



**Є.О. Мірошніченко,**  
суддя першого кваліфікаційного класу у відставці

#### Summary

The author considers acute problems related to application of Art. 70 part 4 while inflicting punishment under cumulative offences with simultaneous enforcement of two sentences with regard to one person. Some proposals to improve practice of laws using in this sphere are made

## Призначення покарання в порядку, передбаченому ч. 4 ст. 70 Кримінального кодексу України: окремі аспекти

З прийняттям 5 квітня 2001 р. Кримінального кодексу України (далі — КК) дослідження проблем, що виникають при призначенні покарання, стало надзвичайно актуальним, оскільки це пов'язано із забезпеченням прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина.

Цій темі присвячені наукові праці багатьох вчених, зокрема, М.Д. Шаргородського, М.І. Бажанова, В.І. Тютюгіна, В.І. Ткаченка, Ю.М. Юшкова та ін. Однак окремі питання недостатньо досліджені, що ускладнює застосування ст. 70 КК, призводить до змін або скасування вироків.

**В нормах Особливої частини КК відповідальність винних індивідуалізується залежно від обставин, які зменшують або збільшують небезпечність злочину**

При вирішенні будь-яких питань кримінального права, у тому числі й призначенні покарання, вважається аксіоматичним обов'язкове дотримання принципів загальної теорії права, притаманних усім галузям права. Крім того, кримінальне право (як самостійна галузь права, що складається із закону про кримінальну відповідальність, науки кримінального права, судової практики з кримінальних справ)<sup>1</sup> базується на таких специфічних лише для нього принципах: законності, вини, особистої відповідальності, індивідуальної кримінальної відповідальності і покарання<sup>2</sup>. При цьому останній принцип передбачає призначення покарання з урахуванням характеру і ступеня тяжкості вчинення злочину, особи винного, конкретних обставин справи, обставин, що пом'якшують і обтяжують покарання.

Фактично, на цьому принципі, закріпленому у ст. 65 КК, ґрунтується Загальна частина КК, адже тією або іншою мірою він відображений у ст. 9, ч. 2 ст. 20, статтях 33—35, ч. 3 ст. 43, статтях 44—49, ч. 2 ст. 64, статтях 66—71 цього Кодексу і багатьох інших. Він закріплений і в нормах Особливої частини КК, у яких відповідальність винних індивідуалізується залежно від обставин, що зменшують або збільшують небезпечність злочину (привілейовані злочини — див. наприклад, статті 116—118 КК;

<sup>1</sup> Див.: Пинаєв А. А. Уголовное право Украины: Общая часть. — X., 2005. — С. 20.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 21, 24.

кваліфіковані або особливо кваліфіковані склади злочинів — частини 2, 3 ст. 185, ч. 2 ст. 115 КК)<sup>3</sup>.

Якщо порушується хоча б один із принципів кримінального права, то руйнуються окремі елементи відповідної структури, а в кінцевому результаті — рішення суду містить помилку.

З метою забезпечення правильного застосування законодавства, запобігання помилок у діяльності судів при розгляді кримінальних справ Пленум Верховного Суду України в постанові від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами покарання» (із змінами станом на 6 листопада 2009 р.; далі — Постанова Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7) рекомендує судам додержуватися вимог закону стосовно загальних засад призначення покарання, оскільки саме через ці засади реалізуються принципи законності, справедливості, обґрунтованості та індивідуалізації покарання<sup>4</sup>.

Безумовно, положення зазначеної вище Постанови сприяють правильному вирішенню судами питань, пов'язаних із призначенням покарання. До її тексту постійно звертаються судді, прокурори, адвокати, інші юристи, зацікавлені особи.

**Якщо порушується хоча б один із принципів кримінального права, то руйнуються окремі елементи відповідної структури, а в кінцевому результаті — рішення суду містить помилку**

Водночас привертає увагу положення п. 23 цієї Постанови, де йдеться про те, що коли особа, звільнена від покарання з випробуванням (ст. 75 КК), вчинила до постановлення цього вироку ще й інший злочин, за який вона засуджується вдруге до покарання, пов'язаного з необхідністю його реального виконання, то застосування правил поглинення, часткового чи повного складання призначених покарань не допускається. У таких випадках кожен вирок повинен виконуватися самостійно.

Однак суди першої, апеляційної та касаційної інстанцій неоднозначно вирішують справи в подібних ситуаціях.

Наприклад, Апеляційний суд Донецької області засудив К. за пунктами 6, 13 ч. 2 ст. 115 КК до 15 років позбавлення волі з конфіскацією всього майна, яке є його власністю, за ч. 4 ст. 187 КК до 12 років позбавлення волі з конфіскацією всього майна, яке є його власністю, а на підставі ч. 1 ст. 70 КК за сукупністю злочинів призначив покарання у виді 15 років позбавлення волі з конфіскацією всього майна, яке є його власністю. Цей же суд на підставі ч. 4 ст. 70 КК призначив покарання шляхом поглинення покарання, призначеного К. Костянтинівським міськрайонним судом Донецької області вироком від 6 травня 2005 р.

у виді одного року шести місяців позбавлення волі, й остаточно призначив покарання — 15 років позбавлення волі з конфіскацією всього майна, яке є власністю засудженого.

Судова палата у кримінальних справах та Військова колегія Верховного Суду України від 3 жовтня 2008 р. клопотання прокурора задовольнила частково і відзначила, що апеляційний суд при призначенні покарання К. безпідставно призначив покарання шляхом поглинення покарання, призначеного Костянтинівським міськрайонним судом Донецької області вироком від 6 травня 2005 р., оскільки таке рішення суду не узгоджується з роз'ясненнями п. 23 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7, адже особа, звільнена від відбування покарання з випробуванням, вчинила до постановлення першого вироку інший злочин, за який вона вже засуджена до покарання, що належить відбувати реально. За таких умов кожен вирок повинен виконуватися самостійно. Проте вирок апеляційного суду в цій частині не був скасований, оскільки в даному випадку це погіршило би становище засудженого, що згідно з ч. 2 ст. 400<sup>4</sup> Кримінально-процесуального кодексу Украї-

ни (далі — КПК) не допускається. Вирок апеляційного суду щодо К. був змінений — з вироку виключено рішення суду про застосування до К. додаткового покарання у виді конфіскації

майна, оскільки на момент вчинення злочинів К. був неповнолітнім. У решті вирок залишено без змін<sup>5</sup>.

Наведемо інший приклад.

Харківський районний суд Харківської області вироком від 31 травня 2006 р. засудив Г. (раніше засудженого вироком від 5 червня 2002 р.) за ч. 2 ст. 289 КК до п'яти років позбавлення волі та відповідно до ч. 4 ст. 70 КК за сукупністю злочинів остаточно призначив покарання у виді п'яти років позбавлення волі. В апеляційному порядку справа не переглядалася<sup>6</sup>.

Г. визнано винним у тому, що 5 травня 2002 р. він, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, незаконно заволодів мотоциклом вартістю 1 тис. 200 грн, що належав потерпілому С. У касаційному поданні прокурор порушив питання про зміну вироку, посилаючись на неправильне застосування кримінального закону. Суд касаційної інстанції визнав висновки суду про винність Г. у вчиненні злочину та кваліфікації його дій за ч. 2 ст. 289 КК такими, що відповідають дослідженим доказам. Покарання Г. за вчинення цього злочину призначено відповідно до вимог ст. 65 КК. Разом з тим, суд касаційної інстанції відзначив, що при призначенні Г. остаточного покарання за сукупністю злочинів місцевий суд не вра-

<sup>3</sup> Див.: Судова практика. — 2008. — № 9-10. — С. 95—97.

<sup>4</sup> Див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За заг. ред. М.О. Потебенька, В.Г. Гончаренка. — К., 2001. — С. 310.

<sup>5</sup> Див.: Судова практика. — 2008. — № 9-10. — С. 95—97.

<sup>6</sup> Див.: Вісник Верховного Суду України. — 2007. — № 5. — С. 19.

хував роз'яснень, які містяться у п. 23 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7.

Із матеріалів справи вбачається, що вироком від 5 червня 2002 р. Г. був засуджений до трьох років позбавлення волі та на підставі ст. 75 КК звільнений від відбування покарання з дворічним іспитовим строком.

Передбачений ч. 2 ст. 289 КК злочин, за вчинення якого Г. засуджений вироком від 31 травня 2006 р. до покарання, що належить відбувати реально, він вчинив 5 травня 2002 р., тобто до засудження його за попереднім вироком. У зв'язку з цим колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України вирок від 31 травня 2006 р. змінила: виключила з нього рішення про призначення Г. остаточного покарання на підставі ч. 4 ст. 70 КК; постановила вважати Г. засудженим за ч. 2 ст. 289 КК до п'яти років позбавлення волі і виконувати цей вирок самостійно. У решті вирок залишено без змін. Такі приклади в судовій практиці непоодинокі.

Виникає питання — чи не суперечить положення п. 23 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7 вимогам закону — ч. 4 ст. 70, ст. 65 КК? До речі, аналогічне положення містилося й у п. 15 попередньої постанови Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 1995 р. № 22, яка втратила чинність.

Статтями 70, 71, 103 КК передбачено постановлення одного кінцевого вироку. Йдеться про призначення остаточного покарання за сукупністю злочинів (ст. 70 цього Кодексу) та призначення остаточного покарання за сукупністю вироків (ст. 71).

Це правило діє і в інших випадках, коли після постановлення вироку у справі встановлено, що засуджений винен ще і в іншому злочині, вчиненому ним до постановлення попереднього вироку. В цьому разі до строку остаточного призначеного покарання зараховується покарання, відбуте повністю або частково за попереднім вироком, як це передбачено частинами 1—3 статей 70, 72 КК, так звана «розірвана сукупність злочинів»<sup>7</sup>. Тобто суд враховує строк призначеного покарання за першим вироком незалежно від того, яку його частину особа відбула або не відбула при призначенні остаточного покарання. Далі від призначеного покарання віднімається його відбута частина, якщо таке мало місце. Як висновок — перший (попередній) вирок стає юридично незначущим, він не має кримінально-правових наслідків, а вирок є один — останній, яким і призначається покарання за сукупністю злочинів. Припустимо, що у наведеному прикладі стосовно засудженого Г. за першим вироком був застосований такий запобіжний захід, як взяття під варту (ст. 155 КПК), і Г. пе-

ребував в ув'язненні в слідчому ізоляторі один рік. За таких обставин на підставі ч. 4 ст. 70 КК обов'язково належить зарахувати реально відбуте покарання за попереднім вироком. Тобто в таких випадках не може діяти правило, за яким кожен вирок виконується самостійно, оскільки це погіршує становище засудженого (не зараховано відбуте покарання).

**У разі призначення покарання в максимальних межах, встановлених санкціями статей за злочини середньої тяжкості, особа засуджується згідно з правилами призначення покарання за сукупністю не злочинів, а вироків (ст. 71 КК), що суперечить закону — ст. 70 КК**

Логічно вважати — виконання двох вироків самостійно за таких умов означатиме, що покарання, призначене за кожним вироком, відбувається окремо, з чіткою визначеною змістом резолютивної (постановчої) частини вироку. За відсутністю цього не можна вважати конкретний вирок виконаним самостійно.

Розгляньмо випадки, коли не можна виконати самостійно кожен вирок.

1. Наприклад, особа засуджена до п'яти років позбавлення волі із застосуванням ст. 75 КК та звільнена від відбування покарання з випробуванням і встановленням трирічного іспитового строку з покладенням на неї обов'язків відповідно до вимог ст. 76 КК. Ця особа до постановлення вироку в першій справі вчинила інший злочин, за який засуджена до двох років позбавлення волі реально. Відбула покарання, але до закінчення іспитового строку за першим вироком не виконує покладених на неї обов'язків або систематично вчинює правопорушення, що призводять до адміністративних стягнень і свідчать про її небажання стати на шлях виправлення, а тому має бути направлена для відбування призначеного покарання (ч. 2 ст. 78 КК) у виді п'яти років позбавлення волі. Якщо обидва вирок виконувати самостійно, то особа фактично відбуде покарання у виді семи років позбавлення волі. За таких умов необхідно звернутися до вимог закону — ч. 4 ст. 70 КК, зарахувавши відбуте покарання за другим вироком. Тобто самостійне виконання обох вироків веде до порушення принципу призначення справедливого покарання. Крім того, у разі призначення покарання в максимальних межах, встановлених санкціями статей за злочини середньої тяжкості, особа засуджується згідно з правилами призначення покарання за сукупністю не злочинів, а вироків (ст. 71 КК), що також суперечить тому ж закону — ст. 70 КК.

2. Наприклад, особа засуджена до трьох років позбавлення волі із застосуванням ст. 75 КК та звільнена від відбування покарання з випробуванням і встановленням трирічного іспитового строку

<sup>7</sup> Див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За заг. ред. М.О. Потебенька, В.Г. Гончаренка. — К., 2001. — С. 310.



з покладенням на неї обов'язків відповідно до вимог ст. 76 КК. Потім встановлено, що ця особа до постановлення вироку в першій справі вчинила інший злочин, за який засуджена до двох років позбавлення волі реально. У місцях позбавлення волі знову вчинила умисний злочин і їй призначено за цей злочин покарання у виді двох років шести місяців позбавлення волі. Виконати самостійно вирок у першій справі неможливо, оскільки відповідно до ч. 3 ст. 78 КК у разі вчинення засудженим протягом іспитового строку нового злочину суд призначає йому покарання за правилами, передбаченими статтями 71, 72 КК. За таких обставин, всупереч п. 23 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7, належить спочатку призначити покарання засудженій особі (інший варіант виключається) за першим та другим вирояками за сукупністю злочинів (ч. 4 ст. 70 КК), адже законом не передбачено, де особа після постановлення вироку в першій справі вчинила новий злочин — у місцях позбавлення волі або ні. Потім відповідно до ч. 5 ст. 71 КК суд мусить призначити покарання за сукупністю вироків. Тобто ігнорування вимог закону — виконання вироку в першій справі самостійно — призводить до порушення принципу, що стосується неправильного застосування кримінального закону про призначення покарання та його відбування.

3. Наприклад, особа засуджена до трьох років позбавлення волі із застосуванням ст. 75 КК та звільнена від відбування покарання з випробуванням і встановленням трирічного іспитового строку з покладенням на неї обов'язків відповідно до ст. 76 КК. Згодом ця ж особа засуджена до двох років позбавлення волі реально за злочин, вчинений нею до постановлення вироку в першій справі. Після відбуття половини строку покарання до неї застосовано умовно-дострокове звільнення від відбування покарання. У період невідбутої частини покарання, а також у період умовного звільнення від відбування покарання за вирояком у першій справі ця особа вчинила новий злочин, за який їй призначено покарання у виді двох років шести місяців позбавлення волі.

Вважається, що за правилами, передбаченими ч. 4 ст. 70 КК, вирішити питання, які наведені в цій ситуації, просто. А розв'язати ці питання, дотримуючись рекомендації п. 23 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7, фактично неможливо.

Вище зазначено, що засуджена особа за другим вирояком умовно-достроково звільнена від відбування покарання на один рік (ст. 81 КК), а також звільнена від відбування покарання з випробуванням з трирічним іспитовим строком, і в період іспитових (випробувань) строків вчинила новий злочин, за який їй призначено покарання у виді двох років шести місяців позбавлення волі. Виникає запитання: яким чином і в якому порядку їй належить

призначити покарання? Як у такому випадку складати невідбуто покарання за вирояком у першій та за вирояком у другій справах? Відповіді немає, є лише проблема, вирішення якої у п. 23 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7 не пропонується.

Її вирішення лежить у площині вимог ч. 4 ст. 70 КК. Ця норма не містить винятків і чітко регламентує порядок призначення покарання за сукупністю злочинів, а не вироків. При цьому вирок у першій справі належить розглядати в плані призначення покарання за злочин на конкретну дату розгляду справи, а вважати дане покарання призначене вирояком у повному розумінні цього терміна немає правових підстав, оскільки вирок має бути один — за сукупністю злочинів (ст. 70 КК). Лише цей вирок отримує статус, пов'язаний з інститутом судимості, іншими правовими наслідками. Сам же факт застосування ст. 75 КК у такому випадку є не покаранням, а лише умовою — випробуванням, яке за нововиявленими обставинами логічно втрачає сенс. Однак за певних умов з урахуванням тяжкості злочинів, особи винного та інших даних справи суд може дійти висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання реально, оскільки мова йде про інститут сукупності злочинів, а не сукупності вироків (за сукупності вироків, передбаченої ст. 71 КК, звільнення від відбування покарання не рекомендується — пункти 10, 11 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7). Навіть у випадках, коли вирок у першій справі виконаний, то вирок у другій справі має містити це положення, яке мотивується, і вирішується питання про відсутність так званої «судимості», пов'язаної з першою справою.

#### **Положення ч. 4 ст. 70 КК уможливує застосування інституту судимості**

По-перше, в Постанові Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7 не вирішено питання, коли при застосуванні ст. 75 КК засудженій особі крім основного покарання призначено додаткове, наприклад, позбавлення права обіймати певні посади, яке обчислюється та виконується з моменту набрання вирояком законної сили — ч. 3 ст. 55, ст. 77 КК. Потім встановлено, що ця особа засуджується до покарання, яке належить відбувати реально, за злочин, вчинений нею до постановлення вироку в першій справі. Водночас, при додержанні вимог закону — ч. 4 ст. 70 КК, цієї проблеми не існує.

По-друге, у п. 23 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7 рекомендується, що у разі, коли особа, яку було звільнено від відбування покарання з випробуванням, вчинила до постановлення вироку в першій справі інший злочин, за який вона засуджується до покарання, що належить відбувати реально, застосування принципів поглинення, часткового чи повного складання призначених покарань не до-

пускається, і кожен вирок виконується самостійно. Чому саме не допускається, у цій Постанові не зазначено. З положень ч. 2 зазначеного вище пункту Постанови вбачається, що кожен із вироків має юридичні наслідки. З огляду на це винну особу можна вважати двічі судимою. А за певних обставин (у разі вчинення нового умисного злочину особою, яка має судимість за умисний злочин) мова може йти про рецидив злочину — ст. 34 КК. Тобто положення ч. 4 ст. 70 КК уможлиблює застосування інституту судимості. У свою чергу, рецидив злочинів враховується при кваліфікації злочинів (наприклад, особливо кваліфікований склад такого злочину, як хуліганство, передбачає відповідальність особи, раніше судимої за хуліганство — ч. 3 ст. 296 КК), призначенні покарання та є обставиною, що обтяжує покарання (п. 1 ч. 1 ст. 67 КК). Пунктом «б» ст. 7 Закону від 12 грудня 2008 р. № 660-VI «Про амністію» передбачено, що не застосовується амністія до осіб, які мають дві та більше судимості. Судимості можуть впливати на обрання засудженому виду кримінально-виконавчої установи (ст. 63 КК). Визнання самостійного виконання двох вироків викликає ще й проблему щодо строків погашення судимості (ст. 89 КК) та зняття судимостей (ст. 91).

Існує також проблема, пов'язана з виконанням першого вироку. Якщо, відбуваючи покарання за другим вироком у виді позбавлення волі, засуджений порушує режим, на нього накладаються стягнення (статті 132, 133 Кримінально-виконавчого кодексу України), що свідчить про його небажання стати на шлях виправлення. У цій ситуації відповідно до ч. 2 ст. 78 КК суд повинен направити засудженого відбувати призначене покарання за першим вироком. Яким чином можна за таких обставин виконувати одночасно самостійно два вирокі? На це питання в п. 23 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7 відповіді також немає. Тобто і це положення не узгоджується зі змістом ст. 70 КК.

По-третє, у справі стосовно К., засудженого Апеляційним судом Донецької області (див. вище), Верховний Суд України зазначив, що суд першої інстанції на підставі ч. 4 ст. 70 КК призначив покарання шляхом поглинення покарання, призначеного вироком Костянтинівського міськрайонного суду Донецької області, що суперечить роз'ясненням, які містяться у п. 23 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7. І як висновок констатував — скасувати вирок апеляційного суду в цій частині неможливо, оскільки виконання кожного вироку самостійно у такому випадку буде погіршувати становище засудженого К. Верховний Суд України навпаки своїм рішенням за схожих обставин постановив кожен вирок виконувати самостійно (хоч воно і погіршує становище засудженого з огляду на попереднє рішення Верховного Суду у справі К.).

Дійсно, самостійне виконання двох вироків погіршує становище засудженого і є порушенням вимог ч. 4 ст. 70 КК, оскільки ця норма передбачає лише остаточне покарання за двома (або більше) вирокими.

Уявляється, що коли особа у першій справі засуджена із застосуванням ст. 75 КК і надалі звільнена судом від призначеного покарання (ч. 1 ст. 78 КК), то у другій справі суд може постановити вирок, призначивши остаточне покарання тільки за сукупністю злочинів (а за певних обставин — з повторним застосуванням ст. 75 КК і одночасно зі звільненням особи від призначеного покарання). Таке рішення не буде суперечити ч. 4 ст. 70 КК, оскільки до остаточного призначеного строку покарання за сукупністю злочинів буде зараховане покарання, відбуване за вироком у першій справі.

**Не можна погіршувати становище винної особи через неспроможність державних органів швидко і повно розкрити злочин**

Однією з особливостей ч. 4 ст. 70 КК є те, що держава в особі її правоохоронних органів зобов'язана своєчасно розкрити злочин і притягти обвинуваченого до відповідальності. Якщо своєчасно з різних причин виконати це не вдалося і виникла ситуація, коли засуджений винен також ще й в іншому злочині, вчиненому ним до постановлення першого вироку, то стосовно винної особи належить застосувати в усіх випадках правило призначення остаточного покарання за сукупністю злочинів, а питання про виконання покарання паралельно двох вироків (як рекомендується у п. 23 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7) є дискусійним. Тобто не можна погіршувати становище винної особи через неспроможність державних органів швидко і повно розкрити злочин (ст. 2 КПК).

І останнє, ч. 4 ст. 70 КК відсилає до частин 1—3 цієї норми — правил призначення покарання за сукупністю злочинів при єдиному вирокі. Причому в ч. 2 зазначено — якщо хоча б за один із вчинених злочинів призначено довічне позбавлення волі, то остаточне покарання за сукупністю злочинів визначається шляхом поглинення **будь-яких** менш суворих покарань довічним позбавленням волі. Тобто закон ще раз відзначає, що за таких обставин, за свідчених при розкритті цієї теми, виконання паралельно і самостійно двох вироків втрачає сенс.

Таким чином, положення ч. 2 п. 23 Постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7 в чинній редакції, на наш погляд, не узгоджуються з вимогами ч. 4 ст. 70 КК та принципами права, і при призначенні покарання виникають труднощі. Ця проблема потребує подальшого дослідження та обговорення, зокрема, на сторінках журналу «Вісник Верховного Суду України».



**Д.Б. Юровський,**  
юридичний радник голови  
Спілки підприємців малих,  
середніх і приватизованих  
підприємств України

*Summary*  
The article deals with the  
issue of using practice of the  
European Court of Human  
Rights in administration  
of justice by the courts of  
Ukraine, rules of practice  
using and correspondence  
of the Court's practice with  
legislative norms of Ukraine

## До питання застосування судами України практики Європейського суду з прав людини

З ратифікацією Україною 17 липня 1997 р. Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція) склалася доволі незвична ситуація для вітчизняних правників (зважаючи на позитивістську правову систему і відповідну традицію, яка панувала впродовж тривалого часу на теренах нашої держави): якщо раніше вони керувалися лише вимогами національного права — законодавства, зокрема Конституції України, підзаконних актів, — то з моменту набуття Конвенцією чинності мали враховувати і її положення. Законодавче закріплення положень міжнародного права в українському правовому полі цим не обмежилось: у 2005 р. було прийнято Кодекс адміністративного судочинства України (далі — КАС), а 23 лютого 2006 р. Верховна Рада ухвалила Закон № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (далі — Закон № 3477-IV). Ці нормативні акти містять правові норми щодо застосування судової практики Європейського суду з прав людини (далі — Європейський суд), правила посилання на Конвенцію та практику Європейського суду. Згідно з пунктами 1, 2 ст. 8 КАС: «1. Суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

2. Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського Суду з прав людини».

**Практика Європейського суду, яка набула в Україні юридичного статусу джерела права, є тільки однією з двох частин «практики Суду», другою є практика Європейської комісії з прав людини**

У Законі № 3477-IV вперше в Україні було нормативно закріплене поняття «практика Суду», що визначалося як «практика Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини» (п. 1 ст. 1 Закону № 3477-IV). На зазначене поняття є кілька посилань у тексті цього Закону, зокрема у п. 1 ст. 17: «Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права»; у ст. 18, де встановлено порядок посилання на Конвенцію та практику Європейського суду. Таким чином, практика Європейського суду, яка набула в Україні юридичного статусу джерела права<sup>1</sup>, є тільки однією з двох частин «практики Суду», другою є практика Європейської комісії з прав людини. Ці законодавчі норми, які імплементують практику Європейського суду до національного правового поля, безумовно, надзвичайно важливі з точки зору інтеграції у світове співтовариство, приведення національного законо-

<sup>1</sup> Було покладено край герменевтичним дискусіям про те, чим є рішення Європейського суду: «джерелом права» чи «джерелом тлумачення права».

давства у відповідність до європейських стандартів, розширення впливу європейської правової традиції. Їх тлумачення дасть змогу визначити чіткий та недвозначний порядок застосування практики Європейського суду при здійсненні судочинства судами України, особливо враховуючи те, що судова практика України в цьому питанні не є усталеною.

Варто зазначити, що вітчизняні науковці приділяють достатньо уваги цим питанням: у 2002 р. вийшла праця П.М. Рабіновича у співавторстві з Н.М. Радановичем<sup>2</sup>, присвячена загальнотеоретичним аспектам. Голова Верховного Суду України у відставці В.Т. Маляренко та суддя Європейського суду з прав людини В.Г. Буткевич дійшли таких висновків: «Суди зобов'язані застосовувати у своїй діяльності Конвенцію ... орієнтуватися на рішення Суду і враховувати ці рішення з того чи іншого питання під час розгляду певної категорії справ»<sup>3</sup>. Вагомий внесок у розв'язання проблеми зробили М.І. Козюбра<sup>4</sup> та В.П. Паліюк<sup>5</sup>, висвітливши основні принципи застосування судами рішень Європейського суду. На їхніх наукових працях ґрунтується наше дослідження.

З набуттям чинності Законом № 3477-IV деякі аспекти загальної проблеми були вирішені (наприклад, щодо обставин, за яких суди можуть посилалися на рішення Європейського суду)<sup>6</sup>, натомість виникли інші спірні питання, а саме:

– всі рішення Європейського суду стосуються судової практики, яка є джерелом права в Україні, чи лише обмежений певними критеріями їх обсяг (рішення щодо України; рішення, які офіційно перекладені державною мовою України тощо);

– рішення Європейського суду застосовуються до всіх правовідносин, що виникають між суб'єктами права в Україні, чи до окремого кола правовідносин, яке обмежується певними критеріями (правовідносин, що виникають у зв'язку з порушенням прав людини і основоположних свобод тощо);

– яким чином мають розв'язуватися можливі колізії між рішеннями Європейського суду і нормами законодавства України;

– що слід з'ясувати при застосуванні рішень Європейського суду до певних правовідносин;

– питання щодо перекладу рішень Європейського суду українською мовою.

Вирішення цих питань є надзвичайно важливим завданням як з точки зору розвитку теорії української правової науки в галузі конституційного права, так і з практичних міркувань застосування рішень Європейського суду в Україні.

Згідно із загальнотеоретичними засадами правової науки будь-яка правова норма потребує тлумачення. У теорії права виділяють кілька способів тлумачення: філологічне, системне, історико-політичне, логічне, спеціально-юридичне. Найбільш об'єктивним вважають системний спосіб тлумачення<sup>7</sup>. Застосовуємо його до п. 1 ст. 17 Закону № 3477-IV.

**Суди України дискреційно визначають ті рішення Європейського суду, які підлягають застосуванню, коло правовідносин між суб'єктами права України, щодо яких застосовуються рішення, інші питання порядку застосування цієї практики**

Зробимо невеличкий екскурс до історії застосування рішень Європейського суду судами України — для розуміння того, наскільки питання є нагальним та як до нього слід ставитись правникам. Вважається, що вперше рішення Європейського суду (справа «Лінгенс проти Австрії»<sup>8</sup>) як джерело права було застосоване в Україні 7 червня 2000 р.<sup>9</sup> Застосування практики Європейського суду після набуття чинності КАС і особливо Законом № 3477-IV поширилось у відправленні правосуддя судами України всіх рівнів та спеціалізацій: зокрема, у рішенні Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 17 червня 2009 р.<sup>10</sup> про захист гідності, честі й ділової репутації та відшкодування моральної шкоди; у постанові Вищого господарського суду України від 7 липня 2008 р. у справі № 20/100-25/575 про повернення речі за договором позички; в ухвалі Київського апеляційного адміністративного суду від 3 вересня 2009 р. у справі № 2-а-5985/08 про оскарження Постанови Верховної Ради від 5 червня 2009 р. № 1477-VI «Про звільнення Єханурова Ю.І. з посади Міністра оборони України»; у рішенні Господарського суду Донецької області від 16 лютого 2009 р. у справі № 44/11 про зобов'язання здійснити банківську операцію з переказу грошових коштів тощо.

Правила застосування практики Європейського суду в Україні висвітлені судовими органа-

<sup>2</sup> Див.: Рабінович П.М., Раданович Н.М. Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації (загальнотеоретичні аспекти). — Л., 2002. — 192 с.

<sup>3</sup> Маляренко В.Т., Буткевич В.Г. Європейський суд з прав людини та українське судочинство: питання взаємодії // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 4. — С. 8.

<sup>4</sup> Див.: Козюбра М.І. Принцип верховенства права та права людини. — К., 2009. — С.218.

<sup>5</sup> Див.: Паліюк В.П. Застосування судами України Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. — К., 2004. — 264 с.

<sup>6</sup> Див.: Паліюк В.П. Чи можуть судді України у своїх рішеннях посилалися на рішення Європейського суду з прав людини // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — К., 2005. — № 3. — С. 23.

<sup>7</sup> Див.: Скакун О.Ф. Теорія держави і права. — Х., 2001. — С. 406.

<sup>8</sup> Тут і далі переклад автора з англійської мови. Case of Lingens v. Austria, Application no. 9815/82, Date of Reference 13.12.1984, Date of Judgment 08.07.1986. Тут і далі судові рішення Європейського суду наводяться мовою оригіналу за даними пошукового порталу HUDOC Європейського суду з прав людини (<http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>).

<sup>9</sup> Див.: Паліюк В.П. Застосування судами України Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. — С. 148.

<sup>10</sup> Тут і далі судові рішення наводяться за даними Єдиного державного реєстру судових рішень України (<http://www.reyestr.court.gov.ua>).



ми у роз'ясненнях з питань застосування законодавства: так, у п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 р. № 2 «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції» передбачено застосування при здійсненні цивільного судочинства Закону № 3477-IV. Судді Верховного Суду України звертають особливу увагу на важливість цього положення<sup>11</sup>. У п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 р. № 14 «Про судові рішення у цивільній справі» (далі — постанова Пленуму від 18 грудня 2009 р. № 14) йдеться про посилення у разі необхідності на Конвенцію і рішення Європейського суду у цивільному судочинстві. У п. 1 постанови Пленуму Вищого адміністративного суду України від 25 червня 2009 р. № 1 «Про судову практику розгляду спорів щодо статусу біженця, видворення іноземця чи особи без громадянства з України та спорів, пов'язаних із перебуванням іноземця та особи без громадянства в Україні» передбачено застосування ст. 17 Закону № 3477-IV в адміністративному судочинстві. В інформаційних листах Вищого господарського суду України (п. 1 листа від 25 вересня 2006 р. № 01-8/2152 та п. 2 листа від 24 липня 2008 р. № 01-8/451) зазначено: «Господарським судам у здійсненні судочинства зі справ, віднесених до їх підвідомчості, слід застосовувати судові рішення та ухвали Суду з будь-якої справи, що перебувала в його провадженні». Отже, немає сумнівів у тому, що судова практика Європейського суду фактично застосовується судами України при здійсненні судочинства. Слід звернути увагу, що при цьому суди України дискреційно визначають ті рішення Європейського суду, які підлягають застосуванню, коло правовідносин між суб'єктами права України, щодо яких застосовуються рішення, інші питання порядку застосування цієї практики.

**Конвенція не є комплексом правових норм, які підлягають застосуванню, а є емерджентною сукупністю принципів (правових і моральних), які формалізувались у словесних виразах як відбиття ідеї верховенства та захисту прав людини і основоположних свобод**

Тепер роз'яснимо важливий для надання відповіді на поставлені питання аспект: що саме являють собою Конвенція і рішення Європейського суду — розкриємо його у правових категоріях та через понятійний апарат, які використовуються українськими правниками. Насамперед звернімось до роз'яснень судових органів: згідно з п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 31 березня

1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» Конвенція — це міжнародний договір, який відповідно до ст. 9 Конституції підлягає застосуванню при розгляді справ судами на рівні із національним законодавством. Практика Європейського суду складається із судових рішень, ухвалених з 1950 р. (рік заснування Європейського суду) за поданими до нього скаргами. Рішення Європейського суду є водночас: і судовим актом (рішенням), в якому Європейський суд за поданими доказами, на підставі дослідження матеріалів справи констатує порушення Конвенції або їх відсутність і приймає рішення про захист прав скаржника; і актом правотворення, в якому Європейський суд створює нові норми права на підставі Конвенції та протоколів до неї, попередніх своїх рішень, що здійснюється за визначеними самим Європейським судом правилами.

Конвенція не є комплексом правових норм, які підлягають застосуванню, а є емерджентною сукупністю принципів (правових і моральних), які формалізувались у словесних виразах як відбиття ідеї верховенства та захисту прав людини і основоположних свобод. Отже, її не можна розділити на окремі норми. На підставі Конвенції як органічно цілого правового акта Європейський суд сам творить право<sup>12</sup>. В окремих рішеннях Європейського суду з цього приводу зазначено: «...при тлумаченні Конвенція розглядається як єдине ціле, а не як сукупність окремих норм, що тлумачаться...»<sup>13</sup>.

Європейський суд приймає рішення за правилами прецедентного права, які також слід сприймати скоріше як принципи, ніж як чіткі норми. Суддя Європейського суду, екс-голова Конституційного Суду Російської Федерації В. Туманов так роз'яснює цей принцип: «При вирішенні конкретної справи Європейський суд, як правило, посилається на свої попередні рішення з цієї або близької категорії справ»<sup>14</sup>. Слід зауважити, що Європейський суд не обмежений своїми попередніми рішеннями і може відступати від них. Так, С. Шевчук, посилаючись на один із прецедентів Європейського суду, зазначає: «Європейський суд формально не зобов'язаний слідувати своїм попереднім рішенням, однак це в інтересах правової визначеності, передбачуваності та рівності перед правом не відступати без відповідних причин від прецедентів, визначених у попередніх

<sup>11</sup> Див.: Ярема А.Г. Лупеник Д.Д. Належна судова процедура — важлива складова доступності правосуддя у цивільних справах // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 8. — С. 13.

<sup>12</sup> Див.: Головатий С. Нові можливості щодо захисту прав людини в Україні // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 1999. — № 1. — С. 11; Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини. — К., 2002. — С. 98.

<sup>13</sup> Case of Spjorring and Lonroth v. Sweden, Application no. 7151/75, 7152/75, Date of Reference 10.03.1981, Date of Judgment 23.09.1982.

<sup>14</sup> Туманов В.А. Европейский суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. — М., 2001. — С. 104.



рішеннях ... якщо остаточний висновок суду щодо конкретної справи відрізняється від попередньої судової практики, що склалась, Європейський суд завжди зазначає причини та наводить аргументи, що обґрунтовують зміну його позиції»<sup>15</sup>. Приймаючи рішення, Європейський суд застосовує принцип «*ratio decidendi*» («підстава для вирішення») при з'ясуванні питання про те, на які норми права слід спиратись при ухваленні рішення: тобто щодо кожного рішення має бути обґрунтування — чому саме цей, а не інший прецедент із попередньої практики Європейський суд застосовує до правовідносин, що є предметом розгляду.

З огляду на викладене вище доходимо висновку, що немає підстав вважати судові рішення Європейського суду похідними нормами від норм міжнародного договору (Конвенції), оскільки останній не складається із окремих і чітко визначених законодавчих норм, а є єдиною і неподільною сукупністю принципів захисту прав людини й основоположних свобод (словесним втіленням ідеї).

Тепер перейдемо безпосередньо до розв'язання питань, які було поставлено на початку дослідження. Згідно зі ст. 147 Основного Закону нашої держави єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні є Конституційний Суд України, який, крім іншого, вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів (і національних, і іноземних, і міжнародних) Конституції і дає офіційне тлумачення Конституції та законів України. Поняття «право» й «законодавство», якому, зокрема, Конституційний Суд дав тлумачення у Рішенні від 9 липня 1998 р. № 12-рп/98, не є рівнозначними. Отже, не є рівнозначними й поняття «джерело законодавства» й «джерело права». Слід зауважити, що у ч. 3 ст. 129 Конституції закладено «принцип законності» як одну з основних засад відправлення правосуддя. Щодо визначення поняття «джерело законодавства» питань не виникає: згідно зі ст. 75 Конституції «єдиним законодавчим органом в Україні є парламент — Верховна Рада України». Офіційне тлумачення цієї правовій нормі дав Конституційний Суд України у Рішенні від 17 жовтня 2002 р. № 17-рп/2002. А от щодо визначення понять «право», «джерело права» серед науковців немає спільної точки зору. Відомий дослідник цього питання А.О. Селіванов зазначає: «У державі має існувати і створювати право тільки єдиний законодавчий орган — Верховна Рада України»<sup>16</sup>. При цьому він не заперечує існування і застосування в

Україні міжнародного права: «Прецедентне право Європейського суду є особливим джерелом права України»<sup>17</sup>. На думку ж інших науковців, право — це сукупність створених та охоронюваних державою норм<sup>18</sup>. Вони, зокрема, зауважують, що джерел права може бути кілька: «Правова система кожної держави має свою специфіку ... особливий характер, різні види джерел права»<sup>19</sup>. Українські юристи-практики неодноразово звертали увагу на актуальність питання кореспонденції та співвідношення права і законодавства в Україні (особливо з метою правозастосування у судочинстві)<sup>20</sup>, зазначаючи у своїх публікаціях, що воно й досі залишається остаточно не вирішеним.

**Немає підстав вважати судові рішення Європейського суду похідними нормами від норм міжнародного договору (Конвенції), оскільки останній не складається із окремих і чітко визначених законодавчих норм, а є єдиною і неподільною сукупністю принципів захисту прав людини й основоположних свобод (словесним втіленням ідеї)**

Звернімося до Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004, у п. 4.1 якого зазначено: «Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. ... Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом...». Оскільки рішення Європейського суду є правовими актами, тобто більш широким поняттям, ніж акти законодавчі, то і їх застосування у відправленні правосуддя в Україні має відбуватись із урахуванням цієї обставини. Щодо правил застосування норм законодавства і права судами у п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» зазначено: «Судам необхідно виходити з того, що нормативно-правові акти будь-якого державного чи іншого органу ... підлягають оцінці на відповідність як Конституції, так і закону. Якщо при розгляді справи буде встановлено, що нормативно-правовий акт, який підлягав застосуванню, не відповідає чи суперечить законові, суд зобов'язаний застосувати закон, який регулює ці правовідносини». А у постано-

<sup>17</sup> Селіванов А.О. Конституція. Громадянин. Суд. — К., 2009. — 348 с.

<sup>18</sup> Див.: Тацій В.Я. та ін. Правова система України: історія, стан та перспективи: В 5 т. — Х., 2008. — Т. 1. — С. 551.

<sup>19</sup> Там само. — С. 556.

<sup>20</sup> Див.: Шичкий І.Б. Судова влада у контексті розбудови правової держави // Право України. — 2009. — № 5. — С. 36—44; Портнов А.В. Принципи конституційного судочинства та їх правозастосування // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 9. — С. 34; Константиї О.В. Щодо проблеми реалізації принципу верховенства права у сфері діяльності судової влади в Україні // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 8. — С. 41—44.

<sup>15</sup> Шевчук С.В. Судовий захист прав людини. Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — К., 2006. — С. 54, 55.

<sup>16</sup> Селіванов А.О. Верховенство права в конституційному правосудді. — К., 2006. — С. 26.

ві Пленуму від 18 грудня 2009 р. № 14 наголошується: «Рішення суду як найважливіший акт правосуддя покликане забезпечити захист гарантованих Конституцією України прав і свобод людини та здійснення проголошеного Основним Законом України принципу верховенства права». Отже, конституційні принципи верховенства права та законності не суперечать один одному і обидва мають реалізовуватись у здійсненні судочинства.

***Рішення Європейського суду є джерелом права (як результат діяльності міжнародного органу правотворення) для української правової системи, а певні положення цих рішень — нормами права України разом з іншими (національними, іноземними, міжнародними) елементами вітчизняної правової системи***

Спираючись на законодавство України, рішення Конституційного Суду, роз'яснення судових органів, роботи провідних українських науковців, ми дійшли таких висновків. Оскільки Закон № 3477-IV та інші норми законодавства України не встановлюють обмежень щодо кількісного та предметного складу рішень Європейського суду, які застосовуються в Україні, не визначають будь-яких критеріїв їх застосування, то всі рішення цього суду, прийняті за час його існування, є джерелом права в Україні і мають застосовуватись при здійсненні судочинства до всіх правовідносин в Україні. Рішення Європейського суду є джерелом права (як результат діяльності міжнародного органу правотворення) для української правової системи, а певні положення цих рішень — нормами права України разом з іншими (національними, іноземними, міжнародними) елементами вітчизняної правової системи. Застосування рішень Європейського суду при здійсненні судочинства має відбуватись із урахуванням того, що у разі виявлення колізії між положеннями рішення цього суду і нормами відповідного чинного закону України застосуванню підлягає закон. До того ж, рішення

Європейського суду при здійсненні судочинства застосовуються із додержанням вимог відповідних процесуальних норм, визначених у процесуальних кодексах, та роз'яснень вищого судового органу, викладених у постановах Пленуму Верховного Суду України (насамперед у постанові Пленуму Верховного Суду України від 29 грудня 1976 р. № 11 «Про судові рішення» (зі змінами та доповненнями) та у постанові Пленуму від 18 грудня 2009 р. № 14), судових органів вищих спеціалізованих судів, вищих органів суддівського самоврядування. Таким чином, при застосуванні певного рішення Європейського суду має бути (крім іншого) визначено: чи відповідає рішення Європейського суду обсягу правовідносин, до яких його застосовують; чи є ці правовідносини предметом регулювання чинних законодавчих актів України; чому застосовується саме цей правовий акт. Слід послатись лише на певні рішення Європейського суду, а не на його практику в цілому.

При застосуванні рішення Європейського суду також слід встановити, чи є переклад українською офіційним або автентичним. Необхідно враховувати можливі розбіжності між оригіналом рішення Європейського суду (англійською чи французькою мовами) і перекладом українською. Якщо застосовується рішення, яке не має офіційного перекладу на державну мову, слід мати підтвердження автентичності перекладу.

Невизначеним залишається й питання можливої колізії між рішеннями Європейського суду (коли правова позиція цього суду з одного й того самого питання в одному рішенні не збігається з правовою позицією в іншому), що може ускладнити їх застосування при здійсненні судочинства судами України. Розв'язання цього питання є перспективним для подальших розвідок українських науковців.