильного розуміння і застосування положень Конвенції національними судами набула практика Європейського суду з прав людини, в рішеннях якого, відповідно до його компетенції (ст. 32 Конвенції), розкривається зміст та сутність прав людини й основних свобод, а також гарантій цих прав [423].

Конвенція залишається чинною в Україні майже 23 роки, і більшість міжнародно-правових принципів і стандартів правосуддя, вироблених на її основі Страсбурзьким судом, закріплені в КПК України або впроваджені в кримінальному процесі через судову практику. Проте значною мірою актуальними залишаються проблеми використання судами України правових позицій ЄСПЛ за оцінкою конкретних правових ситуацій (казусів) з позиції дотримання прав людини і забезпечення справедливого судового розгляду, а також застосування українськими судами прецедентів ЄСПЛ у своїх рішеннях.

Гострота проблеми полягає в тому, що, з одного боку, застосування Конвенції неможливе без прецедентних рішень ЄСПЛ, за допомогою яких здійснюється динамічна інтерпретація прав людини, розкривається їх зміст та сутність, з іншого – в Україні судовий прецедент офіційно не визнається джерелом права, а також не завжди застосовується судами під час ухвалення рішень, оскільбки потребує досить глибокого теоретичного вміння аналізувати практику ЄСПЛ. Це протиріччя досі не дозволяє повним обсягом розкрити принципи застосування прецеденту ні в теорії права, ні в правозастосовній практиці.

У цілому українська правова наука більше уваги приділяє розкриттю змісту положень Конвенції на основі аналізу різних рішень ЄСПЛ. Водночас, на нашу думку, незаслужено мало уваги приділено проблемам використання судами практики ЄСПЛ під час оцінки доказів, обґрунтування і мотивування власних рішень. При тому, що

обов'язковий характер для українського правосуддя рішень ЄСПЛ і тлумачень, які містяться в них, визнаються більшістю вчених і практиків, і тим не менше залишаються слабо вивченими питаннями, які стосуються методики застосування правових позицій Страсбурзького суду для вирішення, по суті, кримінальних проваджень.

Досліджуючи цю проблематику, хочеться зробити акцент на застосуванні Конвенції та рішень ЄСПЛ у кримінальному судочинстві, і це важливо з декількох причин. По-перше, кримінальний процес – сфера діяльності, яка несе найбільшу загрозу правам і свободам людини, а отже, їх захист найбільш актуальний для кримінального судочинства. По-друге, в українській системі права у зв'язку з названою в першому пункті причиною практика ЄСПЛ найбільшою мірою впливає саме на кримінальне судочинство. По-третє, проблема дотримання Конвенції полягає, у першу чергу, в її застосуванні на практиці, ніж у закріпленні в законах та інших нормативних актах. По-четверте, на рішення ЄСПЛ реагує судова влада (це характерно не тільки для українського судочинства), яка під впливом правових позицій ЄСПЛ коригує тлумачення і застосування існуючих процесуальних правил, а вже після практичного доопрацювання судових процедур законодавець вносить відповідні зміни до КПК України.

У країнах Європи ця проблема вирішується по-різному. Український юрист Ю. Попов вважає, що рішення ЄСПЛ потрібно розглядати як такі, що мають значення переконливих прецедентів (persuasive precedent), які не створюють самі по собі прецеденти в буквальному сенсі, але з урахуванням авторитету суду, який їх ухвалив, істотно впливають на практику інших судів, при цьому не є обов'язковими для них. На підтвердження свого висновку Ю. Попов посилається на практику Верховного Суду України, який у ряді аналогічних рішень проігнорував позиції ЄСПЛ у справі «Сокуренко і Стригун проти України» від 20 липня 2006 р. [432].

В Англії, країні загального права, де прецедентам відводиться особлива роль як джерелу права в разі конфлікту між прецедентом ЄСПЛ і прецедентом вищої судової інстанції країни, пріоритет

застосування віддається прецеденту національного суду [430]. У Німеччині німецькі суди, навпаки, змушені брати до уваги практику, створювану ЄСПЛ, навіть якщо це не відповідає нормам КПК ФРН. До цього їх зобов'язують роз'яснення Федерального конституційного суду ФРН і Вищого суду ФРН, які вимагають враховувати положення Конвенції під час з'ясування норм німецького кримінального процесуального права [415, с. 26]. У Норвегії, як зазначає професор J. P. Rui, існує загальна тенденція, яка полягає в тому, що норвезька влада надає занадто багато уваги рішенням ЄСПЛ [435].

Оскільки рішення ЄСПЛ, ухвалені стосовно України, є обов'язковими для нашої правової системи, а отже, і для українських судів, тому під час розгляду конкретних кримінальних проваджень суди зобов'язані враховувати прецедентні рішення, які стосуються захисту прав людини, які тлумачаться Страсбурзьким судом, і повинні орієнтуватися на розроблені ЄСПЛ стандарти дотримання прав людини у процесі здійснення кримінального судочинства.

У перші роки ратифікації ЄКПЛ (Європейської Конвенції з прав людини) перед судами виникло питання, як застосовувати Конвенцію і яким чином «враховувати» прецеденти і позиції ЄСПЛ в умовах невизначеності статусу його рішень та відсутність єдиного встановленого порядку їх застосування. Ця обставина була і залишається донині основним фактором, що перешкоджає прямому застосуванню в українських судах прецедентних рішень ЄСПЛ нарівні з нормативним правом.

Іншою причиною, яка ускладнювала впровадження на території України практику ЄСПЛ у кримінальне судочинство, була відсутність у суддів глибоких знань і позитивного досвіду застосування Конвенції, відсутність офіційних джерел опублікування рішень ЄСПЛ щодо України українською мовою, слабка інформованість суддів та інших суб'єктів правозастосування про ці рішення, певний правовий консерватизм, що виражався в небажанні більшості суддів відходити від традиційних форм і способів обґрунтування і мотивування своїх рішень, відсутність стимулів до вивчення рішень ЄСПЛ і їх використання в

умовах значної завантаженості суддів кримінальними провадженнями і високої інтенсивності їхньої роботи, а також відсутність позитивного прикладу з боку вищестоящих судів.

Для подолання перелічених проблем і зміни правосвідомості суддів та інших учасників кримінального процесу знадобився досить тривалий час і значні зусилля. І тільки 2006 року був ухвалений закон, який регламентував порядок виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини [420], який орієнтував суддів загальної юрисдикції на застосування норм Конвенції та рішень ЄСПЛ, хоча ситуація з їхнім безпосереднім застосуванням у судових актах після його ухвалення поліпшувалася досить повільно.

На сьогодні багато в чому завдяки цілеспрямованій роботі Верховного Суду проблема своєчасного ознайомлення суддів з практикою ЄСПЛ знята. У правосвідомості українських суддів міцно утвердилося розуміння важливості дотримання загальновизнаних міжнародних принципів і стандартів кримінального судочинства, вироблених Страсбурзьким судом на основі тлумачення і розкриття сутності конвенційних прав людини та їх гарантій.

Водночас широкому впровадженню в кримінальне судочинство прецедентної практики ЄСПЛ перешкоджає відсутність єдиної науково обґрунтованої методики застосування рішень ЄСПЛ у конкретних кримінальних провадженнях, а також відсутність у багатьох суддів навичок складання і мотивування рішень з використанням формулювань і позицій ЄСПЛ.

Так, виходячи з аналізу застосування практики ЄСПЛ і дотримання Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод місцевими судами Харкова і Харківської області та апеляційним судом Харківської області за 2013 рік встановлено, що з 37 місцевих судів Харкова і Харківської області 2013 року тільки 5 місцевих судів під час розгляду кримінальних справ застосовували практику ЄСПЛ [440, с. 256]. Наведені числові дані неможливо вказати більш точно через недостатність інформації на інформаційному ресурсі, проте вони дoз-

воляють уявити реальне співвідношення судових рішень і правильно оцінити масштаб звернення судами в кримінальних провадженнях до практики ЄСПЛ на прикладі Харківської області.

Уже зазначали, що прецедентне право, як і раніше, не визнається в Україні на законодавчому рівні. Проте суди загальної юрисдикції орієнтуються на вироблені Страсбурзьким судом правові позиції, запозичують з його актів юридичні формулювання, які розкривають зміст та сутність певного положення Конвенції, і все частіше в своїх рішеннях у кримінальних провадженнях посилаються на конкретні прецеденти ЄСПЛ. Щоправда, якість цих посилань не завжди є високою.

Аналіз судових рішень у кримінальних провадженнях свідчить про різні рівні і способи використання практики ЄСПЛ судами України в кримінальних провадженнях. На нашу думку, їх можна класифікувати за способами реалізації і залежно від суб'єкта-ініціатора застосування рішень ЄСПЛ: 1) на застосовані з ініціативи сторін процесу або волі самого суду; 2) безпосереднє (пряме) і опосередковане застосування; 3) абстрактне і конкретне застосування.

Зазвичай суди звертаються до практики ЄСПЛ з ініціативи сторін. У цьому випадку зацікавлені учасники судового розгляду аргументують свої звернення (заяви, скарги) або висловлені в суді позиції конкретними рішеннями ЄСПЛ, унаслідок чого суд, перевіряючи доводи сторін, змушений вдаватися до аналізу правових позицій ЄСПЛ і відображати їхні результат у процесуальному рішенні. Це − в ідеалі, а на практиці суди нерідко ігнорують рішення ЄСПЛ, на які посилаються сторони, обмежуючись застосуванням українського законодавства і використовуючи тільки роз'яснення вищестоящих судів України. Проте ініціативне застосування судами рішень ЄСПЛ теж присутнє. З власної ініціативи судді зазвичай посилаються на найбільш відомі, неодноразово підтверджені й усталені правові позиції і тлумачення ЄСПЛ, які співзвучні з українським законодавством і опрацьовані в практиці Конституційного Суду України та Верховного Суду.

Опосередковане застосування має місце тоді, коли суд прямо не посилається на Страсбурзький суд, але фактично використовує в своєму рішенні його правові позиції, концепції, інтерпретації прав людини і гарантій цих прав, які були раніше сприйняті Конституційним Судом України або Верховним Судом і відображені в їхніх роз'ясненнях або вже знайшли закріплення в кримінальному процесуальному законодавстві України, тобто фактично використовуються судом як інструмент (засіб) тлумачення застосовуваних норм національного права.

Наприклад, широко відома концепція поліцейської провокації, розроблена в ряді рішень ЄСПЛ, у тому числі щодо України узгоджується з ч. 3 ст. 271 КПК України, яка забороняє провокацію злочину з боку державних органів.

Що стосується конкретного застосування рішень ЄСПЛ, це усвідомлений вибір прецедентів, аналіз яких міститься в правових позиціях і принципових положеннях, які випливають зі змісту норм Конвенції, стосовно фактів та обставин конкретного кримінального провадження. За таким способом суд, як правило, вказує на положення Конвенції, яке можна застосувати, викладає сутність прецеденту в зіставленні з фактичною основою цього провадження і нормами українського законодавства, використовує запозичені в ЄСПЛ аргументи і трактування для обґрунтування ухваленого рішення.

Абстрактний спосіб використання практики ЄСПЛ – це формальна згадка, просте перерахування в судовому рішенні певних постанов Страсбурзького суду або його окремих позицій без їхнього аналізу і прив'язки до конкретних обставин провадження, встановлених судом. Такі посилання мало що означають і не можуть бути доказом того, що суд дійсно врахував і застосував згаданий прецедент, і вказують лише на прагнення судді слідувати модній тенденції, створюють ілюзію більш ґрунтовної і переконливої правової позиції суду, «освяченої» авторитетом ЄСПЛ. На жаль, доводиться констатувати, що в більшості судових рішень присутні саме такі формальні посилання.

З розглянутих способів, власне, застосуванням рішень ЄСПЛ як джерела права можна визнати лише безпосередній і конкретний спо-

соби застосування, які поєднуються один з одним і є ефективними. Опосередкований спосіб, мабуть, потрібно віднести не до застосування як такого, а до форми обліку практики ЄСПЛ у процесі ухвалення рішення у кримінальному провадженні. Формальне згадування ЄСПЛ у судових рішеннях – тільки видимість застосування й обліку його рішень, яка прикриває фактичну бездіяльність суду в цьому напрямі.

Підсумовуючи викладене, доходимо до таких висновків. Упродовж останніх трьох років у кримінальному судочинстві України спостерігається підвищення активності українських судів щодо застосування рішень ЄСПЛ і використання його правових позицій. Цьому процесу сприяло ухвалення 2006 року Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [420]. Однак у більшості випадків суди застосовують Конвенцію та посилаються на ЄСПЛ без аналізу його рішень, часто ігноруючи постанови ЄСПЛ, на які посилаються сторони. Звернення до рішень ЄСПЛ має переважно формальний і абстрактний характер або здійснюється в опосередкованій формі. Багато суддів вважають за краще прямо не посилатися на ЄСПЛ, а використовувати в процесі тлумачення відповідних норм українського законодавства вироблені Страсбурзьким судом стандарти, правові позиції і підходи в адаптованих до української традиції формулюваннях, які містяться в роз'ясненнях і вказівках Конституційного Суду України і Верховного Суду.

Більш доцільні і результативні способи безпосереднього і конкретного застосування прецедентів ЄСПЛ використовуються в судовій практиці рідко. Факторами, що обмежують і ускладнюють належне та ефективне застосування практики ЄСПЛ, залишаються законодавча невизначеність статусу рішень ЄСПЛ як прецедентного джерела права, обов'язкового до застосування, а також відсутність чітких і ефективних методик складання та мотивування судових рішень на основі правових позицій ЄСПЛ з використанням посилань на конкретні прецеденти.

Подальший розвиток наукових (теоретичних і прикладних) досліджень використання в кримінальному судочинстві Конвенції та

практики ЄСПЛ має йти шляхом конкретизації правового статусу прецедентних рішень ЄСПЛ у правовій системі України та розробки порядку (форм і методів) їхнього застосування в кримінальному судочинстві.

3.5. Обумовленість судового прецеденту як джерела кримінального процесуального права та проблеми, що можуть виникнути під час запровадження судового прецеденту в Україні

Механізм впровадження судового прецеденту в систему джерел кримінального процесуального права України було розглянуто у попередніх розділах, на разі ж вбачається за необхідне зосередити увагу на умовах та ризиках цього процесу.

На нашу думку, впровадження судового прецеденту в систему джерел кримінального процесуального права України є необхідним та цілком обумовленим кроком.

Стан правової системи неможливо оцінити без урахування глобальних інтеграційних процесів, які відбуваються у світі і мають певний вплив на правову систему. У цих умовах проблема вдосконалення елементів правової системи, особливо органів судової влади як її інститутів, залишається актуальною і для науки, і для юридичної практики.

Процес глобалізації властивий не тільки для економічних, національних, екологічних, політичних відносин, він зачіпає і правову систему держави. Тому проблема адаптації правової системи України в глобальному світі залишається в практичному плані досить гострою і вимагає для свого вирішення розробки теоретичного базису, здатного відобразити проблеми впливу глобалізації та регіональної інтеграції на правову систему держави і її елементи.

Специфіка глобалізації у правовій сфері полягає в тому, що цей процес проявляється певною мірою у всіх структурних частинах

правової системи України. Йдеться, в першу чергу, про нормативно-правову базу, систему джерел права і про їхні співвідношення. Глобалізація з'являється як у правотворчості, так і правозастосуванні, оскільки динамізм правової системи забезпечується, з одного боку, механізмом правотворчої діяльності, а з іншого – правореалізаційними факторами.

Одним із прикладів впливу глобалізації на джерела національного права, як вважає Р. М. Бірюков, може слугувати еволюція джерел права сучасної України. Результатом її стало широке використання в різних галузях права міжнародних правових договорів як джерел права, визнання і застосування судової практики (прецеденту) як джерела права [441].

Це, в свою чергу, накладає певний відбиток і на судові органи. Р. М. Бірюков обґрунтовано дійшов до висновку, що глобалізація – настільки всеосяжне явище, що поширюється і на суди [441].

Обставини, які обумовлюють розвиток судового прецеденту як джерела кримінально-процесуального права України, доцільно розділити на декілька видів (груп): історичні; соціальні та правові.

Історичними умови включають основним чином такі обставини:

1) відхід від нормативізму як єдиного праворозуміння, що надає можливість визнати судову практику джерелом права. Місце, яке судовий прецедент займає серед інших джерел права, залежить від історичних умов формування права певної держави;

2) процеси конвергенції правових систем та визнання нормотворчої ролі судової практики, які відбуваються не лише в країнах загального права. Зростання ролі правових прецедентів у системах джерел права сучасних правових держав пов'язане, зокрема, з підвищенням ролі громадянського суспільства й органів, які можна умовно назвати «інституціями громадянського суспільства». До таких потрібно віднести органи, що регулюють діяльність телерадіомовлення, омбудсмена, посадових осіб, що контролюють використання персональних даних (комісар із захисту персональних даних), а також суди. Вбачається, що в сучасних умовах розвитку правових систем пострадянських

країн судовий прецедент повинен, нарешті, знайти своє місце серед джерел права;

3) історичні корені судового прецеденту на українських землях, окремі ознаки та прояви якого були притаманні системі джерел кримінального процесуального права України впродовж усієї її історії, починаючи з князівських часів (див. попередні розділи роботи). Прецедент як загальне явище не є обов'язковою приналежністю якоїсь однієї правої доктрини, оскільки в своїх загальних ознаках допустимий і у вітчизняному праві, варто лише відмовитися від психологічного тягаря несприйняття такого терміну. Ґенеза вітчизняного кримінального процесуального права свідчить про наявність ознак судового прецеденту у вітчизняному праві, проте відсутня належним чином розвинена культура його застосування;

4) розробка та впровадження нових джерел права, які повинні вдосконалити механізм правового регулювання, в тому числі й у сфері кримінального процесу. Нині необхідною є теоретична розробка нових джерел права, які останнім часом набувають усе більшого значення у правовому регулюванні, а саме таких, як нормативно-правова угода, правова доктрина, судовий прецедент та інші [448; с. 72].

До соціальних умов необхідно відносити такі обставини:

1) рішення Верховного Суду, а в окремих випадках і апеляційних судів, фактично виступають як регулятор кримінальних процесуальних відносин і заповнюють законодавчі прогалини та сприяють здійсненню конституційного принципу судового захисту.

Потреби практики вимагають законодавчого регламентування судового прецеденту, який створюється вищими судовими органами, визначення порядку та меж його застосування. Політика замовчування та заперечення судового прецеденту як джерела кримінального процесуального права в цьому випадку не є конструктивною та соціально вигідною. У зв'язку з цим офіційне визнання судового прецеденту сприятиме можливості впорядкування його фактичного застосування;

2) визначальну роль суду у механізмі забезпечення захисту прав і свобод людини в демократичній, правовій державі. Саме на суд

як орган судової влади суспільство покладає відповідальність за правильне застосування законів, сприяння утвердженню принципу верховенства права, забезпечення режиму законності, охорону та поновлення прав і законних інтересів громадян. Особливо актуальним такий захист є у кримінальному процесі, де, з одного боку, встановлені підвищені гарантії захисту прав та інтересів людини, з іншого – саме для нього актуальними є конституційні та законодавчі обмеження таких прав. Таким чином, складається доволі парадоксальна ситуація, коли окремі аспекти кримінального судочинства регулюються підзаконними актами виконавчої гілки влади, до якої належать учасники кримінального процесу, що виконують функцію сторони обвинувачення. З іншого ж боку, можливість підзаконної правотворчості судової гілки влади – носія функції вирішення провадження, по суті, ставиться під сумнів. Проте, якщо виконавча гілка влади не обмежується виключно виконанням законів та є нормотворцем не тільки у сфері виконання законів, а прямо втручається у сферу правосуддя шляхом затвердження підзаконних нормативних актів, то чому, власне, судова гілка влади, яка є виключним суб'єктом здійснення правосуддя, не може цього робити. Парадокс ситуації полягає в тому, що окремі з органів державної влади (посадові особи), які є учасниками кримінального судочинства і прямо зацікавленими у спірних моментах, які розглядає суд, і навіть ухвалювали рішення, які викликали таку спірну ситуацію, можуть бути правотворцями, а суд, у свою чергу, який не є зацікавленою стороною у судовому спорі, не може використати право на нормотворчість під час вирішення цього спору і забезпечити повним обсягом ухвалення справедливого рішення у кримінальному провадженні. Підсумовуючи нашу думку, вважаємо, що держава повинна забезпечити можливість здійснювати правотворчість судовій гілці влади під час вирішення питання, по суті, в кримінальних провадженнях в інтересах правосуддя для винесення справедливого рішення. І, власне, в цьому також є гарантія незалежності суддів, яка, як відомо, є похідною від незалежності судової гілки влади.

Погоджуючись з думкою В. Стефанюка, можна стверджувати, що судову владу як одну із основних структур правової держави не можна зводити тільки до розгляду конкретних справ, передбачених нормами цивільного або кримінального права. Чинна судова влада виникла в результаті набуття судом додаткових, якісно нових функцій [454; с. 17];

3) надання окремим рішенням прецедентного значення, що в цілому підвищить рівень законності та обґрунтованості судових рішень у кримінальному судочинстві, повагу у суспільстві до судових рішень;

4) завантаженість судової системи України, яка вимагає вжиття заходів щодо вирішення цієї проблеми. Зважаючи на те, що однією з причин такої завантаженості є недосконалість законодавства та його неоднакове застосування судами України, впровадження судового прецеденту як субсидіарного щодо закону джерела кримінального процесуального права з підвищеним ступенем правової конкретизації сприятиме вирішенню проблеми завантаженості судової системи і, як наслідок, забезпечення права кожного на справедливий судовий розгляд упродовж розумного строку (стаття 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод);

5) високий рівень правової кваліфікації суддів. Як справедливо вважає Р. З. Лівшиц, «Суд завдяки його більшій незалежності та кваліфікації значно менше прийнятний та зручний для тоталітарного режиму як орган влади» [449; с. 4]. Зважаючи на те, що більшість законів ухвалюються внаслідок погодження між собою певних політичних домовленостей, що не завжди сприяє принципу справедливості, тому судова деталізація з моментами справедливого судового тлумачення таких приписів та вироблення судом загальнообов'язкових норм значно покращить якість правового регулювання певної сфери кримінального процесу.

До правових умов необхідно відносити такі обставини:

1) вимога однакового застосування законодавства судами України, яка є елементом реалізації принципу рівності усіх перед законом і судом, що приводить до необхідності пошуку правових засобів судом та вжиття таких заходів для забезпечення цієї вимоги, і одним з

найбільш ефективних засобів забезпечення рівності є судовий прецедент;

2) відповідно до статті 124 Конституції України правосуддя в Україні здійснюється виключно судами [445]. Власне, ніщо не забороняє тому ж Верховному Суду здійснювати латентне регулювання кримінальних процесуальних відносин шляхом вироблення певної спільної позиції суду та застосування її в процесі розгляду справ у касаційному порядку. Адже на відміну від місцевих та апеляційних судів Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду розглядає тільки кримінальні провадження, і тому, очевидно, саме він у майбутньому повинен забезпечити однакове тлумачення та застосовування норм у кримінальному судочинстві;

3) покладення на Верховний Суд обов'язку забезпечення однакового застосування законодавства України. Очевидним є те, що лише шляхом здійснення правосуддя Верховний Суд не може забезпечити дію зазначеного принципу, і саме тому поряд з функціями щодо здійснення правосуддя суду необхідно надати й інші важелі впливу, в тому числі імперативного характеру, який полягає в нормотворчому вираженні судами свого бачення певної ситуації;

4) закріплення в Конституції України [445] принципу верховенства права, який поширюється в тому числі й на кримінальні процесуальні відносини. Підтримуємо позицію тих учених, які вважають, що додаткові можливості реалізації принципу верховенства права полягають у наданні судовій владі поряд з функцією правозастосування функцію нормотворчу, тобто визнання певних судових рішень «прецедентними», як це виконується в інших системах права [443, с. 182];

5) відсутність у Конституції України виняткового переліку джерел права, в тому числі кримінального процесуального спрямування, а також відсутність заборони судам встановлювати певні правила, загальнообов'язкові для судів під час розгляду певних справ, у тому числі щодо роз'яснення положень законодавства є підставою вважати судовий прецедент джерелом права за принципом, що не заборонено то дозволено;

6) надання суду правотворчих функцій та подальше впровадження інституту судового прецеденту в систему джерел кримінального процесуального права України, вважаємо, необхідно розглядати додатковою процесуальною гарантією.

Процесуальні гарантії є одним з різновидів юридичних гарантій, які забезпечують повне відшкодування завданої злочинами матеріальної шкоди і, в свою чергу, включають у себе кримінальні процесуальні гарантії, які у широкому розумінні є «передбаченими кримінальним процесуальним законом, засобами забезпечення досягнення завдань кримінального судочинства й охоронюваних прав та законних інтересів осіб, які беруть у ньому участь» [451, с. 32]. На нашу думку, такі гарантії відображаються насамперед у принципах кримінального судочинства, процесуальній формі, процесуальних правових нормах й інститутах, які регулюють певний аспект кримінального процесу, у діяльності суб'єктів відповідних правовідносин, у тому числі службових осіб правоохоронних органів і окремих учасників кримінального процесу відповідно до своїх повноважень, у належному здійсненні прокурорського керівництва та судовому контролі. Причому на відміну від деяких інших гарантій впровадження судового прецеденту в систему джерел кримінального процесуального права буде системною гарантією, яка буде присутньою на будь-якій стадії кримінального судочинства та щодо будь-якого питання, яке полягає в кримінальній процесуальній площині та стосується захисту прав особи.

Потрібно погодитися з О. Чекотовською про те, що в силу своїх виняткових властивостей нормативний правовий акт продовжує залишатися домінуючим джерелом права в державах романо-германської правової системи. Разом з тим важливу роль стала відігравати судова практика, в тому числі і міжнародно-правова. Формально судова практика в Україні не є обов'язковою під час подальшого розгляду аналогічних справ, однак суди нижчої інстанції здебільшого, ніж раніше, стали керуватися судовою практикою вищих судів [458].

Еволюційний розвиток правової системи дозволив виявити нормотворчу функцію судової влади та пов'язані з нею проблеми правового визнання такої нормотворчості в Україні. Судова влада як одна з гілок державної влади здійснює сьогодні не тільки функцію правосуддя, а й своєрідної судової нормотворчості в формі судового прецеденту та судової практики.

У літературі відсутня єдина думка про судову практику і нормотворчу функцію вищих судових органів (судовий прецедент) як про джерела українського права, а тому актуальним залишається і проблема їхнього визнання у нашій правовій системі. У зв'язку з цим та інтеграційним розвитком українського суспільства цей аспект вимагає подальшого дослідження цього правового явища з урахуванням різних наукових підходів.

Так, у науці і практиці склалися дві основні точки зору з питання судової практики та судової нормотворчості як джерела права. Одні автори з урахуванням усіх позитивних факторів визнають судову нормотворчість і судову практику джерелом права, тоді як інші не відносять судову практику до джерел права, оскільки у судових органів немає правотворчих функцій, їхнє основне завдання – застосовувати закон, а не створювати його.

Дискусії для української науки і практики не нові, вони то затихають, то знову виникають, але проблема існування судової нормотворчості в українській правовій системі залишається. На нашу думку, потрібно визнати і закріпити в нормативному акті функцію судової нормотворчості за вищими судовими інстанціями, визначивши їхні повноваження, межі, форму, механізми реалізації, час дії. Краще мати нормотворчість у рамках закону, ніж його ігнорувати взагалі. Ось це і буде рух вперед, до правової держави. Уже нині бачимо, що у реальному правовому житті все йде до вироблення механізму судової нормотворчості у нашій національній правовій системі.

І цей процес не швидкий, потрібно знайти ті оптимальні процедури, які дозволили б найвищим судовим органам у межах їхніх повноважень здійснювати нормотворчу функцію. У цьому і полягатиме

особлива роль вищих органів судової влади зі своєю процедурою судової нормотворчості та формою її вираження, яка відрізняється від законодавчої і виконавчої влади.

За твердженням російського вченого В. Є. Чиркіна, сила судової влади залежить основним чином від того, чи існує в цій країні правова держава або встановлений авторитарний режим, тоталітарна система, панує олігархія. Роль судової влади в суспільстві багато в чому визначається рівнем правової культури народу, відображається у повазі до суду, яке виховується навіть не десятиліттями, а століттями. У Росії, зазначає автор, такого немає. Потрібна тривала копітка і наполеглива робота [459]. Вважаємо, що в Україні все відбувається навпаки, і така робота розпочата. Це видно з впровадження судової правової реформи, яка розпочалася ще далекого 2001 року, коли був ухвалений новий Кримінальний кодекс України, і продовжується до цього часу. Практично у всіх процесуальних кодексах України зазначається про врахування судової практики вищих судів та приюдиційність рішень, а це, в свою чергу, підштовхує нашу державу до визнання нормотворчої функції судової гілки влади.

У цьому випадку повною мірою використовуємо позитивний досвід напрацювання судової нормотворчості в міжнародних правових системах, що сприяє формуванню та розвитку судової нормотворчості в нашій правовій системі, але з урахуванням її певних особливостей. Так, у закордонному праві активна правотворчість судів не вважається порушенням принципу поділу влади. Судова правотворчість є, оскільки її просто неможливо уникнути. Неминучість судової правотворчості зумовлюється наявністю прогалин у законах та іманентною невизначеністю і багатозначністю багатьох норм законодавства, а також неможливістю відмови в правосудді за відсутності чіткої позитивної норми, яка застосовується судом до спору.

Французький правознавець Евелін Серверен пише: «У правових системах демократичних країн визнається, що суди вносять вклад у формування прецедентів і створення норм, хоча визнання цього факту суперечить апріорі принципам поділу влади» [453, с. 46–47].

На нашу думку, нормотворчість вищих судових органів за природою судової влади і її діяльності спрямоване не тільки на вирішення правового спору, захист прав, свобод та інтересів суб'єктів, заснованих на законі, а й на формулювання судової норми. Оскільки неконституційний нормативний акт, прогалина, розпливчастість норми закону, яка потребує тлумачення, дають суду право в процесі здійснення правосуддя сформулювати нормативне правило, дати тлумачення, яке дозволить вирішити правовий спір та виконати конституційне положення про судовий захист.

Демократичні процеси правової системи України стосуються і юридичної практики, в тому числі і судової. Саме практика адаптує закони до життєвих ситуацій, показує, наскільки ефективна і досконала чинна в державі правова система сигналізує про неблагополуччя і збої в її функціонуванні, пропонує шляхи вдосконалення, виправлення недоліків, виробляє правові позиції, які регулюють певний вид суспільних відносин, підвищує рівень правової свідомості і правової культури учасників правового спілкування.

Судова практика і судовий прецедент у кожній правовій системі мають свої особливості, закономірності розвитку. Г. В. Мальцев справедливо зазначає, що «прецеденти є органічною частиною будь-якого виду творчої діяльності, їх не треба вводити, штучно культивувати в судовій сфері, оскільки вони самі по собі здатні виникати, змінюватися і зникати у структурах звичного способу дії суддів, стандартах поведінки суду, незалежно від того, на яку форму права він переважно зорієнтований – на закон або судовий прецедент» [450, с. 643].

Це дозволяє зазначити, що судова практика і прецедент безпосередньо впливають на регулювання відносин у правовій системі. І чим правова система стабільніша, тим досконаліша судова нормотворчість. Конституція України − основний закон і стрижень правової системи, виділяє судову владу як одну з гілок державної влади. Судова влада реалізує функцію правосуддя за допомогою конституційного, цивільного, адміністративного та кримінального судочинства. Правосуддя в українській правовій системі здійснюється тільки судом, не

допускається створення надзвичайних судів і тим більше будь-яких інших державних органів, громадських організацій, які могли б ухвалювати загальнообов'язкові рішення в правових спорах та інших справах, які підвідомчі судам.

Результатом такої діяльності судової влади виступає судова практика. У науці вже досить давно висловлена думка про те, що завданням судової влади визнається здійснення високого рівня судової діяльності – судової практики, втіленої у виробленні правоположень на основі розкриття змісту застосовуваних норм, а за необхідних випадків – їхньої конкретизації і деталізації [455, с. 16–17].

Сучасне розуміння самостійності судової влади передбачає наділення суддів як її носіїв особливим статусом, а судові рішення – силою закону [460].

У статті 125 Конституції України та статті 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» 2016 р. зазначається, що Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом [445; 444]. Цими нормами Верховний Суд визначається відповідальним за досягнення основної мети судової реформи – забезпечення правової визначеності. Складовими принципу правової визначеності є доступність, ясність, точність і стабільність правових норм, а також прогнозованість шляхів вирішення правових конфліктів [442].

З точки зору сучасного розуміння і діяльності судової нормотворчості таке право можливе тільки в практичній діяльності, в його коригуванні, доповненні, а за необхідних випадків – у виробленні правоположень, правових позицій (судових норм) саме з боку вищих судових органів для створення єдиної, загальнообов'язкової судової практики, яка виступає сполучною ланкою між нормативно-правовим актом і суспільними відносинами, забезпечуючи тим самим правову стійкість і безпеку права в цілому.

Судова нормотворчість – побічна діяльність найвищого судового органу, вона не постійна, як законотворчість, і виникає лише тоді, коли

в процесі вчинення своїх функцій суд стикається з прогалиною, дефектом у праві або законі, з неконституційним законом, нормою правового акта, яка вимагає її тлумачення. У цих випадках для вирішення спору суд формулює судову норму, яка і вирішує спір, і стає додатковим регулятором суспільних відносин з характерними ознаками прецеденту. Саме в таких випадках включається механізм судової нормотворчості як необхідний і невід'ємний елемент правової системи.

Судові норми хоча і мають певну нормативність, але порівнювати їх з нормами права (закону) не потрібно, оскільки вони містять нормативні правила до конкретного випадку, поширюються тільки на подібні випадки і час їх дії обмежений ухваленням нової норми закону. Таке розуміння нормотворчості з боку вищих судових органів жодною мірою не порушує принципу поділу влади, оскільки у кожної гілки влади є свої чітко визначені нормотворчі функції. Законодавча влада змінює, скасовує та ухвалює закони, виконавча влада їх виконує, виробляє до них підзаконні акти нормативного характеру, судова влада застосовує нормативні правові акти, створюючи за необхідних випадків судові норми, виконуючи функцію нормотворчості.

Потрібно визнати, що розвиток правової системи тісно пов'язаний з діяльністю судових органів, які надають життєздатність нормативним актам своїми рішеннями, а в деяких випадках доповнюють і заповнюють відсутні норми права створеними в процесі цієї діяльності суддівськими нормами.

Судова нормотворчість стала особливою діяльністю вищих судових інстанцій, що дозволяє в сучасних умовах створювати суддівські норми, які здатні регулювати соціально-правові ситуації до ухвалення нормативного акта. Основними формами судової нормотворчості виступають судовий прецедент і судова практика вищих судових інстанцій.

Упродовж усього періоду української державності судовий прецедент і судова практика були орієнтиром для однакового розгляду судових проваджень, правильного застосування нормативних правових актів, тлумачення норм і усунення прогалин у законодавстві.

Розвиток судової нормотворчості в основному залежить від політичної волі держави та її правової політики: чи матиме ця діяльність легальний, творчий, допоміжний характер або буде просто правозастосовною діяльністю судових органів.

Активна творча самостійність судової нормотворчості починається з від'єднання судової влади від законодавчої і виконавчої. Вперше в Україні такий крок був зроблений 1864 р. У результаті судової реформи судова влада була відділена від законодавчої та скасована заборона на тлумачення законів. Судам пропонувалося кожну справу вирішувати на підставі закону, не зупиняючи рішення під приводом неповноти, неясності або протиріччя законів [456].

Реальність сьогодення дозволяє по-новому дивитися на роль суду в правовій системі України, оскільки своєрідний елемент «прецедентного права» послугує фактором безперервного вдосконалення суду.

У своїй діяльності судова влада повинна не тільки застосовувати закон, але і створювати спільні норми, коли законодавець мовчить. Така діяльність вищих судових органів сприяє законодавцю як у коригуванні нормативних актів, так і заповненні, подоланні прогалин у нормативно-правовому регулюванні і представляється оптимальною й об'єктивно існуючою формою судової діяльності.

Правотворча діяльність судів у правовій системі України формально (офіційно) не визнається, в доктрині інтерпретується суперечливо, але реально існує і через вищі судові інстанції впливає на розвиток права так само, як і в ряді інших країн Європейського Союзу (Греції, Італії, Нідерландах, ФРН та ін.).

Нормотворчі повноваження судової влади офіційно не закріплені в нормативних актах, але це не може свідчити про те, що судова влада як гілка державної влади позбавлена фактично і практично таких повноважень. Саме навпаки, вищі судові органи поряд із застосуванням правових норм, їх тлумаченням здійснюють також нормотворчу діяльність, відновлюючи справедливість порушених прав і свобод. Суд у певних ситуаціях у деяких країнах може створювати правові норми, які заміняють норми закону [457].

Судова нормотворчість в українській правовій системі знаходить своє відображення в рішеннях Конституційного Суду України, які містять правові позиції, а також у судовій практиці Верховного Суду та правових позиціях Великої Палати Верховного Суду.

На нашу думку, під судовою нормотворчістю потрібно розуміти вироблення вищими судовими органами загальних норм правового регулювання, тлумачення норм у процесі своєї діяльності (в певному виді судочинства) із закріпленням цих результатів у судовому акті.

Здійснення нормотворчості кожною з гілок влади в межах своєї компетенції у процесі виконання закріпленої за ними функціями зовсім не спотворює сутність теорії поділу влади. Кожна з гілок влади компетентна в певній сфері суспільних відносин, тому досить ефективним буде регулювання цих відносин створеними нею ж нормами.

Тому як би шанобливо не ставилися до закону (основного джерела українського права), завжди виявлятимуться юридичні неточності, і одним із способів усунення цього – судова нормотворчість, оскільки в процесі застосування правової норми виникають певні складнощі, які потребують практичного судового доопрацювання, доведення закону до ідеалу. У подібних ситуаціях, а виникають вони упродовж усього існування права, допомагають вирішувати таку проблему судовий прецедент і судова практика, як концентровані форми судової нормотворчості вищих судових органів.

Судова практика пристосовує загальноправову норму до особливої та одиничної – конкретної життєвої ситуацій. Тому визнання за судовою практикою ролі джерела права не стоїть на перешкоді повноважень законодавчої і виконавчої влади. Суди виконують тільки їм властиві повноваження, які не можуть бути виконані іншими органами. Зростання ролі суду в житті суспільства з часом призводить до необхідності виконання судовою практикою нормотворчої функції [452]. Це і відбувається в українській дійсності.

Формування судовими органами правових позицій, правоположень судової практики здійснюється як безпосередньо в процесі

судової діяльності, так і узагальнення судової практики за конкретними справами.

Перш за все це пов'язується з діяльністю вищих судових органів, а саме Конституційного Суду України та Верховного Суду.

У практичній діяльності рішення Конституційного Суду України є підставою для внесення зміни в закон і безпосередньо застосовуються нижчими судами, в разі визнання окремих положень закону не відповідають Конституції України (до внесення зміни в нормативно-правовий акт).

Практику судової нормотворчості Конституційного Суду України можна проілюструвати на рішеннях, винесених за результатами перевірки конституційності ряду статей КПК 1960 року і КПК України 2012 року, в яких сформульовані правові позиції, обов'язкові для застосування під час розслідування та розгляду кримінальних проваджень. Правові позиції суду для зручності застосування на практиці публікуються в законі під статтею, яка визнана неконституційною [447; 446].

Ці рішення мають матеріально-правову силу закону і є обов'язковими для застосування судом у практичній діяльності як судові прецеденти Конституційного Суду України. Тим самим надаючи тлумачення конституційних норм і формулюючи правові позиції щодо запропонованих їм питань, він розвиває законодавство і доповнює чинні джерела конституційного права, а отже, такі рішення мають силу джерела права.

Таким чином, можна зазначити, що рішення Конституційного Суду України, які містять правові позиції, якими усувається прогалина в законі, в разі визнання закону (норми права) неконституційною або якщо надано офіційне тлумачення конституційних норм, мають характерні ознаки прецеденту, що дозволяє керуватися ними в практичних ситуаціях для врегулювання суспільних відносин.

Процедура формування правоположень (правових позицій) Верховним Судом здійснюється під час розгляду конкретних проваджень певної категорії для вироблення єдиної правозастосовної практики. Відповідно до своїх повноважень Верховний Суд вивчає та узагаль-

нює судову практику, аналізує судову статистику і дає роз'яснення судам з питань застосування законодавства, що виникають під час розгляду судових проваджень. Роз'яснення Верховного Суду стають для судів, правоохоронних органів і посадових осіб, які застосовують закон, орієнтирами для однакового розуміння і застосування нормативного правового акта.

Правоположення, вироблені Верховним Судом, – це підсумок узагальнення розглянутих судових справ певної категорії. На основі узагальнення Верховний Суд ухвалює постанову, в якій містяться тлумачення, роз'яснення чинного закону для однакового застосування судами під час розгляду кримінальних проваджень, формулюються правові правила в разі встановлення прогалин у законі для їхнього подолання.

Вважаємо, що суддівське тлумачення не тільки не посягає на принцип розподілу влади, але і є його гарантом, оскільки без цього права судова влада перестає бути владою (не здатною здійснювати свої владні судові повноваження).

Саме судова практика стає регулятором спірних відносин до ухвалення нового нормативного акта.

Постанови Верховного Суду є орієнтиром як для нижчестоящих судових інстанцій, так і для інших органів, посадових осіб у правозастосовному процесі, оскільки вони заповнюють прогалини відсутньої статті кодексу (закону), дозволяють на основі авторитетного тлумачення і роз'яснення одноманітно застосовувати законодавство. Така прецедентна судова практика, безумовно, є результатом судової нормотворчості.

Судова практика створюється також Великою Палатою Верховного Суду під час розгляду конкретних справ у першій інстанції в апеляційному та касаційному порядках. Такі рішення мають авторитетне тлумачення норм права і враховуються нижчими судами для правильного застосування законодавства у вирішенні правових спорів.

Суд не може відмовити в розгляді справи через відсутність норми закону її неясності або суперечливості і регламентує відносини сторін у виниклій суперечці, оскільки це було б рівноцінно відмові у

здійсненні правосуддя. Тому нормотворчість суду в таких випадках можна розцінювати як публічно необхідну. Здійснення судовою владою нормотворчої діяльності з питань її компетенції не виходить за рамки юрисдикційної функції і є цілком можливим.

Функція судової нормотворчості вищих судових органів фактично реалізується в судовій діяльності, а тому відкидати її існування було б досить неправильно, оскільки для механізму правового регулювання це один із способів врегулювання правових спорів у нашій національній правовій системі. В Україні судова нормотворчість досі не отримала офіційного визнання, але внаслідок практичного значення створюваних вищими судовими інстанціями загальних норм прецедентного характеру все ж неминуче порушується питання про його визнання.

У тих країнах, в яких юридична сила і нормативний характер судових рішень не тільки визнаються, але і закріплюються на законодавчому рівні, створюються об'єктивні і сприятливі умови для формування теорії і розвитку практики застосування судового прецеденту та судової практики, їхніх правових позицій.

Стосовно правової системи України практичне існування судової нормотворчості сьогодні мало ким заперечується, але потреба практики вимагає його законодавчого закріплення та вироблення спільної концепції судової нормотворчості, оскільки форми судової нормотворчості у вигляді прецеденту, судової практики, правових позицій вищих судових органів фактично виступають регулятором суспільних відносин, долають законодавчі прогалини і сприяють реалізації конституційного принципу судового захисту.

Таким чином, законодавче визнання в українській правовій системі судової нормотворчості, на нашу думку, дозволить більш оперативно долати прогалини в нормативних правових актах, ефективно здійснювати судовий захист прав, свобод і законних інтересів громадян і юридичних осіб, одноманітно застосовувати норми права до спірних правовідносин і встановлення юридичних фактів; виступати регулятором балансу (шляхом механізму стримувань і противаг) у

відносинах між виконавчою і законодавчою владою, сприяти формуванню правової державності в Україні.

Під час впровадження судового прецеденту в систему джерел кримінального процесуального права України необхідно дотримуватися певних застережень, зокрема:

1) щодо мети застосування судового прецеденту – виключно для захисту прав людини і громадянина в кримінальному процесі;

2) щодо меж судового прецеденту – не повинен суперечити закону та погіршувати або обмежувати процесуальні права і гарантії суб'єктів кримінального судочинства, визначені законом. Наприклад, неприпустимим є штучне надання Верховному Суду повноважень суду першої інстанції з метою наступного визнання його рішень судовим прецедентом, оскільки це суперечитиме Міжнародному пакту про громадянські та політичні права і позбавлятиме засуджених та інших учасників процесу права на апеляційне і касаційне оскарження судового рішення;

3) щодо механізму та суб'єктів створення судового прецеденту – передбачити та вжити ряд заходів щодо належного закріплення судового прецеденту в систему джерел кримінального процесуального права, які б забезпечували його належне функціонування та запобігали суддівському свавіллю. Свавілля, у свою чергу, відбувається в умовах відсутності правових рамок судового розсуду. Якщо ж будемо й надалі «ховати голову у пісок», уникаючи науково-практичної оцінки прецеденту у вітчизняній правовій системі за його фактичної наявності, саме тоді й будуть створюватися умови для свавілля. Власне, застосування прецеденту повинно залежати виключно від самого судді, його правосвідомості та розсуду. Основне від науковців і законодавця – визначити перелік та вимоги до тих рішень, які в наступному, на думку суддів, які розглядатимуть аналогічне кримінальне провадження, і підлягатимуть застосуванню внаслідок своєї обов'язковості чи переконливості [448; с. 172].

Незважаючи на наявність можливих негативних обставин, судова практика повинна відігравати більш авторитетну роль. Не випадково

західні юристи вказують на невідповідність між формальною оцінкою судової практики та її дійсним значенням. Зазначається, що завдяки судовій практиці судді фактично вносять численні зміни в чинне законодавство. Особливо це стосується випадків, коли в законодавстві містяться формулювання з певною правовою невизначеністю або правовими прогалинами та колізіями. У зв'язку з цим однією з прогресивних змін кримінального процесуального законодавства, спрямованою на посилення значення судової практики, її уніфікацію й усунення негативних тенденцій ухвалення протилежних рішень за аналогічними провадженнями, може стати впровадження в законодавство такого поняття, як «судовий прецедент».

Судовий прецедент повинен стати в один ряд з іншими джерелами (формами) вітчизняного права. При цьому не зайвим буде і звернення до накопиченого історико-правового досвіду як англо-американських країн, так і розвинених країн романо-германської правової системи, що використовують у своїй юридичній практиці судовий прецедент (наприклад, Німеччини, Франції та ін.).

До можливих умов використання прецеденту в українській правовій системі можна віднести:

– законодавче закріплення судового прецеденту як джерела (форми) права, що має юридичну силу на території України (це можна зробити шляхом внесення доповнень до відповідних нормативно-правових актів, які закріплюють і регулюють правовий статус і компетенцію судових інстанцій);

– законодавче закріплення положення про те, що судова правотворчість і його результати (судові прецеденти) не можуть суперечити Конституції України і чинному законодавству;

– законодавче закріплення права судових інстанцій на створення прецедентів як у результаті вирішення конкретних справ, так і узагальнення судової практики;

– законодавче закріплення правових меж застосування судового прецеденту (використання обов'язкового і переконливого прецеденту);

– з огляду на те, що прецедентом є не всі судові рішення, а тільки та його частина, яка становить основу, правовий принцип, на базі якого вирішено справу (ratio decidendi), представляється корисним покладання на суддів обов'язків щодо чіткого і детального оформлення мотивувальної частини судового рішення шляхом внесення доповнень до процесуальних норм.

Для успішного впровадження прецедентного судочинства потрібно створити єдину і досконалу автоматизовану базу судових прецедентів, яка б включала в себе кожен окремий комплекс обставин, які в сукупності створюють прецедент. Звичайно, база судових рішень існує і сьогодні, але знайти в ній потрібне рішення – все одно, що «шукати голку в стозі сіна». Варто продумати кожну дрібницю бази: порядок її заповнення, ключові слова для пошуку, класифікації за галузями і категоріями тощо. Тільки в такому випадку система працюватиме, як хороший годинниковий механізм, а впровадження судового прецеденту надасть користь, а не безлад.

Таким чином, широке застосування судового прецеденту в Україні в разі ухвалення відповідного рішення буде принципово новим, незвіданим інститутом правосуддя і, звичайно ж, матиме свої переваги і недоліки.

Більш того, впровадження судової правотворчості стимулюватиме учасників процесу до постійного самовдосконалення, а суддів – до ухвалення обґрунтованих, мотивованих і справедливих рішень. Дійсно, ухвалення окремого судового рішення, яке стосується однієї або декількох осіб – це одна справа. Навіть якщо суддя помилився – будуть порушені лише її права. А ось створити помилковий судовий прецедент, на основі якого будуть ухвалення десятки інших неправильних рішень – це вже зовсім інша відповідальність, яку також необхідно буде передбачити.

Потрібно окремо зазначити, що питання вивчення міжнародної та зарубіжної судової практики вимагають значних порівняльно-правових досліджень. Тим самим є необхідність створення самостійного науково-аналітичного інституту, який спеціалізуватиметься на вивченні

правозастосовної практики міжнародних, зарубіжних арбітражів і судів, особливо Англії та Уельсу, з метою формування рекомендацій щодо імплементації окремих правових положень.

На завершення хочемо зазначити основні елементи прецедентного судочинства, які можуть бути використані в Україні: видання нормативних постанов, за допомогою яких можливо забезпечити досить високий рівень однаковості судової практики, за яким будуть мінімізовані ризики різноманітного тлумачення судами норм права. Щоб уникнути помилок колізійних ситуацій, узагальнення необхідно проводити за єдиними критеріями; розроблення процесуальної моделі, якою повинні керуватися судді під час вирішення питання за сутність у провадженнях з прецедентним характером; у кримінальних провадженнях, де винна особа визнає вину, повинні бути розроблені модельні зразки судових рішень. Це значно скоротить текст судових актів і зменшить навантаження на суддів; розроблення сучасної дефініції «однакове застосування закону», яка передбачає необхідність викладу практиками трактування критеріїв однаковості. Ці критерії можуть бути представлені від вчених та практиків, які після відповідного аналізу можуть бути покладені в основу наукової дефініції; неправильного уявлення про незалежність суду як про право судді діяти під час тлумачення норми права на власний розсуд (нормативно невизначені межі дискреції) не сприяє авторитету суду. У питанні дотримання процесуальних правил дискреція повинна бути обмежена нормативними рамками.

Таким чином, вважаємо, що на сьогодні недостатньо просто обговорювати доцільність імплементації судового прецеденту у вітчизняну правову систему. Це джерело права заслужило свій авторитет не тільки в англо-американській правовій сім'ї, а й по всьому світу. І його впровадження в Україні однозначно надало б користь національній системі правосуддя. Усі країни, які застосовують сьогодні прецедентне право, на початкових етапах розвитку широко використовували англійську судову практику, а пізніше сформували на її основі власне загальне право.

ВИСНОВКИ

Дослідження правової природи судового прецеденту і його ролі в механізмі регулювання кримінальних процесуальних правових відносин дозволяє зробити деякі загальні висновки.

Як би не було чітко врегульоване законодавцем Кримінальне процесуальне право, в ньому завжди залишаються прогалини, які потребують оперативного реагування. Цей висновок випливає з філософської сутності права, його багатогранності і підтверджується практикою регулювання кримінальних процесуальних відносин, які виникають у кримінальному судочинстві.

Необхідність використання судового прецеденту для регулювання кримінальних процесуальних відносин обумовлена неможливістю досягнення досконалості і повноти регулювання кримінального судочинства тільки кримінальним процесуальним законом.

Крім того, на нашу думку, без судового прецеденту неможливе втілення норм «живого права». За своїм первісним призначенням право покликане вирішувати життєві ситуації, тобто давати єдину й остаточну відповідь на нормативній основі. Однак життєві ситуації можуть виявитися неповторними і нетрадиційними, а інколи вони відрізняються такими особливостями, які важко підігнати під якийсь єдиний шаблон. Судовий прецедент з усіма його негативними моментами все таки можна розглядати як засіб, який у разі збереження стабільності законодавства відкриває шлях до його застосування з урахуванням особливостей існуючої життєвої ситуації. Таким чином, необхідність судового прецеденту як правової реальності обумовлена відсутністю або двозначністю розуміння правових норм кримінального процесуального закону і виникаючою на цій основі необхідністю конкретизації загальних вимог закону стосовно їхнього застосування до окремих ситуацій.

На основі аналізу наявних у вітчизняній і зарубіжній науці визначень прецедентного права, виявлення його сутності і змісту були зроблені такі висновки.

1. Ідея автономії джерел права, наявність у правовій системі для кожного з них власного сектору зі своїм предметом регулювання може бути визнана сьогодні більш плідною, ніж вперте ігнорування всіх інших формальних джерел права заради «верховенства закону».

Включення в систему джерел українського права судового прецеденту дозволить судовим органам зайняти гідне місце серед інших гілок державної влади, а українській правовій системі своєчасно реагувати на можливі проблеми, які виникають у разі вчинення кримінального судочинства в цілому.

2. Батьківщиною судового прецеденту можна вважати Стародавній Рим, проте свій подальший розвиток і становлення як джерела права судовий прецедент отримав в Англії. В Україні ставлення до такого джерела права завжди було неоднозначне, ця тенденція збереглася і донині. У радянському праві інститут судового прецеденту заперечувався, але неформально існував і отримав досить широке застосування та розвиток на практиці.

Становлення судового прецеденту в сучасній Україні – результат багатовікового історичного розвитку суспільних відносин. Віримо, що в Україні у судового прецеденту є реальне майбутнє і він займе гідне місце в правовій системі. Основа такого оптимізму – переконаність у справедливості, гнучкості його застосування й ефективності дії поряд з іншими формами (джерелами) українського права.

3. Поняття «прецедентне право» й «англосаксонське право» не є синонімами, а співвідносяться як єдине ціле. Прецедентне право є складовою англосаксонського права, але водночас має власну структуру, тобто складається із взаємозв'язаних і взаємодоповнюючих один одного елементів, до яких належать загальне право, право справедливості та прецеденти тлумачення. Судовий прецедент є самостійним джерелом англосаксонського права і постійно взаємодіє з іншими джерелами. Найбільш важливим в англійському праві є співвідношення прецеденту і статуту (закону), яке в різні моменти історії Англії визначалося по-різному. На сьогодні теоретично закріплюється верховенство закону над прецедентом, практично ж вони перебувають у

взаємодії, а в науковій літературі прецеденти і статути поставлені на один рівень як первинні джерела англійського права.

4. У романо-германській правовій сім'ї реальний статус і реальна юридична сила прецеденту визначаються не формально-юридичними актами, а фактичними обставинами. Формально-юридичний акт як форма права лише відображає і закріплює певною мірою реально сформовані суспільні відносини, включаючи відносини, які стосуються реального статусу прецеденту і його юридичної сили, які складають матеріальний зміст цієї форми.

У перекладі з мови теорії на мову практики це означає, що, незалежно від того, як (якою мірою і в якій правовій формі – прямій або непрямій) опосередковується прецедент у системі романо-германського права, вирішальним для визначення його реального правового статусу і його юридичної сили буде не статут або будь-який інший формально-юридичний акт, а реальні життєві обставини, а також практична необхідність і потреба у прецеденті як джерелі права. Це стосується прецеденту не тільки в системі романо-германського права, але і в будь-якій інший правової сім'ї та системі, включаючи правову систему сучасної України.

5. Вважаємо, що першочерговими діями з оптимізації кримінального процесуального законодавства має стати офіційне закріплення судового прецеденту шляхом внесення відповідних доповнень до чинного законодавства країни, що визначає правовий статус і компетенцію вищих судів, а саме: чітке законодавче закріплення положення про те, що судова правотворчість і її результати не можуть суперечити Конституції України і чинному законодавству; надання права вищим судовим інстанціям на створення прецедентів як у результаті вирішення конкретних справ, так і узагальнення судової практики. Крім того, вважаємо за доцільне внесення відповідних доповнень, що стосуються оформлення й ухвалення судових рішень, у чинні процесуальні норми.

6. У системі формальних джерел права в нашій країні судовий прецедент ніколи не виділявся, хоча фактично він існував ще за

радянських часів. На сьогодні за своїм значенням до прецеденту наближаються рішення Конституційного Суду України, постанови та правові позиції Верховного Суду.

Нині в українській правовій системі відбуваються значні зміни, при цьому використовується як власний, так і зарубіжний правовий досвід. Вважаємо, що в умовах сьогодення не виключена можливість визнання у вітчизняному праві судового прецеденту як офіційного джерела (форми) права, покликаного заповнювати прогалини в законодавстві та конкретизувати (роз'яснювати) положення, які містяться в нормативних правових актах.

7. Кримінальні процесуальні норми, що регламентують розгляд у кримінальних провадженнях, повинні бути досить чітко визначені та мати гнучкий характер. Оскільки визначеність і гнучкість закону має основну умову, такі норми доцільніше застосовувати тільки у разі оптимального поєднання нормативного та індивідуального регулювання. Вважаємо, що таке поєднання проявляється в оптимальному співвідношенні закону і суддівського розсуду, яке знаходить своє вираження у постановах Верховного Суду та рішеннях Конституційного Суду України.

Тим самим, судовий прецедент має суттєвий вплив на реалізацію принципу законності в кримінальному процесуальному праві і формує у правозастосовувачів відповідну ціннісну та правову орієнтацію діяльності щодо правильного застосування норм кримінального процесуального права. Першочерговим завданням судового прецеденту є розуміння правозастосовувачем істинного сенсу букви закону, шляхом детального наукового та практичного дослідження. Крім того, прецедентні норми сприяють усуненню прогалин у кримінальному процесуальному праві та вдосконаленню кримінального процесуального законодавства.

Визнаємо, що постанови Верховного Суду не завжди повинні замінювати собою закони. Однак вважаємо, що в критичних ситуаціях це цілком допустимо. На сьогодні попри невизнання на офіційному рівні судового прецеденту як джерела кримінального процесуального

права ці постанови фактично діють поряд з нормами закону або замість них, а часом і всупереч таким нормам.

8. Посилення ролі судової практики в кримінальному процесі знайшло відображення і в Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 року. У ч. 6 ст. 9 чинного КПК України є посилання на те, що якщо положення КПК України не регулюють питання кримінального провадження, потрібно застосовувати загальні засади кримінального провадження, які визначені у ч. 1 ст. 7 КПК України. Проаналізувавши положення цих статей, можна зробити висновки, що в Україні на законодавчому рівні дозволено під час виявлення прогалин у КПК України застосовувати аналогію права. А це вкотре вказує на те, що суддівський розсуд у кримінальному процесуальному праві усунути неможливо, та й не потрібно, і він повинен бути оформлений у вигляді судового прецеденту, завданням якого є усунення прогалин та колізій, які виникають під час ухвалення рішень у кримінальному судочинстві.

9. У доктрині права преюдиції – це загальні положення (правила), внаслідок яких особа, яка здійснює оцінку доказів, і суд під час постановлення вироку мають право вважати встановленими обставини, які мають значення для вирішення кримінальної справи. Преюдиційні факти не потребують повторного чи додаткового дослідження. Факт преюдиції розцінюється суддею як безспірний, встановлений компетентним органом і такий, що спрощує оцінку даних. Ця доктрина повністю відповідає статті 90 КПК України, де зазначено, що рішення національного суду або міжнародної судової установи, яке набрало законної сили і ним встановлено порушення прав людини й основоположних свобод, гарантованих Конституцією України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, має преюдиційне значення для суду, який вирішує питання про допустимість доказів.

Подібність преюдиції та прецеденту полягає в тому, що вони є особливими правилами вирішення певних питань на основі попередніх висновків суду, які «йдуть попереду» майбутніх рішень і мають вплив

під час їхнього ухвалення. Таким чином, преюдиція і прецедент – це такі попередні рішення, які мають невідворотній результат у разі ухвалення аналогічного рішення.

10. Тлумачення норм права являє собою з'ясування вираженої у їхній текстуальній формі волі законодавця, внаслідок цього воно не може створювати нових правил поведінки суб'єктів. Враховуючи те, що норми кримінального процесуального права досить часто можуть двояко трактуватися, тому для єдності судової практики застосування таких норм, виражене в правових позиціях Верховного Суду, є обов'язковим для застосування усіма органами державної влади. Під час тлумачення норм кримінального процесуального права ця обставина має бути особливо врахована і прецедентною для осіб, які проводять досудове розслідування, судовий розгляд справ та являють сторону захисту в кримінальному процесі. Крім того, такі особи повинні мати високу правосвідомість. Правосвідомість являє собою систему поглядів і переконань зазначених осіб в частині, що стосується розуміння норм права за їхнім внутрішнім переконанням. А внутрішнє переконання – це заснована на правосвідомості впевненість цих осіб щодо правильності та законності застосування норм кримінального процесуального права. І в цьому важливу роль відіграють тлумачення норм права, виражені в правових позиціях Верховного Суду.

11. Зазначаючи про співвідношення судового прецеденту кримінального процесу України та міжнародного права, необхідно відмітити той факт, що наприкінці XX – початку XXI ст. Україна підписала або стала учасницею ряду міжнародних договорів, які створюють умови для розширення механізмів міжнародного співробітництва у сфері кримінального процесуального судочинства. Одним з таких механізмів, який дозволив частково вирішити питання нормативного забезпечення, було ухвалення нового КПК України 2012 року, який дозволив забезпечити поступальний розвиток правового регулювання міжнародного співробітництва у сфері кримінального процесу. Хоча на сьогодні є багато питань щодо порядку приведення в

дію норм міжнародного права в рамках внутрішньодержавного кримінального судочинства. І саме тут повинен відігравати вирішальну роль судовий прецедент, за допомогою якого можна оперативно усувати такі прогалини до їхнього закріплення на законодавчому рівні.

12. Незважаючи на всю складність і неоднозначність визнання джерелом права судового прецеденту в кримінальному судочинстві, в Україні дійсно проглядаються тенденції до підвищення значущості судової практики і закріплення прецеденту як джерела права.

Вважаємо, що в прецедентній системі багато серйозних переваг. Це − стабільність правових позицій, можливість судової влади зайняти гідне місце в системі поділу влади, яка існує в демократичному суспільстві. Нарешті, прецедентна система дозволяє істотно знизити вплив на суддів різних зовнішніх факторів (адміністративного тиску, корупції), оскільки завжди можна визначити, чи відповідає ухвалене рішення вже сформованій прецедентній позиції.

13. Відсутність спеціальних нормативних правових актів, які визначають правовий статус прецеденту в системі джерел романо-германського права, зовсім не означає відсутності в певній країні законодавства, що формує правові основи прецеденту. Прецедент може виражатися в різних формах його сприйняття.

Особлива увага звертається на його так звані техніко-юридичні особливості. Серед них вказуються, зокрема, особливий характер публікацій (офіційних або «напівофіційних») рішень вищих судових інстанцій, в яких, порівняно з аналогічними публікаціями в системі загального права, надається значно менше уваги «детальному розгляду фактів». На відміну від системи загального права, де для виникнення прецеденту часто досить одного рішення найвищого судового органу, в системі романо-германського права для цього потрібна серія аналогічних судових рішень.

14. На судовий прецедент загального права не можна дивитися через призму континентального правового менталітету. Коли українські вчені зазначають, що прецедент є джерелом права (це правильно,

але лише частково), то вони занадто буквально сприймають цю тезу і починають вишукувати в судовому рішенні «правову норму» з усіма її атрибутами, включаючи абстрактний характер, твердість приписів, наявність санкції за невиконання (у вигляді, наприклад, обов'язкового скасування відповідного «девіантного рішення»), точну дату набрання законної сили такого рішення. З цього всього випливає той факт, що класичний судовий прецедент зовсім не має в англосаксонському праві нормативного характеру, не є джерелом права в розумінні континентального права і не зобов'язує суд під час ухвалення рішення спиратися на попередні рішення. Загальноприйняте в українських юридичних колах розуміння судового прецеденту на справі є звичайним юридичним домислом про загальнообов'язковість такого рішення для всіх і кожного у разі ухвалення аналогічного рішення.

15. Подальший розвиток наукових (теоретичних і прикладних) досліджень використання в кримінальному судочинстві Конвенції та практики ЄСПЛ має рухатися шляхом конкретизації правового статусу прецедентних рішень ЄСПЛ у правовій системі України і розроблення детальних правил (форм і методів) їхнього застосування в кримінальному судочинстві України.

16. На сьогодні недостатньо просто обговорювати доцільність імплементації судового прецеденту у вітчизняну правову систему. Це джерело права заслужило свій авторитет не тільки в англо-американській правовій сім'ї, а й по всьому світу. І його впровадження в Україні однозначно принесло б користь національній системі правосуддя.

Необхідно зазначити, що питання вивчення міжнародної та зарубіжної судової практики вимагають значних порівняльно-правових досліджень. Тим самим є необхідність створення самостійного науково-аналітичного інституту, який буде спеціалізуватися на вивченні правозастосовної практики міжнародних, зарубіжних арбітражів і судів, особливо Англії і Уельсу, з метою формування рекомендацій щодо імплементації окремих правових положень.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – С. 141.

2. Алексеев С. С. Право на пороге тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи / С. С. Алексеев. − М. : Статут, 2000. − 256 с.

3. Алексеев С. Теория права / С. Алексеев. – М. : БЕК, 1994. − 224 с.

4. Алексеев С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования / С. Алексеев. − М., 1999. − 712 с.

5. Алексеева Л. Судебный прецедент: произвол или источник права? / Л. Алексеева // Советская юстиция. − 1991. − № 14. − С. 2−3.

6. Анакіна Т. Судовий прецедент у праві Європейського Союзу : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.11 / Анакіна Т. − Х., 2008. − 231 с.

7. Антонович М. Конвенція про захист прав людини і основних свобод у судах Європейських держав та перспективи її застосування в Україні / М. Антонович // Право України. – 2000. − № 8. − С. 42−46.

8. Апарова Т. В. Прецедент в английском праве (историко-юридическое исследование) : автореф. дисс. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : 710 / Т. В. Апарова ; ВЮЗИ. − М., 1968. − 26 с.

9. Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия / Т. В. Апарова. – М. : Триада, Лтд, 1996. – 157 с.

10. Бандурка О. Право і держава – теоретичний аспект / О. Бандурка, О. Пушкін, Л. Зайцев // Право України. – 1995. – № 11. – С. 3−7.

11. Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак ; пер. с англ. – М. : Норма, 1999. – 364 с.

12. Барнар К. Пути и способы распространения информации о судебных решениях в Великобритании / К. Барнар // Судебная практика как источник права. − М. : Юристъ, 2000. − С. 69−77.

13. Бобылев А. Современное толкование системы права и системы законодательства / А. Бобылев // Государство и право. − 1998. − № 2. − С. 22−27.

14. Богдановская И. Ю. Закон в английском праве / И. Ю. Богдановская. − М. : Наука, 2007. − 143 с.

15. Богдановская И. Ю. Прецедентное право / И. Ю. Богдановская. − М. : Наука, 2008. − 239 с.

16. Братасюк В. Інтелектуальна традиція постмодерну та проблеми реформування правової системи сучасної України / В. Братасюк // Проблеми філософії права. − Київ-Чернівці : Рута, 2004. − Т. ІІ. − С. 156−162.

17. Василевич Г. Конституционные аспекты субординации источников права / Г. Василевич // Конституционное и муниципальное право. − М. : Юрист, 2006. − № 2. − С. 2−6.

18. Венгеров А. Б. Теория государства и права. − Часть II : Теория права / А. Б. Венгеров. − Том I. − М. : Юристъ, 2009. − 168 с.

19. Вильдхабер А. Прецедент в Европейском Суде по правам человека / А. Вильдхабер // Государство и право. − 2001. − № 12. − С. 5−17.

20. Гаврилов В. К вопросу о видах и соотношении источников международного частного права / В. Гаврилов // Международное публичное и частное право. – 2001. − № 1. − С. 50−55.

21. Гаврилюк Р. Джерела фінансового права України : навч.-метод. посіб. / Р. Гаврилюк. − Чернівці : Рута, 2003. − 88 с.

22. Гайворонський В. Джерела права / В. Гайворонський // Вісник Академії правових наук України. − 2001. − № 3. − С. 56−65.

23. Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель. − М. : Мысль, 2011. − 524 с.

24. Гражданское и торговое право капиталистических государств : учебник для студ. вузов, обуч. по спец. «Правоведение» / Е. А. Васильев, В. В. Зайцева, А. А. Костин и др.; Е. А. Васильев (отв. ред). − М. : Международные отношения, 2010. – 560 с.

25. Гранат Н. Источники права / Н. Гранат // Юрист. − 1998. − № 9. − С. 6−12.

26. Гоці С. Урядування в об'єднаній Європі / С. Гоці ; пер. з італ. К. Тищенка. – К. : К.І.С., 2003. – 286 с.

27. Грищенко А. Правовий закон: питання теорії та практики в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / А. Грищенко. − К., 2002. − 20 с.

28. Гук П. Судебный прецедент в России: теория и практика / П. Гук // Правоведение. – 2001. − № 4. − С. 50−60.

29. Гук П. Судебный прецедент как источник права : дисс. … кандидата юридических наук : 12.00.01 / Гук П. − Саратов, 2002. − 205 с.

30. Гураленко Н. А. Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.12 / Гураленко Н. А. − Л., 2009. − 223 с.

31. Гурова Т. Судебный прецедент как формальный источник права и его место в системе источников права в России / Т. Гурова // Межвузов. сб. науч. ст. ; Междунар. акад. бизнеса и банк. дела. − Тольятти, 1997. − № 2. − С. 6−9. − (Серия «Юриспруденция»).

32. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. − М. : Международные отношения, 1999. − 400 с.

33. Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Р. Двойкін ; пер. з англ. А. Фролкін. − К. : Основи, 2007. − 519 с.

34. Европейский Союз: справочник-путеводитель / ред. О. В. Буториной (отв. ред.), Ю. А. Борко, И. Д. Иванова. – 3-е изд., дополн. и перераб. – М. : Право, 2008. – 288 с.

35. Европейское право : учебник для вузов / под общ. ред. Л. М. Энтина. – М. : Норма, 2009. – 720 с.

36. Євграфова Є. Акти Конституційного Суду України в системі національного законодавства / Є. Євграфова // Право України. – 2001. – № 10. – С. 66−68.

37. Жидков О. А. Судебный прецедент в правовых системах развивающихся стран / О. А. Жидков // Источники права / Отв. ред. С. А. Сосна. − М. : Наука, 1985. − С. 28−46.

38. Жуйков В. К вопросу о судебной практике как источнике права / В. Жуйков // Судебная практика как источник права. − М., 1997. − С. 16−24.

39. Загайнова С. История и практика судебного прецедента / С. Загайнова // Российский юридический журнал. – Екатеринбург, 1998. − № 3. − С. 100−109.

40. Загайнова С. Судебный прецедент: проблемы правоприменения / С. Загайнова. − М. : НОРМА, 2002. − 176 с.

41. Зазаева Н. Интеграция естественно-правового и позитивисткого правопонимания / Н. Зазаева // Философия права. − 2005. − № 4 (16). − С. 5−9.

42. Зивс С. Источники права / С. Зивс. − М. : Наука, 2001. − 239 с.

43. Кагадій М. Поняття та елементи правової системи України / М. Кагадій // Право України. − 2004. − № 12. − С. 32−36.

44. Калинин А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права / А. Калинин, С. Комаров // Правоведение. − 2000. − № 6. − С. 3−10.

45. Кананыкина Е. Философские традиции анализа источников (форм) права Е. Кананікина // Право и политика. – 2004. − № 10. − С. 9−19.

46. Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу : навч. посіб. / В. Кернз ; пер. з англ. В. С. Ісаковича. – К. : Знання, КОО, 2002. – 381 с.

47. Кістяківський Б. Вибране / Б. Кістяківський. – К. : Абрис, 2006. − 345 с.

48. Козловский А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права / А. Козловський. − Чернівці : Рута, 1999. − 295 с.

49. Козловський А. Психологічні константи права (гносеологічний аспект) / А. Козловський // Науковий вісник Чернівецького уні-

верситету : збірник наук. праць. – Чернівці : Рута, 1998. − Вип. 125 : Правознавство − С. 62–69.

50. Коростелкина О. Судебная практика и судебный прецедент в системе источников российского права : дисс. … кандидата юрид. наук : 12.00.01 / О. Коростелкина. − М., 2005. − 192 с.

51. Корчевна Л. Українське право і романо-германська традиція / Л. Корчевна // Право України. – 2004. − № 5. − С. 19−22.

52. Корчевна Л. Проблема різноджерельного права: Дослід порівняльного правознавства : монографія / Л. Корчевна. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. − 360 с.

53. Костенко О. Основне питання правознавства з позицій соціального натуралізму / О. Костенко // Проблеми філософії права. – Т. І. – Київ-Чернівці : Рута, 2003. − С. 72−78.

54. Кравець В. Типи праворозуміння як методології основних філософсько-правових дискурсів : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 «Філософія права» / В. Кравець. − К., 2003. − 16 с.

55. Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс ; пер. с англ. Т. В. Апаровой. – М. : Юридическая литература, 2010. – 239 с.

56. Кучин М. Прецедентное право Совета Европы и правовая система Российской Федерации: проблемы взаимодействия / М. Кучин // Правоведение. − 2001. − № 1. − С. 50−52.

57. Кучин М. В. Судебный прецедент в системе общего и континентального права / М. В. Кучин // Российский юридический журнал. − 2006. − № 2(50). − С. 61−74.

58. Лившиц Р. Судебная практика как источник права / Р. Лившиц // Судебная практика как источник права. − М., 1997. − С. 3−15.

59. Ливщиц Р. З. Современная теория права: Краткий очерк / Р. З. Ливщиц. − М. : РАН ; Ин-т государства и права, 2004. − 94 с.

60. Лучникова В. В. Развитие английской правовой системы в конце XVII − начале XVIII вв. (на примере развития общего и статутного права) : автореф. дисс. на соискание науч. степени канд. юрид. наук :

12.00.01 / В. В. Лучникова ; Ин-т государства и права АН СССР. − М., 1983. − 16 с.

61. Максимов С. Правовая реальность: опыт философского осмысления : монография / С. Максимов. – Х. : Право, 2002. − 328 с.

62. Малишев Б. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / Б. Малишев. − К., 2002. − 20 с.

63. Малишев Б. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : дис. … кандидата юрид. наук : 12.00.01 / Малишев Б. − К., 2002. − 229 с.

64. Марченко М. Н. Законы в системе англосаксонского права / М. Н. Марченко // Вестник Московского университета. − 1999. − № 5. − С. 69−84. − (Серия 11. Право).

65. Марченко М. Н. Источники права / М. Н. Марченко. − М. : Проспект, 2009. − 760 с.

66. Марченко М. Проблемы правопонимания и основные источники англосаксонского права / М. Марченко // Научные труды Эдилет. − 2000. − № 1 (7). − С. 7−21.

67. Марченко М. Судебное правотворчество и судейское право / М. Марченко. – М. : Проспект, 2011. − 512 с.

68. Марчук В. Соціологічні теорії права в Німеччині. Історія і сучасність / В. Марчук. – Чернівці : Рута, 1998. − 140 с.

69. Мережко А. Юридическая герменевтика и методология права / М. Мережко // Проблеми філософії права. – Т. І. – Київ-Чернівці : Рута, 2003. − С. 159−162.

70. Місевич С. Поняття джерел канонічного права / С. Місевич // Ерліхівський збірник ; юридичний факультет Чернівецького національного університету ім. Ю. Федьковича. − Чернівці : Рута, 2002. − Випуск 3. – С. 117−122.

71. Москаленко А. М. Источники права Европейского Союза (международно-правовой анализ) : дисс. … канд. юрид. наук : 12.00.11 / Москаленко Александр Михайлович. – Х., 2005. – 171 с.

72. Муравйов В. І. Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук : спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / В. І. Муравйов. − К., 2003. − 38 с.

73. Муромцев Г. Источники права (теоретические аспекты проблемы) / Г. Муромцев // Правоведение. – 2002. − № 2. − С. 23−30.

74. Наумов А. Судебный прецедент как источник уголовного права / А. Наумов // Российская юстиция. – М., 1994. − № 1. − С. 8−11.

75. Наумов А. О судебном прецеденте как источнике права / А. Наумов // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. − М., 1994. − С. 31−32.

76. Нерсесянц В. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право / В. Нерсесянц // Судебная практика как источник права. − М., 1997. − С. 34−41.

77. Нерсесянц В. С. У российских судов нет правотворческих функций / В. С. Нерсесянц // Судебная практика как источник права. − М. : Юристъ, 2000. − С. 107−112.

78. Новицкий Г. Источники советского гражданского права в ретроспективе / Г. Новицкий. − М., 2009. – 312 с.

79. Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. Лазарева. − М. : Юрист, 1999. − 520 с.

80. Овчаренко І. Закони у системі джерел (форм) права та їх класифікація : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / І. Овчаренко. − Х., 2004. − 18 с.

81. Оніщенко Н. Правова система: проблеми теорії : монографія / Н. Оніщенко. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. − 352 с.

82. Оноре Т. Про право. Короткий вступ / Т. Оноре ; пер. з англ. – К. : Сфера, 1997. − 124 с.

83. Опришко В. Ф. Право Європейського Союзу / В. Ф. Опришко, А. В. Омельченко, А. С. Фастовець. – К. : КНЕУ, 2002. – 460 с.

84. Осакве Кр. Типология современного российского права на фоне правовой карты мира / Кр. Осакве // Государство и право. − 2001. − № 4. − С. 12−22.

85. Пархоменко Н. Договір у системі права України : дис. … кандидата юрид. наук : 12.00.01 / Н. Пархоменко. – К., 1998. − 200 с.

86. Пацурківський П. Сучасні проблеми правопізнання : навчальний посібник / П. Пацурківський. – Чернівці : Рута, 2000. − 340 с.

87. Петрова Л. Думки щодо підручника професора С. Алексєєва / Л. Петрова // Право України. – 1995. – № 2. – С. 34−41, 48.

88. Петрова Л. Джерела права / Л. Петрова // Вісник Академії правових наук України. – 1997. – № 1. – С. 65−76.

89. Петрова Л. Фундаментальні проблеми методології права (філософсько-правовий дискурс) / Л. Петрова. – Х. : Право, 1998. − 406 с.

90. Петрухин И. Проблема судебной власти в современной России / И. Петрухин // Государство и право. – 2000. − № 7. − С. 15−21.

91. Пиленко А. Право изобретателя / А. Пиленко. – М., 2001. − 688 с.

92. Погорілко В. Джерела конституційного права України: поняття, види і система / В. Погорілко, В. Федоренко // Право України. – 2002. − № 3. − С. 8−15.

93. Подольская Н. К вопросу о понятии прецедента как источника права (общетеоретический аспект) / Н. Подольская // Судебная практика как источник права. – М. : Юристъ, 2000. − С. 149−152.

94. Подольская Н. К вопросу о понятии прецедента как источника права (общетеоретический аспект) / Н. Подольская // Судебная практика как источник права. – М. : Юристъ, 2000. − С. 152−154.

95. Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота : учеб. пособие / под ред. В. В. Безбаха, А. Я. Капустина, В. К. Пучинского. – М. : Зерцало, 1999. – 400 с.

96. Право Европейского Союза : учеб. для вузов / под ред. С. Ю. Кашкина. – М. : Юристъ, 2012. – 925 с.

97. Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток / В. Журавский, О. Зайчук, О. Копиленко, Н. Оніщенко; за заг. ред. В. Журавського. – К. : Юрінком Інтер, 2003. − 296 с.

98. Рабинович П. Рішення Європейського Суду з прав людини: до характеристики концептуально-методологічних засад їх обґрунтування / П. Рабинович // Практика Європейського Суду з прав людини: Рішення. Коментарі. – 1999. − № 1. − С. 358−361.

99. Решетников Ф. М. Кросс Р. Прецедент в английском праве. Предисловие / Ф. М. Решетников, Т. В. Апарова ; пер. с англ. Т. В. Апаровой. – М. : Юридическая литература, 2005. − С. 5−21.

100. Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США / И. В. Решетникова. − М. : Городец, 1999. − 284 с.

101. Романов А. К. Правовая система Англии : учеб. пособие / А. К. Романов. − М. : Дело, 2000. – 344 с.

102. Рудковский В. Теоретические проблемы источников права / В. Рудковский // Философия права. − 2005. − № 3. − С. 21−27.

103. Рябко А. Понятие, соотношение источника права и формы права в современной юридической науке / А. Рябко // Модернизация права: зарубежный и отечественный опыт : сборник науч. статей. – Пенза : ПГУ, 2004. − С. 194−198.

104. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учебник / А. Х. Саидов ; под. ред. В. А.Туманова. − М. : Юристъ, 2008. − 448 с.

105. Сардарян К. Г. Судебный прецедент в правовых системах постсоветских государств (Проблемы теории и практики) : автореф. дисс. на соискание ученой степени кандидата юридических наук [Электронный ресурс] / К. Г. Сардарян ; Российско-Армянский Университет (2013). − Режим доступа : http://science.rau.am/uploads/blocks/0/7/708/files/708_6_dissertkristina.pdf

106. Селіванов В. Нетотожність права і закону (методологічний аспект) / В. Селіванов // Право України. – 2005. − № 5. − С. 7−11.

107. Скакун О. Правова система України на правовій карті світу / О. Скакун. – Харків : Еспада, 2004. − 96 с.

108. Скакун О. Теория государства и права / О. Скакун. – Х., 2000. – 490 с.

109. Скакун О. Ф. Теория государства и права : учебник / О. Ф. Скакун. − Х. : Консум ; Ун-т внутр. дел, 2005. − 704 с.

110. Сливка С. Природно-правові джерела формування позитивістської концепції / С. Сливка // Проблеми філософії права. – Т. І. – Київ-Чернівці : Рута, 2003. − С. 173−175.

111. Сливка С. Природне та надприродне право : у 3-х частинах. – Ч. 1 : Природне право: історико-філософський погляд / С. Сливка. – К. : Атака, 2005. − 224 с.

112. Сливка С. Позитивістські концепти: філософсько-правовий аналіз / С. Сливка. – Львів : ЛьвДУВС, 2006. − 160 с.

113. Смирнова К. В. Джерела права Європейського Союзу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Смирнова Ксенія Володимирівна. – К., 2005. – 228 с.

114. Татам А. Право Європейського Союзу : підручн. для студентів вищ. навч. закладів / А. Татам ; пер. з англ. – К. : Абріс, 2008. – 424 с.

115. Тесленко М. Право як інструмент справедливості / М. Тесленко // Український правовий часопис. – 2004. − № 7(12). − С. 33−36.

116. Тимошенко В. Держава і право в неокантіанстві / В. Тимошенко // Проблеми філософії права. – Т. І. – Київ-Чернівці : Рута, 2003. − С. 64−65.

117. Титарчук О. Звичай і право (питання взаємозв’язку і взаємодії) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія держави і права» / О. Титарчук. − Х., 1995. − 19 с.

118. Тихий В. Офіційне тлумачення Конституції та законів України Конституційним Судом України / В. Тихий // Вісник Конституційного Суду України. – 1998. − № 4. − С. 42−43.

119. Тихоновецкий Д. С. Судебная практика как источник Европейского права : дисс. … канд. юрид. наук : 12.00.10 / Тихоновецкий Дмитрий Сергеевич. – М., 2004. – 152 с.

120. Тополевський Р. Системні зв'язки юридичних джерел права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / Р. Тополевський. − Х., 2004. − 19 с.

121. Тополевський Р. Б. Системні зв'язки юридичних джерел права : дис. … кандидата юрид. наук : 12.00.01 / Тополевський Р. − Х., 2004. − 203 с.

122. Трофименко В. Розум та воля як антропологічні основи права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 «Філософія права» / В. Трофименко. − Х., 2004. − 21 с.

123. Фуллер Лон Л. Анатомія права / Фуллер Лон Л. ; пер. з англ. Н. Комарова. –К. : Сфера, 2005. – 144 с.

124. Фуллер Л. Мораль права / Л. Фуллер. – К. : Сфера, 2005. – 232 с.

125. Хорольський Р. Б. Судовий прецедент як джерело права Європейського Співтовариства / Р. Б. Хорольський // Пробл. Законності : Респ. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 1999. – Вип. 39. – С. 204–210.

126. Хропанюк В. Н. Теория государства и права : учебное пособие для высших учебных заведений / В. Н. Хропанюк ; под ред. В. Г. Стрекозова. − М. : Интерстиль, 1999. – 382 с.

127. Цихоцкий А. Прецедентное право как объективная реальность / А. Цихоцкий // Научные труды Эдилет. − 2000. − № 1 (7). − С. 82−92.

128. Черкасова Е. В. Роль понимания права в формировании прецедентной практики: теоретико-правовое исследование : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Е. В. Черкасова. – М., 2006. – 30 с.

129. Четвериков А. О. Основные органы Европейского Союза (конституционно-правовой аспект) : автореф. дисс. на соиск. науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право; Государственное управление; Административное право; Муниципальное право» / А. О. Четвериков. – М., 1999. – 26 с.

130. Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії / В. Шаповал // Право України. – 1998. − № 5. − С. 25−29.

131. Шаповал В. Конституція України як форма (джерело) конституційного права України (питання теорії) / В. Шаповал // Право України. – 1999. − № 6. − С. 5−9.

132. Швеков Г. Преемственность в праве / Г. Швеков. – М., 2006. – 165 с.

133. Шебанов А. Формы советского права / А. Шебанов. − М., 1998. − 215 с.

134. Шевчук С. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту / С. Шевчук // Право України. – 2000. − № 2. − С. 45−48.

135. Шевчук С. Свобода вираження поглядів: практика Європейського Суду з прав людини у порівняльній перспективі / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2005. − 192 с.

136. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. − 640 с.

137. Шевчук С. В. Судовий прецедент у праві ЄС / С. В. Шевчук // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2007. – № 6 (68). – С. 78–85.

138. Шершеневич Г. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Г. Шершеневич. – М., 2005. − 556 с.

139. Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. А. Я. Сухарев. − М., 2007. − 527 с.

140. Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality to the Treaty of Amsterdam // Official Journal. – 1997. – Serie C. – № 340. – P. 308.

141. The Oxford English Dictionary : Vol. I−XII. − Oxford: The Clarendon Press, 2012.

142. Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community of 13.12.2007 // Official Journal. – 2007. – Serie C. – № 306. – P. 1–230.

143. Аристотель. Политика. Афинская полития / Аристотель. – М. : Мысль, 1997.

144. Гамільтон А. Федераліст: коментар до Конституції Сполучених Штатів / А. Гамільтон, Д. Медісон, Д. Джей ; пер. з англ. Н. Комарова. – К. : Сфера, 2002.

145. Гончаренко В. Моральність як основоположна умова справедливого правосуддя / В. Гончаренко // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 121–128.

146. Гриценко І. Право на справедливий суд / І. Гриценко, М. Погорецький // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2012. – Вип. 91. – С. 4–8.

147. Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств / К. Ф. Гуценко, Л. В. Головко, Б. А. Филимонов. − М., 2001.

148. Еникеев З. Д. Истина и справедливость как незыблемые основы уголовного судопроизводства / З. Д. Еникеев // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России : сб. науч. тр. − Самара : Изд-во «Самарский университет», 2005. − С. 40−50.

149. Энтин М. Справедливое судебное разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза / М. Энтин // Конституционное право: Восточноевроп. обозрение. – 2003. – № 3 (44). – С. 85–97.

150. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України // Законодавство України. – 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15.

151. Про звернення громадян : Закон України // Законодавство України. – 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/show/393/96-вр.

152. Про судоустрій і статус суддів : Закон України // Законодавство України. − 2016 [Електронний ресурс]. − Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19.

153. Здоровко С. Ф. Порівняльний аналіз кримінально-правових норм України та сучасних держав Європи, Америки, Азії та Австралії про відповідальність за завідомо неправдиве показання / С. Ф. Здоровко. // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. – 2013. – № 1086. – С. 50–57.

154. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (редакція : від 02.10.2013) // Законодавство України. – 1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

155. Конституція України // Законодавство України. – 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр.

156. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. коментар / за заг. ред. професорів В. Г. Гончаренко, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.

157. Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 № 4651-VI, зі змін. і доповн. // База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. − Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

158. Маляренко В. Т. Правосуддя: юридична енциклопедія : в 6-ти т. – Т. 5 / В. Т. Маляренко ; редкол. : Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2003.

159. Махова Т. В. О формах уголовного процесса / Т. В. Махова // Российский следователь. − 2001. − № 2.

160. Нор Н. Судова практика в механізмі кримінально-процесуального регулювання та форми її вираження / Н. Нор // Вісник Львівського ун-ту. – 2008. – Вип. 47. – С. 257–264. – (Серія юридична).

161. Організація судових та правоохоронних органів : підручник для студентів юрид. спеціальностей вищих навч. закладів / І. Є. Ма-

рочкін, Н. В. Сібільова, В. П. Тихий та ін. ; за ред. І. Є. Марочкіна, Н. В. Сібільової. – Х. : Одіссей, 2007.

162. Петришин О. Верховенство права в системі правового регулювання суспільних відносин / О. Петришин // Право України. – 2010. – № 3. – С. 24–35.

163. Право на справедливый суд в рамках Европейской конвенции о защите прав человека (статья 6). − Interights : Руководство для юристов. – London : Lancaster House, 2008.

164. Сердюк В. В. Змагальність сторін як засада судочинства в Україні [Електронний ресурс] / В. В. Сердюк // Часопис цивільного і кримінального судочинства. − 2016. − № 2. − С. 85−93. − Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chcks_2016_2_6

165. Устав уголовного судопроизводства для Германской империи с законом о введении его в действие / пер. И. Соболева. − СПб. : Типография и хромолитография А. Траншеля, 1878.

166. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. − Т. 1 / И. Я. Фойницкий. − СПб., 1996.

167. Чельцов-Бебутов М. А. Курс уголовно-процессуального права / М. А. Чельцов-Бебутов. − М., 1957.

168. Шевчук С. В. Судовий захист прав людини: практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. В. Шевчук. – 2-е вид., випр., доп. – К. : Реферат, 2007.

169. Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса / Е. В. Васьковский ; ред. и с предисл. В. А. Томсинов. – М. : Зерцало, 2003. – 464 с.

170. Дем’янова О. В. Інструментальні аспекти змісту доктрини верховенства права та перспективи її реалізації в цивільному судочинстві України [Електронний ресурс] / О. В. Дем’янова // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 6. – С. 73–76. – Режим доступу : http://www.pap.in.ua/index.php/arhiv-vidannja.

171. Про судоустрій : Закон УРСР : прийнятий 5 червня 1981 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1981. – № 24. – 357 с.

172. Про судоустрій України : Закон України : прийнятий 7 лютого 2002 р. // Офіційний вісник України. – 2002. – № 10. – Ст. 441.

173. Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 року № 4651-VI, зі змін. і доповн. // База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. − Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

174. Кухнюк Д. В. Судовий прецедент як джерело кримінально-процесуального права України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Д. В. Кухню ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2008. – 17 с.

175. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Б. В. Малишев ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2002. – 19 с.

176. Омельяненко Г. Нова Конституція і питання судової влади та судочинства / Г. Омельяненко // Право Украины. – 1996. – № 10. – С. 11–16.

177. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія / Н. М. Пархоменко. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008. – 336 с.

178. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України : від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР // Офіційний вісник України. – 1997. – № 29. – Ст. 11.

179. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України : від 23 лютого 2006 року // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.

180. Про судоустрій і статус суддів : Закон України : від 2 червня 2016 року № 1402-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 31. – Ст. 545

181. Редька А. І. Судові функції Верховного Суду України: дискусійні питання / А. І. Редька, С. А. Солоткий // Вісник Верховного Суду України. – 2015. – № 11. – С. 35–43.

182. Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / под ред. С. Н. Братуся и И. С. Самощенко. – М. : Госюриздат, 1962. – 575 с.

183. Терлюк І. Я. Історія українського права від найдавніших часів до XVIII століття : навчальний посібник з історії держави і права України / І. Я. Терлюк. – Львів, 2003. – 156 с.

184. Тесленко М. Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України / М. Тесленко // Вісник Конституційного Суду України. – 2003. – № 4. – С. 36–41.

185. Ткачук П. Правові позиції Конституційного Суду України / П. Ткачук // Вісник Конституційного Суду України. – 2006. – № 1. – С. 10–21.

186. У Верховному Суді України обговорили механізми забезпечення єдності судової практики // Вісник Верховного Суду України. – 2014. – № 8. – С. 2–6.

187. Харитонова Л. І. Судова практика як джерело права соціального забезпечення / Л. І. Харитонова // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 37. – С. 55–60.

188. Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.01 / Хорошковська Д. Ю. – К., 2006. – 194 с.

189. Шевчук С. В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.01 / Шевчук С. В. – Харків, 2008. – 434 с.

190. Шевчук С. В. Судова правотворчість та соціологічна школа права / С. В. Шевчук // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 1. – С. 24–29.

191. Богдановская И. Ю. Прецедентное право / И. Ю. Богдановская. – М., 1993. – 365 с.

192. Богдановская И. Ю. Судебный прецедент – источник права / И. Ю. Богдановская // Государство и право. − 2002. − № 12. − С. 9–15.

193. Бондаренко Є. І. Становлення правового прецеденту як джерела права / Є. І. Бондаренко // Правове регулювання економіки. − 2012. − № 11–12. − С. 33–44

194. Бурлай Е. В. Нормы права и правоотношения в социалистическом праве / Е. В. Бурлай. − К. : Наукова думка, 1987. − 92 с.

195. Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель. − М., 1990. − 526 с.

196. Про Конституційний суд України : Закон України : від 13 липня 2017 року // Відомості Верховної Ради (ВВР). − 2017. − № 35. − Ст. 376.

197. Козюбра М. І. Право як явище культури / М. І. Козюбра // Право та культура: теорія і практика : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., Київ, 15–16 травня 1997 р. – К., 1997. – С. 27–31.

198. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997–2001 / відповід. редак. кандидат юрид. наук П. Б. Євграфов. − К. : Юрінком Інтер, 2001. − 512 с.

199. Конституція України : Офіц. видання. Станом на 30 вересня 2016 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). − 1996. − № 30. − Ст. 141.

200. Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 року № 4651-VI, зі змін. і допов. // База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. − Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

201. Луць Л. А. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України / Л. А. Луць // Вісник Центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 9–16.

202. Мартынчик Е. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике / Е. Мартынчик, Э. Колоколова // Российская юстиция. − 1994. − № 12. − С. 20.

203. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право / М. Н. Марченко. − М. : Издательство «Проспект», 2007. − 512 с.

204. Мідзяновська В. Судовий прецедент: структура, види / В. Мідзяновська // Право України. – 2006. – № 3. – С. 119–124.

205. Оборотов Ю. Н. Філософія права і методологія юриспруденції / Ю. Н. Оборотов // Проблеми філософії права. – Чернівці, 2003. − Т. 1. – С. 6–53.

206. Панкратова В. О. Судовий прецедент у континентальному праві: теоретико-порівняльний аспект / В. О. Панкратова // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : збірник наукових праць / за ред. Ю. С. Шемшеченка, В. П. Тихого, М. М. Цимбалюка, І. С. Гриценка, упор. О. В. Кресін, І. М. Ситар. − 2-е вид. і доп. − Львів, Київ : ЛьвДУВС, 2012. − С. 150–152.

207. Пархета А. А. Полеміка розуміння поняття правового прецеденту / А. А. Перхета // Актуальні проблеми держави і права. − 2010. − № 3. − С. 411–417.

208. Поляков А. В. Коммуникативная концепция права (проблемы генезиса и теоретико-правового обоснования) : дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Поляков А. В. – СПб., 2002. – 517 с.

209. Постанова ВСУ : від 25.06.2015 у справі № 5-111кс15 / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : reyestr.court.gov.ua/Review/46449623

210. Постанова Великої Палати ВС : від 23.05.2018 у справі № 237/1459/17 / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/74475877

211. Постанова Великої Палати ВС : від 12 вересня 2018 року у справі № 523/6472/14-к (провадження № 13-32кс18) / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/76947335

212. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя : постанова Пленуму Верховного Суду України (п. 8) : від 1 листопада 1996 року № 9 // Право України. – 1996. – № 12. – С. 91.

213. Матузов М. Н. Псевдонаучное знание в современной культуре : материалы круглого стола / М. Н. Матузов // Вопросы философии. – 2001. – № 6. – 125 с.

214. Рішення Конституційного Суду України : від 25 листопада 1997 р. № 6-зп. Окрема думка судді Конституційного Суду України В. Є. Скоморохи // Вісник Конституційного Суду України. − 1998. − № 1. − С. 8–12.

215. Рішення Конституційного Суду України : від 11 квітня 2000 р. № 4-рп/2000 // Вісник Конституційного Суду України. − 2000. − № 2. − С. 17–21.

216. Рішення Конституційного Суду України : від 28 березня 2001 р. № 2-рп/2001 // Вісник Конституційного Суду України. − 2001. − № 2. − С. 16–18.

217. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение и источники права / А. Х. Саидов // Вестник университета им. О. Е. Кутафина. − 2016. − № 3. − С. 25–38.

218. Тесленко М. Правова природа актів Конституційного Суду України / М. Тесленко // Право України. − 2000. − № 2. − С. 6–9.

219. Тихий В. Офіційне тлумачення Конституції та законів України Конституційним Судом України / В. Тихий // Вісник Конституційного Суду України. − 1998. − № 4. − С. 38–45.

220. Шаповал В. Офіційне тлумачення як функція Конституційного Суду України (проблеми теорії) / В. Шаповал // Вісник Конституційного Суду України. − 1999. − № 3. − С. 52–57.

221. Шаповал В. М. Становлення конституційної юрисдикції в Україні / В. М. Шаповал // Правова держава : щорічник наукових праць Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. − К. : Ін Юре, 1998. − Вип. 9. − С. 111–115.

222. Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії / В. Шаповал // Право України. − 1998. − № 5. − С. 25–29.

223. Шевчук С. В. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту / С. В. Шевчук // Право України. − 2000. − № 2. − С. 45–48.

224. Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10.

225. Забигайло В. К. Проблема пробелов в праве в современной буржуазной юриспруденции / В. К. Забигайло // Советское государство и право. − Киев, 1974. − № 5. − 344 с.

226. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України : від 05.07.2012 № 5076-VI // База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. − Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17

227. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України : від 03.10.2017 № 2147-VIII // База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. − Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19

228. Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 року № 4651-VI, зі змін. і допов. // База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. − Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

229. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения / В. В. Лазарев − М., 1974. − С. 10–11.

230. Маляренко В. Т. Поняття, загальна характеристика та класифікація основних засад кримінального судочинства / В. Т. Маляренко // Вісник Верховного Суду України. − 1999. − № 1. − С. 40−44.

231. Мартиненко О. О. Теоретичні засади судової правотворчості у концепції юридичного прагматизму : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / О. О. Мартиненко. – К., 2016. – 22 с.

232. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана : учеб. пособие. − М., 1997. − С. 168.

233. Податкові перевірки в рамках кримінального провадження: незаконність і недопустимість, наслідки [Електронний

ресурс]. − Режим доступу : http://kmp.ua/ua/analytics/infoletters/tax-audits-in-the-framework-of-criminal-proceedings/

234. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання / С. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. − 2013. − № 1. − С. 44–56.

235. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України : Закон України, чинне законодавство з 19 листопада 2012 року : (офіц. текст). – К. : 2012. – 382 с.

236. Романюк Я. М. Єдність судової практики: теоретичні засади та вдосконалення законодавчого забезпечення / Я. М. Романюк, І. В. Бейцун // Вісник Верховного Суду України. – 2012. – № 5. – С. 37−42.

237. Слінько С. В. Теорія та практика реформування досудового розслідування / С. В. Слінько. − Х. : Арцис, 2000. − 320 с.

238. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник [Електронний ресурс] / відп. ред. О. В. Зайчук. − К. : Юрінком Інтер, 2008. − Режим доступу : http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part3/1605.htm.

239. Ухвала Апеляційного суду м. Києва : від 11.04.2017 у справі № 757/11320/17-к [Електронний ресурс]. − Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66139077.

240. Бартошек М. Римское право: понятия, термины, определения / М. Бартошек. – М., 1989.

241. Дигесты Юстиниана [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.digestaiust.narod.ru/03.html.

242. Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 року № 4651-VI, зі змін. і доповн. // База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

243. Левченко О. В. Преюдиция в уголовно-процессуальном праве / О. В. Левченко // Вестн. Оренбург. гос. ун-та. – 2010. – № 3. – С. 84–88.

244. Ляшенко Р. Д. Загальна характеристика та властивості преюдиції як засобу судової аргументації / Р. Д. Ляшенко // Часопис Київ. ун-ту права. – 2012. – № 3. – С. 22–25.

245. Масюк В. В. Презумпції і преюдиції в цивільному судочинстві : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. В. Масюк ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2010. – 20 с.

246. Масюк В. В. Розсуд суду щодо оцінки преюдиціальних обставин / В. В. Масюк // Вісн. Харк. нац. ун-ту внутр. справ. – Х., 2009. – Вип. 46. – С. 212–218.

247. Постанова ВСУ : від 03.03.2016 у справі № 5-347кс15 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/56939749

248. Шилін Д. В. Преюдиції в кримінальному процесі : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09 / Д. В. Шилін ; Одеська нац. юрид. академія. – Одеса, 2010. –20 с.

249. Скакун О. Ф. Теорія держави та права : підручник / О. Ф. Скакун. – Харків : Консум, 2001. – 656 с.

250. Алексеев С. С. Право нового тысячелетия / С. С. Алексеев. − М., 2000. − С. 120.

251. Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – 712 с.

252. Беляневич В. Е. Прецедентність судової практики: деякі аспекти дослідження проблеми / В. Е. Беляневич // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 11 (49). – С. 73–80.

253. Белоносов В. О. Аналогия в уголовном процессе России / В. О. Белоносов, А. В. Горожанин. – Самара : Изд-во Самарского юридического ин-та, 2000. – 140 с.

254. Венгеров А. Б. О прецеденте толкования правовой нормы / А. Б. Венгеров. – С. 3–19.

255. Элькинд П. С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права / П. С. Элькинд. – М., 1967.

256. Постанова Великої палати ВС : від 16 січня 2019 року у справі № 751/7557/15-к (провадження № 13-37кс18) / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79298340

257. Про судоустрій і статус суддів : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). − 2016. − № 31. − Ст. 545.

258. Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права : монографія / О. В. Капліна. – Х. : Право, 2008. – 296 с.

259. Конституція України : Офіц. видання : станом на 30 вересня 2016 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). − 1996. − № 30. − Ст. 141.

260. Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 року № 4651-VI, зі змін. і доповн. // База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. − Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

261. Мазниця А. А. Судове тлумачення законодавства України: проблеми теорії та практики / А. А. Мазниця // Порівняльно-аналітичне право. − 2013. – № 3–1. – С. 47–50.

262. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право / М. Н. Марченко. – С. 17.

263. Михайленко А. Р. Составление процессуальных актов по уголовным делам: Теория, методика, примерные образцы документов / А. Р. Михайленко. – К. : Вища школа, 1989. – 200 с.

264. Петражицкий Л. И. Очерки философии права / Л. И. Петражицкий. – СПб., 1900. – 316 с.

265. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення : колективна монографія / Бернюков А. М., Бігун В. С., Лобода Ю. П., Малишев Б. В., Погребняк С. П., Рабінович С. П., Смородинський В. С., Стовба О. В. ; відп. ред. В. С. Бігун. – К., 2009. – 316 с.

266. Рахунов Р. Д. Аналогия в советском уголовном процессе / Р. Д. Рахунов // Правоведение. − 1971. – № 2.

267. Рішення КСУ : від 23 листопада 2017 року № 1-р/2017, справа № 1-28/2017 // База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-17

268. Сендецька Т. В. Тлумачення та застосування інтерпретаційно-правових актів на прикладі судових органів України / Т. В. Сендецька // Порівняльно-аналітичне право. − 2013. – № 3–2. – С. 58–63.

269. Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / кол. авторов ; под ред. д.ю.н. Т. Г. Морщаковой. – Москва : Мысль, 2012. – 584 с.

270. Scheppele K. L. Facing Facts in Legal Interpretation // Law and the Order of Culture / Edit. by Post R. – Berkeley :University of California Press, 1991. – P. 42–77.

271. Шутак І. Д. Юридична техніка : навчальний посібник для вищих навчальних закладів / І. Д. Шутак, І. І.Онищук. – Івано-Франківськ, 2013. – 496 с.

272. Яворська В. Г. Поняття змісту актів судового тлумачення, спрямованих на забезпечення єдності у застосуванні судами України кримінального законодавства / В. Г. Яворська // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. − 2013. – № 4. – С. 281–288.

273. Ализаде Ф. Э. Международно-правовое регулирование совместных (международных) расследований по уголовным делам / Ф. Э. Ализаде // Библиотека криминалиста. Научный журнал. – 2014. – № 2. – С. 294–306.

274. Анакіна Т. Прецедентні рішення Суду Європейських Співтовариств у становленні правопорядку ЄС / Т. Анакіна // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 2. – С. 49–52.

275. Багатосторонні міжнародні договори з питань кримінального судочинства (з корисними посиланнями) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://minjust.gov.ua/m/bagatostoronni-mijnarodni-dogovori-z-pitan-kriminalnogo-sudochinstva-z-korisnimi-posilannyami.

276. Віденська конвенція про право міжнародних договорів [Електронний ресурс] // Законодавство України – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118.

277. Волеводз А. Г. Международный розыск, арест и конфискация полученных преступным путем денежных средств и имущества (правовые основы и методика) / А. Г. Волеводз ; научн. ред., проф. А. Б. Соловьев. – М. : Юрлитинформ, 2000.

278. Гураленко Н. Судовий прецедент: свавілля чи потреба часу? (філософсько-правовий дискурс) / Н. Гураленко // Юридична Україна. – 2009. – № 6. – С. 10–16.

279. Кирилюк Д. Чи визнається в Україні судовий прецедент? / Д. Кирилюк // Юридичний журнал. – 2006. – № 4. – С. 7–8.

280. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності [Електронний ресурс] // Законодавство України. – 2000. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789.

281. Конституція України [Електронний ресурс]. – 1996. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.

282. Кримінальна Конвенція про боротьбу з корупцією [Електронний ресурс] // Законодавство України. – 1999. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_101.

283. Кучинська О. П. Правові питання імплементації загальновизнаних міжнародних стандартів у галузі прав людини у вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство [Електронний ресурс] / О. П. Кучинська // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2014. – № 1. – С. 57–61. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chcks_2014_1_6

284. Луць Л. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України / Л. Луць // Вісник Центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 9–15.

285. Льовочкін В. А. Нормативно-правові та організаційні засади забезпечення реалізації в Україні міжнародних стандартів з прав

і свобод засуджених до позбавлення волі : дис. … канд. юрид. наук / В. А. Льовочкін. – К., 2002. – С. 45.

286. Марченко М. Судебное правотворчество и судейское право / М. Марченко. – М., 2007. – 521 с.

287. Міжнародна Конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму // Ліга Закон [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU99059.html.

288. Москаленко В. Специфіка прецедентного права Суду Європейського Співтовариства / В. Москаленко // Актуальні проблеми державного управління. – Х., 2005. – № 3(26). – С. 179–186.

289. Мюллерсон Р. А. Международный договор и национальный закон : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук / Р. А. Мюллерсон. – М., 1979.

290. Мюллерсон Р. А. Национально-правовая имплементация международных договоров / Р. А. Мюллерсон // Советский ежегодник международного права, 1978. – М. : Наука, 1980.

291. Мюллерсон Р. А. О соотношении международного публичного, международного частного и национального права / Р. А. Мюллерсон // Советское государство и право. – 1982. – № 2. – С. 80–89.

292. Мюллерсон Р. А. Соотношение международного и национального права / Р. А. Мюллерсон. – М. : Международные отношения, 1982.

293. Мюллерсон Р. А. Соотношение и взаимодействие международного публичного, международного частного права и национального права (теоретико-методологическое исследование) : автореф. дис. на соискание науч. степени докт. юрид. наук / Р. А. Мюллерсон. – М., 1985.

294. Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом // Законодавство України [Електронний ресурс]. – 1990. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_029.

295. Міжнародна співпраця та взаємна правова допомога [Електронний ресурс] // Протидія корупції / Альтернативний звіт. – 2017. – Режим доступу : http://pravo.org.ua/ua/news/20872101-rozdil-iv.-migenarodne-spivrobitnitstvo.

296. Мюллерсон Р. А. Международный договор и национальный закон : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук / Р. А. Мюллерсон. – М., 1979.

297. Нефёдов Б. И. Имплементация международно-правовых норм в СССР и проблемы международной правосубъектности индивидов / Б. И. Нефёдов // Совершенствование правоприменительной деятельности в условиях перестройки : межвузовский сборник научных трудов. – Омск : Изд-во ОВШМ МВД СССР, 1989. – С. 201–211.

298. Пархета А. Специфіка застосування рішень Європейського суду з прав людини у правовій системі України / А. Пархета // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 1. – С. 117–133.

299. Подковенко Т. Судовий прецедент та проблеми визнання його джерелом права в Україні / Т. Подковенко // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2013. – Вип. 6, т. 1. – С. 7–10. – (Серія «Юридичні науки»).

300. Про затвердження Інструкції про порядок використання правоохоронними органами можливостей НЦБ Інтерполу в Україні у попередженні, розкритті та розслідуванні злочинів // Офіційний вісник України. – 1997. – С. 77.

301. Скакун О. Конституційний Суд як учасник правотворчої (законотворчої) діяльності в Україні / О. Скакун // Юридична Україна. – 2003. – № 1. – С. 26–32.

302. Сизоненко А. Відеозв'язок як засіб проведення слідчих дій за межами України / А. Сизоненко // Право України. – 2003. – № 3. – С. 96–99.

303. Смирнов М. І. Особливості надання взаємної правової допомоги у кримінальних справах з використанням методу відеоконференцзв'язку : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Смирнов Максим Іванович. – К., 2005. – 268 с.

304. Теоретико-правові підходи до розуміння судового прецеденту як складової частини судової практики [Електронний ресурс] // Национальный юридический журнал. – 2015. – Режим доступу : http://www.jurnaluljuridic.in.ua/archive/2015/5/part_1/4.pdf.

305. Шафарчук В. Судовий прецедент в Україні / В. Шафарчук // Юридична газета. – 2013. – № 35–36. – С. 43.

306. Алексеев С. С. Право на пороге тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной Эпохи / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 2000. – 256 с.

307. Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2011 р. (за даними судової статистики) // Вісник Верховного Суду України. – 2012. – № 6. – С. 28–42.

308. Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2013 р. (за даними судової статистики) // Вісник Верховного Суду України. – 2014. – № 5. – С. 31–40.

309. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / В. Бернхем. – К. : Україна, 1999. – 554 с.

310. Богдановская И. Ю. Прецедентное право / И. Ю. Богдановская ; РАН Ин-т государства и права. – М. : Наука, 1993. – 237 с.

311. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М., 1998.

312. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua

313. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України : № 3477-IV // Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15.

314. Запара С. І. Цивільний процес України : підручник / С. І. Запара ; за заг. ред. М. М. Ясинка. – К. : Алерта, 2014. – 744 с.

315. Порівняльне судове право : навч. посіб. / І. Є. Марочкін, І. М. Москвич, Н. В. Сібільова, В. С. Бабкова, Ю. І. Крючко ; за ред. І. Є. Марочкіна та Л. М. Москвич. – Х. : 2008. – 112 с.

316. Історія держави та права України // Юрінком Інтер [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://pidruchniki.com/1426032043236/pravo/davnoruske_pravo.

317. Історія держави і права Росії [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://bibliograph.com.ua/istoria-prava-rossii/20.htm.

318. CamerB.A. A Dictionary of Modem Eegal Usage / B.A. Camer. – NewYork : Oxford University Press, 1995. – 953 p.

319. Козирка В. Є. Судовий прецедент в цивільному процесі [Електронний ресурс] / В. Є. Козирка // Молодіжний науковий вісник Української академії банківської справи НБУ. – 2012. – № 1(2). – 101 с. – (Серія «Юридичні науки»). – Режим доступу : http:// bulletin.uabs.edu.ua/store/jur/2012/7456f 395fb7f78800elde3abl3bd58c2.pdf.

320. Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 року № 4651-VI, зі змін. і доповн. // База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

321. Кросс Руперт. Прецедент в английском праве / Кросс Руперт ; под ред. Ф. М. Решетникова ; пер. Т. В. Апарова. – М. : Юридическая литература, 1985. – 239 с.

322. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії / Б. В. Малишев. – К. : Праксіс, 2008. – 344 с.

323. Мартынчик Е. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике / Е. Мартынчик, Э. Колоколова // Российская юстиция. – 1994. – № 12. – С. 20–22.

324. Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Общая часть / М. Н. Марченко. – М. : Зерцало, 2001. – 560 с.

325. Маслов В. Судебный прецедент в Украине: процессуально-правовой аспект [Электронный ресурс] / В. Маслов // Legea §1 viata. – 2015. – Режим доступа : http://www.legeasiviata.in.ua/archive/2015/3-2/17.pdf.

326. Попов Ю. Ю. Прецедент: напрямки розвитку у праві України / Ю. Ю. Попов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov. ua/e-joumals/FP/2009-3/09xnidcp.pdf.

327. Рішення Конституційного Суду України : № 15-рп/2004 // Законодавство України. – 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04.

328. Роль та місце судового прецеденту у системі джерел національного права // Молодий вчений. – № 5.1 (45.1) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://molodyvcheny.in.ua/files/journal/2017/5.1/30.pdf.

329. Строцький Р. Є. Судова влада як творець права в контексті поділу влад / Р. Є. Строцький // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2012. – Вип. 641. – С. 121–126. – (Серія «Правознавство»).

330. Туманов В. А. К критике концепции «судейского права» / В. А. Туманов // Сов. государство и право. – 1980. – № 3. – С. 111–117.

331. Adrnio A. Precedent in Finland // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. − P. 87.

332. Alexy R. A Theory of Legal Argumentation. Oxford, 1989. − P. 7.

333. Beaston J. The Role of Statute in the Development of Common Law Doctrine // The Law Quarterly Review. − 2001. − Vol. 117. − P. 247−250.

334. Beaudoin G. (ed.) The Supreme Court of Canada. Proceedings of the October 1985 Conference. Toronto, 1986. − P. 379.

335. Bale G. Casting off the Mooring Pores.Canadian Bar Review. − 1980. − No. 58. − P. 257.

336. Berman P. The Globalization of Jurisdiction // University of Pennsylvania Law Review. − 2002. − No. 2. − P. 544− 545.

337. Birks P. (ed.) English Private Law. − Vol. I. − Oxford, 2000. − P. 29−30.

338. Certoma G. The Italian Legal System. L., 1985. − P. 82.

339. Chorus J., Gerver P., Hondurs E., Koekkoek A. (eds.). Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers. Kluwer, 1993. − P. 15.

340. Clinton v. New York, 524 U. S. − 417 (1998).

341. Cornu G. (eds.). Vocabulaire Juridique. P., 1990. − P. 36.

342. Cruz P. Modern Approach to Comparative Law. Boston, 1993. − P. 62.

343. Ekhoff T. The Doctrine of the Sources of Law. Oslo, 1993. − P. 134.

344. Gibson D. The Law of the Charter: General Principles. Toronto, 1986. − P. 52.

345. German O. Pra-judizien als Rechtsquelle. Stockholm, 1960. − S. 11.

346. Glendon M., Gordon M., Osakwe Ch.Comparative Legal Traditions in Nutshell. St. Paul, 1994. − P. 119−140.

347. Goldstein L. (ed.) Precedent in Law. Oxford, 1987; Siltala R. A Theory of Precedent. Oxford, 2000; Caldarone R. Precedent in Operation: A Comparison of the Judicial House of Lords and the US Supreme Court // Public Law. Winter. − 2004.

348. Green Gonas C. The Scandinavian Legal System. An Introduction // Comparative Juridical Review. − 1990. − Vol. 27. − P. 12.

349. Gutteridge H. Comparative Law: Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research. Cambridge, 1949. − P. 94.

350. Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств / К. Ф. Гуценко, Л. В. Головко, Б. А. Филимонов ; под ред. К. Ф. Гуценко. − М., 2002. − С. 184−185.

351. Hahn H. Trends in the Jurisprudence of the German Federal Constitutional Court // The American Journal of Comparative Law. − 1968−1969. − Vol. 16. − P. 570.

352. Hay P. Law of the United States. Minich, 2002. − P. 1−9.

353. Демченко А. Судебный прецедент / А. Демченко. − Варшава, 1903. − С. 1−2.

354. Історія держави і права зарубіжних країн [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://pidruchniki.com/1029022858669/pravo/konstitutsiya_ssha_veresnya_1787.

355. Instuitional Factors Influencing Precedents // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. − P. 456.

356. International Encyclopedia of Laws. Civil Procedure. Hague, 2004. − Vol. I. − P. 13.

357. Feitel R. Comparative Constitutional Law in a Global Age // Harvard Law Review. − 2004. − No. 8. − P. 2571−2584.

358. Further General Reflections and Conclusions // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997.

359. Koh H. On American Exceptionalism // Stanford Law Review. − 2003. Vol. 55. − No. 5. − P. 1482.

360. Kourilsky Ch., Racz A. Ch., Schaffer H. (eds.). The Sources of Law. A Comparative Empirical Study. Budapest, 1982. − P. 32.

361. Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс ; под ред. Ф. М. Решетникова. − М., 1985. − 239 с.

362. Larenz C. Uber dieBindunswirkung von Pra-judizien // H. Fasching und W. Kralik (Hrsg.). Festschrift fur H. Schima.Viena, 1969. − S. 249.

363. Lilie H. Obiter Dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen. Berlin, 1993.

364. Manning J. The Absurdity Doctrine // Harvard Law Review. − 2003. − No. 8. − P. 2388.

365. Merryman J. The Civil War Tradition. Stanford, 1992. − P. 19−25.

366. Mubgnug R. Das Allgemeine Verwaltungsrecht Zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht // Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift derJuristischen Fakultat zur 600 Iahr Feier derRuprecht Karls Universitat Heidelberg. Heidelberg, 1986. − P. 203−205.

367. Murphy W. The Supreme Court of the United States // Janosik R. (ed.) Encyclopedia of the American Judicial System. − Vol. II. − N. Y., 1987. − P. 702.

368. Nash J. Examining the Power of Federal Courts to Certify Questions of State Law // Cornell Law Review. − 2003. − No. 6.

369. Precedent in the Federal Republic of Germany // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. − P. 23.

370. Precedent in France //Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. − P. 111.

371. Precedent in Norway // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. Mac Cormick, R. Summers.Sydney, 1997. − P. 196.

372. Precedent in Sweden // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. − P. 298.

373. Precedent in Spain //Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. Mac Cormick, R. Summers. Sydney, 1997. − P. 269.

374. Rearson E. Law for European Business Studies. L., 1994. − P. 23.

375. Redmond P., Shears P. General Principles of English Law. L., 1993. − P. 29−30.

376. Rosenkranz N. Federal Rules of Statutory Interpretation // Harvard Law Review. − 2002. − No. 8. − P. 2086−2088.

377. Saarenpaa A. Court Decisions as the Focus of Study //Scandinavian Studiesin Law. − 1984. − Vol. 28. − P. 125, 146.

378. Sebok A. Legal Positivism and American Slave Law: The Case of Chief Justice Shaw // Dyzenhaus J. (ed.) Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order. Oxford, 1999. − P. 113−115.

379. Schütze R. (Hrsg.). Festschrift für Reinhold Geimer. Bonn, 2002. − S. 326−328.

380. SchutzeR.An Introduction toEuropeanLaw.Cambridge, 2015.

381. Schluter W. Das obiter Dictum. Munich, 1973.

382. Smith J. Comparing Federal Judicial Review of Administrative Court Decisions in the United States and Canada // Temple Law Review. − 2000. − No. 2. − P. 511−514.

383. Stuart D. Can adian Crimin al Law.A Treatise. Toronto, 1987. − P. 5−7.

384. Summers R. Precedent in the United States (New York State) // MacCormick D. and Summers R. (eds.) Interpreting Precedents. A Comparative Study. Sydney, 1995. − P. 355.

385. Sunstein C. Problems with Rules // California Law Review. − 1995. − No. 83. − P. 953−986.

386. Symeonides S. Choice of Law in the American Courts in 2003: Seventeenth Annual Survey // The American Journal of Comparative Law. − 2004. − No. 1. − P. 72−75.

387. Taruffo M., La Torre M. Precedent in Italy // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. Mac Cormick, R. Summers. Sydney, 1997. − P. 151.

388. Timonen P. Doctrine of the Sources of Law of Scholar and of a Judge // Scandinavian Studies in Law. − 1990. − Vol. 34. − P. 276−279.

389. Walker J. Judicial Tendencies in Statutory Construction: Differing Views on the Role of the Judge. New York University Annual Survey of American Law. − 2001. − Vol. 58. − Issue 2. − P. 205−206.

390. Weller H. Die Beteutung der Prajudizien im Verstandis der Deutschen Rechts Wissensvaft. Berlin, 1979.

391. Бернам У. Указ. соч. / У. Бернам. − С. 116−117.

392. Богдановская И. Ю. Прецедентное право / И. Ю. Богдановская ; РАН. Ин-т государства и права. − М. : Наука, 1993. − 237 с.

393. Weber M. Sociologie du droit / Trad. par J. Grosclaude. − Paris : PUF, 1986.

394. Гельдибаев М. Х. Уголовный процесс [Электронный ресурс] / М. Х. Гельдибаев. – 2012. – Режим доступа : http://be5.biz/pravo/u004/37.html.

395. David R., Blanc-Jouvan X. Le droit anglais. 10 ed. − Paris : PUF, 2003.

396. Esmein A. La jurisprudence et la doctrine // Revue trimestrielle de droit civil. − 1902. − № 1.

397. Jestaz Ph., Jamin C. La doctrine. − Paris : Dalloz, 2004.

398. Про судоустрій і статус суддів : Закон України // Законодавство України. – 2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19/print.

399. Zenati F. La jurisprudence. − Paris : Dalloz, 1991.

400. Zoller E. Le droit des Etats-Unis. − Paris : PUF, 2001.

401. Cabrillac R. Introduction generale au droit. 7 ed. − Paris : Dalloz-Sirey, 2007.

402. Cabrillac R. Les codifications. − Paris : PUF, 2002.

403. Кримінальний процес України. Особлива частина [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://pidruchniki.com/1615081659195/pravo/kriminalniy_protses_zarubizhnih_krayin

404. Legrand P. Le droit compare / P. Legrand. − Paris : Presses Universitaires de France, 1999.

405. Luhman N. La legitimation par la procedure / Trad. par L. K. Sosoe. − Laval : Cerf, 2001.

406. Луць Л. А. Типологізація сучасних правових систем світу / Л. А. Луць − К. ; Сімферополь, 2007.

407. Malaurie Ph. Anthologie de la pensee juridique. 2 ed. − Paris : Cujas, 2001.

408. Markesinis B. Juges et universitaires face au droit compare. Histoire des trente-cinq dernieres annees / Trad. par M. Aubremont-Jestaz. − Paris : Dalloz, 2006. − P. 177.

409. Miranda v. Arizona Court Decision 384 U.S. 436 Miranda v. Arizona (No. 759)Argued: February 28-March 1, 1966 Decided: June 13, 1966 / 98 Ariz. 18, 400 P.2d97, affirmed [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436.

410. Oksamytnyi V. V. Legal Systems of the Modern World: Problems of Identification // The Journal of Comparative Law. − 2010. − Vol. V. − Issue 1.

411. Rivero J., Waline J. Droit administratif. 20 ed. − Paris : Dalloz, 2004.

412. Rousseau D. Une decision non commentee existe-t-elle? Ou commenter est-ce delirer? // Bechillon D. de. L'architecture du droit. Melanges en l'honneur de Michel Troper. − Paris : Economica, 2006. − P. 900−901.

413. Скакун О. Ф. Правова система держави, суспільства, регіону, світу (щодо базових категорій порівняльного правознавства) / О. Ф. Скакун. − К. ; Х. ; Сімферополь, 2008.

414. Stein P. Le droit romain et l'Europe. Essai d'interpretation historique / Trad. d'Anne Aboh d'Auvergne avec la collaboration de J.-Ph. Dunaud et A. Keller. 2 ed. Geneve; Zurich; Bale: Bruylant, 2004.

415. Барабанов П. К. Уголовный процесс ФРГ / П. К. Барабанов. − М. : Спутник+, 2014. − 359 с.

416. Богаченко-Мішевський О. Виконання по-європейськи / О. Богаченко-Мішевський // Юридична практика. – 2006. – № 14(432). – С. 18–22.

417. Гурепка проти України // Законодавство України. – 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_437.

418. Європейський суд з прав людини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://uk.wikipedia.org/wiki/Європейський_суд_з_прав_людини.

419. Ефименко В. Европейский прецедент для Украины [Электронный ресурс] / В. Ефименко // Юридическая практика. – 2007. – Режим доступа : http://pravo.ua/article.php?id=10008128.

420. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України // Законодавство України. – 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15.

421. Кисельова Л. В. Рішення Європейського суду з прав людини, Конституційного Суду України та Верховного Суду України в системі права України: застосування і виконання / Л. В. Кисельова // Вісник Академії адвокатури України. − 2013. − № 2 (27). − С. 156−159.

422. Кодекс України про адміністративні правопорушення // Законодавство України. – 1984 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10.

423. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод // Законодавство України, редакція : від 02.10.2013. – 1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

424. Конституція України // Законодавство України. – 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр.

425. Кримінальний кодекс України // Законодавство України. – 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.

426. Застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : навчально-методичний посібник для тренерів навчального курсу для суддів. – К. : ВАІТЕ, 2017. – 192 с.

427. Онопенко В. В. Механізм захисту прав людини в Україна потребує суттєвого вдосконалення : виступ на Міжнародній конференції / В. В. Онопенко // Право України. − 2011. − № 7. − С. 64−68.

428. Паліюк В. П. Практика застосування судами України Конвенції про захист прав людини і основних свобод / В. П. Паліюк // Юридичний журнал. − 2003. − № 1. − С. 115−119.

429. Пантелеєнко проти України // Законодавство України. – 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_274.

430. Pillans B. Thus far and no further. Are we saying it loud enough? / B. Pillans // The Law Commision. – 2007. – Vol. 12 (6). – P. 213–219.

431. Погребняк А. С. Рішення Європейського суду з прав людини, як частина національного законодавства / О. С. Погребняк // Актуальні проблеми держави і права. − 2014. − Вип. 71. − С. 154−161.

432. Попов Ю. Рішення Європейського суду з прав людини як переконливий прецедент: досвід Англії та України / Ю. Попов // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 11. – С. 49–52.

433. Постановление Европейского суда по правам человека : от 02.11.2006 по делу «Дакоста Сильва (Dacosta Ssilva) против Испании» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http:// base.consultant.ru/cons/cgi/

434. Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності // Законодавство України. – 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-05.

435. Rui J. P. Decisions from the European Court of Human Rights: influence on Norwegian Criminal Law and Criminal Procedural Law / J. P. Rui // Правовые проблемы Норвегии и России: северное измерение : материалы 1-й Междунар. науч.-практ. конф. «Правовые системы Баренцева Евро-Арктического региона» (Архангельск, 27–29 апр. 2010 г.) : в 2-х ч. / под ред. Е. Ю. Шинкаревой, Э. Равна. – Архангельск, 2011. − Ч. 2. − С. 27–29.

436. Серегіна С. Ф. Використання практики Європейського суду з прав людини, як перспективний напрямок оптимізації конституційного судочинства в Україні / С. Ф. Серегіна // Вісник Конституційного Суду України. − 2005. − № 6. − С. 41−46.

437. Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights: 6th Annual Report of the Committee of Ministers of the Council of Europe, 2012. − Strasbourg, 2013.

438. Терлецький Д. С. Конституційний Суд України та суди загальної юрисдикції і міжнародне право / Д. С. Терлецький // Актуальні проблеми держави і права. − 2011. − Вип. 61. − С. 85−95.

439. Україна вже не лідер за кількістю скарг проти неї у ЄСПЛ. Актуальна статистика від Євросуду та Мін'юсту [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://humanrights.org.ua/material/ukrajina_vzhe_ne_lider_za_kilkistjiu_skarg_proti_neji_u_jespl_aktualna_statistika_vid_jevrosudu_ta_minjiustu.

440. Чубенко А. Европейский суд по правам человека и Верховный суд Украины: аспекты взаимодействия / А. Чубенко // Теория и практика : национальный юридический журнал. – 2015. – № 4. – С. 254–258.

441. Бірюков Р. М. Національна правова система в умовах глобалізації (основні напрями трансформації) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Р. М. Бірюков. – Одеса, 2011. – 21 с.

442. Бринцев О. В. Верховний Суд: місія нездійсненна [Електронний ресурс] / О. В. Бринцев. – 2018. – Режим доступу : https://hr.arbitr.gov.ua/sud5023/pres-centr/publications/405102/.

443. Гайворонський В. М. До питання про концептуальні засади законотворення (на прикладі законодавства про банкрутство) / В. М. Гайворонський, М. І. Тітов // Вісник господарського судочинства. – 2002. – № 1. – С. 182−186.

444. Про судоустрій і статус суддів : Закон України // Законодавство України. − 2016 [Електронний ресурс]. − Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19.

445. Конституція України // Законодавство України. – 1996 [Електронний ресурс]. − Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр.

446. Кримінально-процесуальний кодекс України // Законодавство України. – 1960 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001-05.

447. Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 року № 4651-VI, зі змін. і доповн. // База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. − Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

448. Кухнюк Д. Судовий прецедент як джерело кримінально-процесуального права : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.12 / Кухнюк Д. − К., 2008. − 228 с.

449. Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права / Р. З. Лившиц ; отв. ред. Б. Н. Топорнин. – М., 1997. – 48 с.

450. Мальцев Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев. − М., 2007. − С. 643.

451. Михеєнко М. М. Кримінальний процес України / М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. П. Шибіко. – К. : Либідь, 2009. – 251 с.

452. Про судове рішення : постанова Пленуму Верховного Суду України : від 29.12.1976 № 11 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. − 1993. − № 6. − С. 379−383.

453. Серверэн Э. Роль судей и судебной практики в процессе нормотворчества / Э. Серверэн // Судебная практика как источник права. − М., 2000. − С. 46−47.

454. Стефанюк В. Судова влада як основна юридична гарантія захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні / В. Стефанюк // Право України. – 2001. − № 1. – С. 15–18.

455. Судебная практика в советской правовой системе / отв. ред. С. Н. Братусь. − М., 1975. − С. 16−17.

456. Судова реформа в Російській імперії (1864) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://uk.wikipedia.org/wiki/Судова_реформа_в_Російській_імперії_(1864).

457. Українська Революція гідності, агресія РФ і міжнародне право [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://books.google.com.ua/books?id=X0X0CgAAQBAJ&pg=PA797&lpg=PA797&dq=правові+норми+які+створює+суд+в+закордонних&source= bl&ots=x4bGqObCFn&sig=ACfU3U1IqHo0mFKhMnz_WLNnRWFFRdxBrg&hl=ru&sa=X&ved=2ahUKE wil3JTDrc3hAhVaSxUIHaDxBT0Q6AEwCHoECAoQAQ#v= onepage&q=правові%20норми%20які%20створює%20суд%20в%20закордонних&f=false.

458. Чекотовська О. Судова практика в українському правосудді [Електронний ресурс] / О. Чекотовська // Закон і бізнес. – Режим доступу : https://zib.com.ua/ua/print/24420-sudova_praktika_v_ukrainskomu_pravosuddi.html.

459. Чиркин В. Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт / В. Е. Чиркин. − М., 1998.

460. Юридична сила судового рішення дорівнює закону Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : kaas.gov.ua/ua/society/2514-yuridichna-sila-sudovogo-rishennya-dorivnyue-zakonu-verkhovnoji-radi-ukrajini.html.

Наукове видання

Завидняк Володимир Іванович

ВПРОВАДЖЕННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТА У КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС УКРАЇНИ

Монографія

Здано до друку 07.06.2018. Формат 60×84/16
Папір офсетний № 1. Гарнітура «Times New Roman».
Друк. арк. 20,5.
Тираж 300 примірників. Замовлення №

Підготовлено до друку Видавничо-поліграфічним центром
Університету ДФС України
08200, вул. Університетська, 31, м. Ірпінь, Київська область, Україна

*Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготовлювачів і
розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 5104 від 20.05.2016*