

значення покарання, додавши до неї формальну складову. Це обумовлює надзвичайну актуальність проблематики порівняльного дослідження систем призначення покарання, оскільки аналіз досвіду реформування відповідної системи у США дозволить уникнути можливих помилок при подальшому вдосконаленні вітчизняного кримінального законодавства.

Література

1. Неспомышляя Т. В. Назначение уголовного наказания: теория, практика, перспективы. — С.Пб.: Юрид. центр Пресс, 2006. — 779 с.
2. Древнерусское государство и право / Под ред. Т. Е. Повицкой. — М., 1998.
3. Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. — М., 2000.
4. Criminal Justice and Public Order Act 1994 // www.uklaws.org/acts_uk/document72/index.htm
5. Мидор Дж. Д. Суды в Сполучених Штатах. — Сент-Пол, 1991. — 125 с.
6. U.S. Sentencing Commission, Supplementary Report on the Initial Sentencing Guidelines and Policy Statements. — Washington, DC, 1987.

УДК 343.151:340.142

О. С. Кузембаев

ПРЕЦЕДЕНТНИЙ ХАРАКТЕР СУДОВИХ РІШЕНЬ У СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Українська правова система на законодавчому рівні не визнає обов'язковості судових та інших правозастовчих прецедентів. У вітчизняній доктрині проблема прецедентного права є однією з самих складних і спірних. Необхідність в обговоренні ролі судового прецеденту в кримінальному праві існує не тільки на теоретичному рівні, того вимагає й практика.

Так суди, здійснюючи судочинство, конкретизують і деталізують загальні норми, розкривають зміст оціночних правових понять і створюють правоположення — прообраз повноцінної норми. Це тим більше важливо, що в умовах демократичної державності неможливо відмовляти у правосудді (наприклад, через відсутність або неповноту закону). Значення судової практики визначається тим, що вона виступає як орієнтир, як приклад для вирішення конкретних, аналогічних справ. У цьому випадку вона впливає на створення не тільки судової політики, але і принципів права, вдосконалювання законодавства, тобто має певне правотворче значення. Необхідність прецедентів, хоча і з деякими обмеженнями, викликана динамізмом суспільних відносин, недостатністю типового законодавчого регулювання, наявністю прогалин, колізій, дефектів у праві.

Про необхідність впровадження судового прецеденту для реформування правової системи України висловлювались такі вітчизняні науковці: М. І. Козюбра, В. О. Котюк, Д. В. Кухнюк, Д. В. Кирилук, Л. А. Луць, Б. В. Малишев, М. І. Мельник, В. О. Навроцький, В. Т. Нор, А. О. Селіванов, М. І. Сірий, С. В. Шевчук, Г. Г. Шмельова, В. І. Шишкін та інші.

Науковці, які не підтримують необхідність визнання прецедентного характеру рішень суду (В. С. Нерсисянц, Е. А. Прохорова, Б. П. Спасів, В. В. Тарасова та інші), висловлюються, що це є підміна законодавчої влади владою судовою. Свою точку зору останні мотивують тим, що, по-перше, визнання судової практики як джерела права суперечить конституційно визнаному і закріпленому принципу поділу влади; по-друге, визнання судової практики джерелом права суперечило б, з одного боку, чинній Конституції України, а з іншого — вступало би в конфлікт із правотворчою діяльністю Верховної Ради України. Але судові правоположення створюються суддями тільки на підставі вже чинних норм і правових принципів. Ці правоположення не можуть суперечити існуючим. Нарешті, існують певні обмеження суддівської правотворчості, що передбачені законом.

Аналіз змісту ряду підписаних Україною міжнародно-правих документів дозволяє зробити висновок про можливість визнання в ролі джерела права прецедентів, створених Європейським судом з прав людини. Згідно зі ст. 46 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод, рішення Європейського суду є обов'язковими для держав — учасниць Конвенції. При цьому Україна офіційно визнала юрисдикцію Європейського суду з питань тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї. Тобто важливі кроки у напрямі закріплення законодавцем надання судовим рішенням статусу прецеденту вже існують: прийнято закони від 12 грудня 2005 р. № 3262-IV «Про доступ до судових рішень» і від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». Згідно з останнім суди зобов'язані застосовувати при розгляді справ Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерела права.

Про визнання рішень суду та їх застосування з кримінально-правових питань свідчить те, що вони стали частиною права. А отже, українським судам необхідно враховувати у своїй діяльності прецедентну практику Європейського суду з прав людини, що законодавчо закріплено.

Ще одним чинником у перевазі надання рішенням суду прецедентного характеру є те, що згідно з Конституцією України Верховний Суд України не має права законодавчої ініціативи (ст. 93 Конституції України).

Згідно з ст. 24 Конституції України усі рівні перед законом і судом. Всі громадяни незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання або інших обставин мають право на рівний судовий захист своїх прав і законних інтересів. Це означає, що до кожного випадку, розглянутого судом, закон повинен бути застосований у тому же змісті, в якому він був застосований до іншої однорідної справи.

Необхідно відзначити, що особливе місце в юридичній науці посідає дискусія про правову природу постанов Пленуму Верховного Суду України. Постанови видаються з метою однакового застосування судами норм права. В Кримінальному кодексі України, наприклад, ніде не розкривається визначення деяких понять (наприклад, «особлива жорстокість»). Розкриття подібних понять

дається в постановах Пленуму Верховного Суду України, що носять характер розширювального тлумачення.

Зараз встановлено чинним Законом від 7 лютого 2002 р. № 3018-III «Про судоустрій України» (ч. 2 ст. 47), що роз'яснення питань застосування чинного законодавства виконує Верховний Суд України, яке здійснюється на підставі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики. Від часу прийняття закону до підготовки узагальнення судової практики минає щонайменше один рік. Як правило, узагальнення має загальний і рекомендаційний, а не обов'язковий характер при вирішенні спорів і тому, на наш погляд, є неефективним правовим засобом. Це пов'язано з тим, що прецедентне право повинно формуватися у результаті розгляду Верховним Судом України конкретної справи, а не встановлюється як результат абстрактних узагальнень судової практики щодо певної категорії справ. Ця специфіка (від конкретного до загального) пов'язана з професійним обов'язком суддів здійснювати правосуддя, що передбачає також обов'язкову вмотивованість та обґрунтованість судових рішень.

Намагання добитися єдності судової практики шляхом надання роз'яснень з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та прийняття постанов Пленумом Верховного Суду, як це передбачено чинним Законом «Про судоустрій України», на нашу думку, є не тільки безперспективними, але й, за думкою Б. М. Пошва, «стає свого роду бар'єром у євроінтеграційних прагненнях України» [2, 21]. Загальний (абстрактний) характер постанов Пленуму без зв'язку їх з фактичними обставинами справи нагадує акти правотворчості.

Зазначимо ще на один чинник, який вказує на відсутність ефективності постанов Пленуму Верховного Суду України. У висновку CDL (2001)046 Венеціанської комісії щодо одного з проектів Закону «Про судоустрій України», в якому комісія спеціально порушила питання про природу рішень Пленуму Верховного Суду України щодо порядку застосування законодавства України, зазначено, що «Пленум, для того аби забезпечити однаковість судової практики, дає судам рекомендації та роз'яснення щодо застосування законодавства, яке регулює правовідносини в межах їх юрисдикції. Ця процедура являє собою позасудовий захід, який виходить за межі звичайного судового провадження та має характер адміністративної постанови щодо рішень, які прийматимуться судами. Це враження породжує ряд сумнівів, і такий захід не повинен використовуватись демократичною державою, в якій діє принцип верховенства права».

Судова практика є дуже суперечливою, розвивається без належного спрямування, оскільки роз'яснення Верховного Суду України мають рекомендаційний характер, а тлумачення, яке дає Пленум Верховного Суду України щодо вирішення певної категорії справ, часто не є правилом для всіх судів, а найчастіше виступає заходом адміністративного примусу на суддю.

Крім того, існують приклади непослідовності та неоднаковості висловлених у постановах Пленуму Верховного Суду України розумінь кримінально-правових явищ, пов'язаних з рекомендаціями щодо кваліфікації тих чи інших діянь.

Одним з таких є кримінально-правова думка щодо визнання особи співвиконавцем, яка не вчинила і не мала наміру вчинити дії, передбачені ст. ст. 152 та 153 КК. У теорії кримінального права і на практиці не викликає сумнівів те, що положення, передбачені у п. 9 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статеві свободи та статеві недоторканності особи», носять абсурдний характер щодо визнання дії особи, яка не вчинила і не мала наміру вчинити статевий акт чи задоволення статевої пристрасті неприродним способом, але безпосередньо застосовувала фізичне насильство, погрожувала його застосуванням чи довела потерпілу особу до безпорадного стану шляхом уведення в її організм проти її волі наркотичних засобів, психотропних, отруйних, сильнодіючих речовин з метою згвалтування її чи вчинення щодо неї насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом іншою особою, повинні розглядатися як співвиконавство у цьому злочині. Викладене тлумачення стає у суперечність з диспозиціями ст. ст. 152, 153 КК України, де вказано, що такі дії повинні вчинюватися із застосуванням насильства, або погрозою його застосування.

Заперечуючи можливість керуватися прецедентом при кваліфікації, окремі науковці, практичні працівники стверджують, що навіть двох однакових кримінальних справ не буває, кожна з них індивідуальна. Це дійсно так, оскільки змінюються час і місце вчинення діяння, потерпілі, суб'єкти, інші конкретні обставини вчинення посягання. Однак не можна заперечувати й того, що є справи типові, які не відрізняються за тими ознаками, що визначають кримінально-правову кваліфікацію вчиненого. Безсумнівно, що в усіх таких справах необхідно приймати однакові рішення.

Можливість використання прецеденту базується на презумпції правильності кваліфікації злочинів, зафіксованої в процесуальних документах, що набрали законної сили. Немає жодних логічних чи юридичних підстав не використовувати попереднє правильне рішення в ході розгляду аналогічної нової справи, і, навпаки, відмова від використання прецеденту при кваліфікації може призвести до суперечливих рішень, відсутності єдиного підходу при оцінці подібних випадків.

Прецедент має бути орієнтиром при вирішенні інших кримінальних справ, які розглядаються судами за таких умов:

- попередню кваліфікацію не змінено і не скасовано;
- фактичні обставини обох справ є аналогічними;
- не змінився кримінальний закон та інші нормативні акти, які є додатковими підставами кваліфікації;
- не запроваджено нових правил застосування правових норм.

Слід зазначити, що у Кримінальному кодексі України не містяться вказівки ні на принципи, ні на правила кваліфікації злочинів. Особливо це пов'язано з випадками колізії кримінально-правових норм — це таке співвідношення між двома чи більше нормами, коли вони спрямовані на регламентацію одного і того ж питання, але по-різному його вирішують. Тому застосування однієї норми виключає застосування іншої з кількох норм, які перебувають у колізії,

слід визначити якусь одну, яка є чинною. Слід визначити, що колізія — це явище, яке характеризує законодавство, а не право.

Коло випадків, коли посягання передбачене одночасно кількома кримінально-правовими нормами, доволі широке. Серед колізій у кримінальному праві науковці виділяють:

1) між положеннями Конституції України та статтями КК України (ст. 39 Конституції України щодо ст. 293 КК України про участь рядових учасників у групових діях, що призвели до грубого порушення громадського порядку); ч. 1 ст. 63 Конституції України щодо ст. 385 КК України про відмову свідка давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї або близьких родичів, коло яких визначається законом та інше);

2) між статтями КК України та іншими законами (таких випадків більш ніж досить, та які змістовно проаналізовані у працях В. О. Навроцького [1, 107]);

3) між окремими положеннями самого КК України (ч. 6 ст. 27 КК щодо ч. 1 ст. 256 КК України про те, що в Особливій частині КК передбачена відповідальність за випадок, який виходить за межі переліку, визначеного статтею Загальної частини КК, а саме щодо відповідальності за заздалегідь не обіцяне приховання злочину лише за ст. ст. 198, 396 КК; ч. 4 ст. 28 КК щодо ч. 1 ст. 255 КК, ст. 257 КК про те, що в Загальній частині наявність злочинної організації пов'язується з метою вчинення кількох злочинів, тяжких або особливо тяжких, а в Особливій — одного, тяжкого або особливо тяжкого, та інше.

Існування цих та інших колізій, які існують у кримінальному праві, пов'язано з тим, що існують певні труднощі, обумовлені тим, що, по-перше, в КК України немає правил, які б визначали порядок правозастосування та кваліфікації злочинів, по-друге, існуючі роз'яснення пленуму Верховного Суду України суперечать загальноновизнаним і апробованій часом усталеній судовій практиці.

Тому перед судами постає питання самостійно закріплювати та визначати і правила кваліфікації, і правила конкуренції та додання колізій в кримінальному праві шляхом надання прецедентного характеру рішенням суду, спираючись при застосуванні Кримінального кодексу України на аналогію права, побудовану на загальноновизнаних та прийнятних принципах права, що містяться у Кримінальному кодексі України і передбачені в Конституції України та інших нормативно-правових актах та нормах міжнародного права (у відповідності до ч. 1 ст. 3 КК). Саме на аналогію права, а не на аналогію закону повинна спиратися касаційна інстанція суду при винесенні ухвал касаційного суду.

Тому вважаємо за необхідне визначити, що при виникненні ситуації, коли певний спір не має прийнятної аналогії, то суддя з огляду на встановлені фактичні обставини і правовий характер спору діє з позицій верховенства природних прав і свобод особи і, вирішуючи конкретний спір, тим самим заповнює прогалину в законі, створюючи прецедент, шляхом його відображення у прийнятому рішенні з конкретної справи.

Таким чином, пропонуємо внести зміни до самої Конституції України у наданні Верховному Суду України як касаційній інстанції права застосовувати аналогію права при вирішенні кримінальних справ, пов'язаних з роз'яснен-

ням, тлумаченням або з'ясуванням положень, понять та інших не пов'язаних з застосуванням закону про кримінальну відповідальність понять, які не стосуються визначення злочинності діяння, а також його караності.

Також додатково слід передбачити в Кримінальному кодексі України, що при застосуванні закону про кримінальну відповідальність аналогія права можлива лише в тій частині, яка не стосується визначення злочинності діяння, а також його караності та інших кримінально-правових наслідків, у зв'язку з тим, що злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки Кримінальним кодексом України.

Слід зазначити, що сучасний КК України містить також деякі прогалини, які можуть бути успішно вирішені самою судовою практикою без посилання на норми Кримінального кодексу, і хоча «злочинність діяння, а також його караність й інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки чинним кодексом» за ст. 2 КК України, це не утримує суддів від однакового застосування кримінального закону в правозастосовчій діяльності та відправленні правосуддя. Одним з таких кримінально-правових інститутів, які не в повній мірі розтлумачені у межах застосування, — це застосування таких заходів безпеки (не у вигляді кримінального покарання), як спеціальна конфіскація, вилучення та знищення товарів, примусове лікування, примусові заходи виховного характеру щодо неповнолітніх.

Спеціальна конфіскація передбачена Особливою частиною Кримінального кодексу України: ч. 1, 2 ст. 176, ч. 1, 2 ст. 177, ч. 1, 2 ст. 201, ч. 1, 2, 3 ст. 204, ст. 208, ч. 1 ст. 209, ч. 2 ст. 216, ч. 2 ст. 240, ч. 1, 2 ст. 244, ст. 246, ч. 1, 2 ст. 248, ч. 1, 2 ст. 249, ч. 1, 2, 3 ст. 300, ч. 1, 2 ст. 301, ч. 1, 2, 3 ст. 305, ч. 1, 2 ст. 332, ст. 334. Але слід звернути увагу на те, що застосування таких заходів безпеки, як спеціальна конфіскація, вилучення та знищення предметів, які передбачені санкціями норм Особливої частини КК України, не врегульовано Загальною частиною кримінального закону, що вимушує правозастосовчі органи застосовувати їх, по суті, за аналогією застосування кримінального покарання, хоча за правовою природою вони різні.

Отже, в Україні існує потреба у судових прецедентах як джерелах права і легалізацію прецеденту можна і потрібно супроводжувати введенням умов, за яких він може визнаватися обов'язковим. Такими умовами є, по-перше, публікація рішень, які заслуговують на те, щоб виступати як приклад при вирішенні аналогічних справ. По-друге, це запровадження норми про те, що опубліковані рішення з конкретних справ, принаймні рішення Верховного Суду України, є обов'язковими при вирішенні інших аналогічних справ. По-третє, при наданні прецедентного характеру судовим рішенням не повинно ставитись за мету заперечення авторитету закону, оскільки його правова цінність як засобу правового регулювання є незаперечною.

Стосовно вирішення питання про те, чи буде будь-яке рішення такого суду мати силу прецеденту, тобто норми, обов'язкової для всіх інших судів і для всіх суб'єктів правовідносин, або суд, який уповноважений формулювати прецеденти, повинен спеціальною постановою вказувати, що дане рішення має силу

прецеденту, вважаємо, що для початку Верховний Суд України повинен спеціальними постановами або спеціальними «пунктами» в ухвалах та рішеннях вказувати, що даний акт має силу прецеденту. Згодом, якщо в цьому відпаде потреба внаслідок виробленої практики, від такої формальності можливо буде відмовитись.

Таким чином, аналіз української правової системи дозволяє зробити висновок про те, що деякі судові рішення перетворились до прецедентів і вже є джерелом у кримінальному праві. Необхідно підтримати думку тих дослідників, які пропонують офіційно включити прецедент до системи джерел українського права. Це означає — дати суддям можливість офіційно посилатися у своїх рішеннях на прецедент Верховного Суду України. Таким чином, це дозволяє дійти висновку, що за рішеннями суду касаційної інстанції необхідно визнати прецедентний характер. Проте чи зможе прецедент органічно влитися в українську правову систему, покаже час.

Література

1. Навроцький В. О. Міжгалузеві і внутрігалузеві колізії та їх подолання в ході правозастосування // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: щорічний бюлетень Київського інституту внутрішніх справ. — К., 2004. — № 9. — С. 106–118.
2. Пошва Б. М. Судовий прецедент: проблеми запровадження в Україні // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 9. — С. 16–22.

УДК 343.2.01:165.731

Д. О. Балобанова

АКСЕОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ТЕОРІЇ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ

Теорія кримінального права за своїм змістом є соціально-правовою, тому вона повинна відповідати трьом умовам: 1) положення, які її становлять, повинні знаходити своє обґрунтування у реальному житті; 2) її соціальний контекст повинен знаходитися у відповідності з іншими науками, пов'язаними з вивченням закономірностей того ж об'єкта, у даному випадку — людської поведінки; 3) сама теорія повинна пропонувати науково обґрунтовані засоби та способи для досягнення соціально значущих цілей.

Цій проблематиці були присвячені роботи Г. З. Анашкіна, А. Д. Антонова, І. М. Гальперіна, О. А. Герцензона, П. С. Дагеля, Г. А. Злобіна, С. Г. Келіної, О. І. Коробєєва, В. М. Кудрявцева, Н. Ф. Кузнецової, П. А. Фефелова, О. М. Яковлева.

З точки зору кримінально-правової науки людську поведінку можна поділити на дві групи: поведінка злочинна та незлочинна, при цьому незлочинною є будь-яка, яка прямо не названа злочином у кримінальному законі. Однак може з'явитися помилкове враження, що межа між злочинною та незлочин-