

Хильченко А. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,

доцент кафедри кримінального права,

кандидат юридичних наук

ПРАКТИКА ЄСПЛ ЯК ЗАСІБ ОБМЕЖЕННЯ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ У ПЕНАЛІЗАЦІЙНОМУ ПРОЦЕСІ В УКРАЇНІ

Суддівський розсуд у кримінальному праві – це правозастосовча інтелектуально-вольова діяльність судді, яка є передбаченою кримінальним законом мірою свободи вибору одного із варіантів рішення у кримінальному провадженні. Аксіомою є те, що саме кримінальний закон і встановлює **межі** суддівського розсуду, що в який раз підкреслює правовий характер суддівського розсуду. Але чи дійсно є безспірним твердження, що лише кримінальний закон встановлює межі вибору рішення у кримінальному провадженні?

Важливу роль у формуванні судової практики у країнах континентального права відіграють рішення вищих судів, що можуть служити аналогом переконливих прецедентів. В Україні таку роль можуть відігравати рішення Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів - Вищого адміністративного, Вищого господарського і Вищого спеціалізованого суду з цивільних і кримінальних справ. Кожний суддя, якому відома правова позиція вищої судової інстанції з того чи іншого питання, не може не брати її до уваги, виходячи з авторитетності вищої судової інстанції і з огляду на можливе оскарження та скасування його рішення [1, с. 179]. Як відмічає В. О. Туляков, відомою є позиція, що кримінальна заборона сьогодення, яка реалізується у правозастосуванні, знаходиться в постійному розвитку. Водночас і стабільна заборона минулого, що пов'язана із позитивним кримінальним правом, так само знаходиться у розвитку. У першому випадку мова йде про необхідність постійної корекції законодавства та практики його застосування відносно нових заборон (комп'ютерні злочини, наприклад), нових колізійних ситуацій, що зумовлено політичними процесами, прийняттям та ратифікацією

відповідних міжнародних договорів та конвенцій, рішеннями Європейського суду з прав людини тощо. У другому випадку маються на увазі інтерпретаційні процеси у достатньо інерційному кримінальному законодавстві, які дозволяють, використовуючи аналогію права *sui generis* (призначення заходів безпеки та соціального захисту в КК, звужене чи поширене тлумачення кримінально-правової норми Верховним Судом України чи Вищим касаційним судом з розгляду цивільних та кримінальних справ), розповсюджувати дію старих норм на нові види відносин [2].

Так, правоположення, які вироблені внутрішньодержавною усталеною судовою практикою є засобом самообмеження національної судової системи від довільності судового розсуду при винесенні рішень з аналогічним складом юридичних фактів судовими інстанціями. Прецедентна практика Європейського Суду з прав людини є засобом наддержавного обмеження судового розсуду національних юрисдикційних органів, оскільки судові рішення Європейського Суду з прав людини стають обов'язковими для держав, які ратифікували Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод [3, с. 3].

Дійсно, відповідна роль судової практики поступово визнається, оскільки кримінальний закон регулює суспільні відносини в узагальненій, абстрактній формі. Формами прояву судової практики в Україні є:

1. Згідно з ч. 2 ст. 150 Конституції України, Конституційний Суд України має виключне право на надання офіційного тлумачення Конституції та законів України. Рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення мають обов'язковий характер для всіх фізичних та юридичних осіб, а також для державної влади та місцевого самоврядування на території України. Окрім резолютивної частини такого рішення, прецедент тлумачення можна знайти у мотивувальній частині як цього рішення, так і рішення про відповідність Конституції України законів та інших визначених законом правових актів.

2. Згідно зі ст. 111-23 Господарського процесуального кодексу, ст. 458 Кримінального процесуального кодексу, ст. 360-7 Цивільного процесуального кодексу України, рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками

розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішеннями Верховного Суду України. Невиконання судових рішень Верховного Суду України тягне за собою відповідальність, установлену законом.

3. У чинному законодавстві України відсутня норма, яка б надавала право Пленуму Верховного Суду України давати рекомендаційні роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства, проте деякі роз'яснення Пленуму використовуються судами й нині. Наприклад, Постанова Пленуму № 6 від 4 червня 2010 року «Про деякі питання, що виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи».

4. Окрім того, у системі судів загальної юрисдикції судова практика вищих судових інстанцій виступає орієнтиром як для нижчих судів, так і для інших правозастосовних органів. Згідно зі ст. 38 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» Верховний Суд України забезпечує єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

5. Згідно зі ст. 36 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» Пленуми вищих спеціалізованих судів з метою забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні окремих категорій справ відповідної судової спеціалізації узагальнюють практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизують та забезпечують оприлюднення правових позицій вищого спеціалізованого суду з посиланням на судові рішення, в яких вони були сформульовані.

6. Згідно зі ст. 17 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди України зобов'язані застосовувати Конвенцію та практику Суду як джерело права. З моменту

набуття чинності рішення Суду стають джерелом судової практики Європейського Суду з прав людини. Ця судова практика визнається джерелом загальноєвропейських стандартів прав людини і повинна враховуватися органами всіх держав — учасниць конвенції.

На нашу думку, якщо обирати за критерій поділу правових систем джерела права, то правова система України «тяжіє» до романо-германської традиції права. А тенденцією розвитку романо-германського права є розвиток судового права, утвердження прецеденту джерелом права. Більше того, на користь визнання в Україні судового прецеденту як джерела права як раз і слугує Закон України від 23.02.2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». У цьому зв'язку Ю. М. Оборотов зазначає: «Створення в Україні Конституційного Суду і визнання нашою державою юрисдикції Європейського Суду з прав людини спричинило утвердження судового прецеденту у правовій системі України» [4, с. 75].

Так, якщо вести мову про пеналізаційний зріз правозастосовчого процесу, також відображення прояву практики ЄСПЛ при застосуванні видів покарань, призначенні конкретної міри кримінально-правового впливу, необхідно зазначити наступне. Статтею 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. встановлює важливий принцип «ніякого покарання без закону», на якому і базується інститут призначення покарання зокрема та вся система кримінального закону загалом. Відповідно до частини першої цієї статті нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення. Однак у практиці Європейського Суду з прав людини констатується порушення такого важливого принципу.

Так, у справі «Корбей проти Угорщини» було встановлено, що заявником у справі виступає відставний військовий. У 1994 році йому було пред'явлено звинувачення в участі в придушенні повстання в р. Тата під час подій 1956 року. Згідно обвинуваченню, будучи капітаном, він командував підрозділом з 15 підлеглих при виконанні завдання по відновленню контролю над будівлею поліцейського відділення, яке було захоплене повстанцями, стріляв і наказував підлеглим стріляти в цивільних осіб. Кілька осіб загинули або були поранені в ході інциденту, який згідно з висновками судів країни почався, коли один з учасників повстання витягнув пістолет з кишені пальта після наказу скласти зброю.

Суд першої інстанції спочатку припинив кримінальну справу на тій підставі, що діяння, в яких обвинувачувався заявник, представляли собою вбивство і підбурювання до вбивства, а не злочини проти людства, тому термін давності для притягнення до кримінальної відповідальності сплинув. У кінцевому підсумку, однак, заявник був засуджений згідно з пунктом 1 статті 3 Женевської конвенції 1949 року за злочин проти людства (масове вбивство) та приговорений до п'яти років позбавлення волі. Він відбув частину покарання, після чого був умовно звільнений. У Європейський Суд він скаржить на те, що був засуджений за діяння, яке не було злочином під час його вчинення. У результаті, у світлі загальноновизнаних міжнародно-правових стандартів, чинних на той момент, Європейський Суд не був переконаний, що потерпілий може бути визнаний особою, що склала зброю, в значенні загальної статті 3, або що він потрапляв в іншу категорію "некомбатантів". Таким чином, не доведено, що дії заявника передбачувано становили злочин проти людства згідно міжнародному праву. А тому у справі допущено порушення вимог статті 7 Конвенції. Таким чином, рішення у даній справі є джерелом кримінального права при вирішенні аналогічних питань.

Таким чином, можна констатувати, що межами суддівського розсуду у кримінальному провадженні є кордони вибору того чи іншого рішення, які

визначаються положеннями КК України, Конституції України, загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права, рішеннями Європейського Суду з прав людини, правовими позиціями, сформульованими Конституційним Судом України, і роз'ясненнями Пленуму Верховного Суду України і Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, що дозволяє відмежувати законні дії судді від свавілля.

Література:

1. Москаленко В. Специфіка прецедентного права Суду Європейського Співтовариства *Акт. пробл. держ. упр.* 2005. № 3(26). Х., 2005. с. 179-186.
2. Туляков В. О. Кримінальне право сьогодення: ренесанс моделі сталого розвитку *Вісник Асоціації кримінального права України*, 2014, № 2(3)
URL: http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/visnik_yg/3/1.pdf
3. Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. 20 с.
4. Оборотов Ю. М. Теорія держави і права (прагматичний курс): Екзаменаційний довідник Одеса: Юридична література, 2005. 184 с.