



*О.В. Капліна, канд. юрид. наук, доцент,
зав. кафедри кримінального процесу
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

УДК 343.11

ПРАВОТВОРЧА РОЛЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Зміна місця й ролі судової влади в державі настійливо вимагає переоцінки ролі судової практики й актів тлумачення, що виносяться судами. Тому останнім часом великого теоретичного й практичного значення набувають питання, чи може мати суд правотворчі повноваження, чи може судова практика судів загальної юрисдикції бути джерелом права і до якого саме виду джерел права її слід віднести.

У зв'язку з необхідністю відповіді на них слід зазначити, що проблема судової правотворчості не є новою для юридичної науки, проте за останнє десятиліття суттєво змінилися підходи до її розв'язання. Усе різноманіття думок науковців і практиків із цього приводу можна систематизувати й об'єднати в 3

групи. Представники першої дотримуються думки, що судова практика незалежно від форм її вираження джерелом права бути не може [26, с. 29-36]. Друга група вчених висловлює протилежну точку зору, вважаючи, що судова практика, вміщаючи результати діяльності нижчестоящих судів, у повному обсязі є джерелом права, а суд – його творцем [Див.: 16, с. 23; 25, с. 229]. Прихильники третьої точки зору намагаються знайти щось середнє між категоричними твердженнями перших 2-х груп учених, вважаючи, що судова практика – джерело права, але тільки в тій частині, у якій вона відбивається в актах тлумачення Верховного Суду України [Див.: 15, с. 20-22; 6, с. 78; 23, с. 16; 27].

Розглянемо всі ці точки зору. Тривалий час доктрина радянського права виходила з того, що соціалістичні судові органи здійснюють правосуддя як одну з форм застосування закону, не пов'язану з правотворчими повноваженнями суду при вирішенні конкретних справ, що соціалістичні держави не знають такого джерела права, як судовий прецедент, який вимагає відступати від основ законності й підриває роль представницьких органів держави в законодавчій діяльності. Вважалося, що суд, у тому числі й вищої інстанції, не може створювати норм права, а уповноважений тільки їх застосовувати [Див.: 14, с. 325; 9, с. 176-185; 20, с. 37]. Такі підходи науковців відповідали своєму часу й «духу епохи». Але й зараз можна назвати процесуалістів (С.А. Авокян, С.К. Загайнова, Н.А. Комарова, Р.Х. Ільясов, В.З. Лукашевич, Т.Г. Морщакова, В.С. Нерсисянц, В.В. Тарасова), які послідовно обстоюють точку зору, що в країні романо-германської системи права суд не може бути творцем права, а здійснює виключно провозагосовну й правотлумачну діяльність, що судове тлумачення вищих судів нічим не відрізняється від наукового (доктринального) і зовсім не є обов'язковим для судів нижчої інстанції. На їх думку, такий підхід зумовлено конституційною

концепцією правової державності, а також конституційною регламентацією принципу поділу влади [Див.: 7, с. 158; 10, с. 37; 18, с. 34-42; 24, с. 47].

В.С. Нерсисянц підкреслює, що суд, який діє в пострадянській правовій ситуації (хоча ще й у нерозвиненій) і керується юридичним типом праворозуміння, у процесі трактування закону з позицій права шукає і знаходить ту належну правову норму, яку слід застосувати в конкретному випадку. Але цю необхідну й правомірну свободу суду (його право й обов'язок) у процесі пошуку належної правової норми, перевірки правової якості закону тощо ніяк не можна змішувати із суддівською правотворчістю. Суд не творить право, він відправляє правосуддя, тобто судить і вирішує по праву, не «законодавствує й не управляє», а застосовує право. Суддівська ж правотворчість – це небезпечний симбіоз судді й законодавця в одній особі [19, с. 110, 112].

Водночас думки про те, що судову практику все ж таки слід визнати джерелом права, висловлювалися правознавцями вже в період побудови й функціонування радянської системи правосуддя. Так, С.Ф. Кечек'ян ще в 1928 р. зазначав, що, намагаючись дати закону роз'яснення, що впливає із соціальної його мети, суддя неминуче не раз

ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ

стає на шлях правотворчості. Остання ж є обмеженою, проте, дуже тісними межами: суддя не вільно творить нове право на свій розсуд, а, швидше, лише формулює і знаходить право, яке вже наявне в суспільстві й уже відбилося в суспільних відносинах, що склалися [11, с. 49]. Точку зору, що судова практика повинна отримати визнання як одне з джерел права, висловлював у 1947 р. й С.Й. Вільнянський [4, с. 244].

Зазначимо, що такий, можна сказати, «ліберальний» підхід превалював у юридичній літературі 20-50-х років ХХ ст. і змінився різкою критикою, що була віддзеркаленням політичного курсу на стабілізацію законодавства, на відмежування диспозитивного методу регулювання від імперативного, на звуження кола джерел права. У загальній теорії права відбулося розмежування правотворчості, тлумачення норм права та їх застосування як специфічних видів діяльності. У світлі таких політичних і доктринальних перетворень судова практика, зокрема Верховного Суду, почала традиційно розглядатися як втілення досвіду судового правозастосування, і вважатися позбавленою яких-небудь нормотворчих повноважень. З метою усунення виниклої суперечності між існуючими доктринальними

настановами й реальними, прикладними аспектами цієї проблеми і для подолання парадоксальної ситуації, за якої, незважаючи на очевидні прогалини законодавства, судова практика мала можливість заповнити їх шляхом нормативного тлумачення, не будучи, проте, джерелом права, учені робили спроби наділити судові тлумачення рисами конкретизуючої нормотворчості або правоположень практики [Див.: 1, с. 95-101; 3, с. 11,12, 16,17; 12, с. 82; 13, с. 189-194].

Отже, перш ніж зробити остаточні висновки, необхідно визначити, чи можливо взагалі до кола джерел права віднести які-небудь акти, що приймаються органами судової влади. Пошук відповіді на поставлене питання викликає потребу в проведенні наступного порівняльного дослідження. Традиційно виділяються такі ознаки, що характеризують нормативність актів органів державної влади: (1) формальна визначеність, (2) спеціальна, встановлена законом, процедура ухвалення, (3) публічність, (4) ухвалення їх компетентним органом держави, (5) загальнообов'язковість, (6) наділення вищою юридичною силою, (7) забезпечення державним примусом, (8) неперсоніфікованість, (9) ухвалення їх з метою регулювання типових повторю-

ваних суспільних відносин, (10) багаторазове їх подальше застосування [Див.: 2, с. 26, 27; 8, с. 296-298; 17, с. 204, 205].

Проаналізуємо вказані ознаки стосовно актів легального нормативного й казуального правозастосовного судового тлумачення. Перша – формальна визначеність – указує на специфічну форму закріплення параметрів акта, що приймається, на спосіб вираження й закріплення вираженої в ньому волі. Результати процесу судового роз'яснення об'єктивуються зовні у формі юридичних документів (актів правозастосовного тлумачення). У кримінальному процесі до них належать перш за все вироки, ухвали, постанови. У кримінально-процесуальному законодавстві закріплені чіткі вимоги до актів, що виносяться судами, – як до їх форми, так і до змісту. Однаковою мірою закон указує й на процедуру ухвалення судового акта (друга ознака), недотримання якої спричиняє незаконність останнього, а також викликає інші процесуальні наслідки.

Що стосується третьої складової ознаки – публічності (йдеться про офіційне оприлюднення), то одним з принципів кримінального процесу є його гласність, відповідно до якої передбачається публічне оголошення всіх ухвалюваних рішень

(ст. 20, ч. 3 ст. 273, ст. 341 КПК). Наприклад, оголошення вироку суду дозволяє ознайомитися з ним особам, присутнім у залі судового засідання, засудженому або виправданому вручається копія вироку суду (ст. 344 КПК). Крім того, за Законом України від 22 грудня 2005 р. «Про доступ до судових рішень» [5; 2006. – №15. – Ст. 128] з метою забезпечення відкритості діяльності судів загальної юрисдикції, прогнозованості судових рішень і сприяння однаковому застосуванню законодавства, в Україні створюється Єдиний державний реєстр судових рішень. Особа, яка не бере (не брала) участі у справі, якщо судові рішення безпосередньо стосується її прав, свобод, інтересів чи обов'язків, може звернутися до апарату відповідного суду з обґрунтованою письмовою заявою про надання можливості ознайомитися із судовим рішенням (ст. 9).

Проте такого оголошення або ознайомлення недостатньо для акта, що претендує на роль джерела права. Адже ознайомитися з ним повинно невизначене коло суб'єктів через офіційне опублікування, якому підлягають в офіційному друкованому органі Верховного Суду України постанови Пленуму Верховного Суду України з розглянутих ним питань (ч. 8 ст. 55 Закону України «Про

ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ

судоустрій України») [5; 2002. – № 27/28. – Ст. 180]. Верховний Суд також вивчає й узагальнює судову практику розгляду кримінальних справ, в результаті чого найбільш актуальні, важливі й авторитетні рішення з погляду їх законності, мотивованості й обґрунтованості публікуються в офіційному виданні – Віснику Верховного Суду України та в збірнику «Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах».

Згідно з наведеними вище ознаками, що характеризують нормативність актів органів державної влади, акт – джерело права – має прийматися компетентним органом держави. Дослідники, які не визнають судові акти джерелами права, наводять як аргумент, що будь-який державний орган може приймати акти, які є нормами права, лише за умови наділення його такими повноваженнями Конституцією України, проте суди такою функцією не наділені [19, с. 110]. Із цим важко погодитись, оскільки Основний Закон закріплює право кожного на захист судом його прав і свобод (ч. 1 ст. 55), а юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ч. 2 ст. 124). Право на судовий захист не може бути обмежено законом чи іншими нормативно-правовими актами. Ось чому відсутність

норми права не може бути підставою у відмові в правосудді. Правотворча діяльність суду і парламенту суттєво відрізняються, і вже через це перша не може ні підмінити другу, ні дублювати. На наше переконання, якщо законодавець визначає правову політику шляхом видання норм права, то суд, як представник однієї з гілок державної влади, повинен це робити власним саме йому способом.

Акт, що є джерелом права, наділений такою ознакою, як загальнообов'язковість, і має державно-владний характер, забезпечений державним примусом. За Конституцією (ч. 5 ст. 124), Законом «Про судоустрій України» (ст. 11) судові рішення ухвалюються судами ім'ям України і є обов'язковими для виконання на всій її території. Названа властивість судових рішень закріплена також у нормах галузевого законодавства (ст. 403 КПК). Умови й порядок виконання на території нашої держави судових рішень визначаються Законом України «Про виконавче провадження» [5; 1999. – № 24. – Ст. 207], а на території інших країн – міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою. За умисне невиконання судового рішення службовою особою законом встановлена кримінальна від-

повідальність (ст. 382 КК).

Відповідно до ст. 403 КПК вирок, ухвала, постанова суду, що набрали законної сили, є обов'язковими для всіх державних і громадських підприємств, установ та організацій, посадових осіб і громадян і підлягають виконанню на всій території України. Набрання вироком, ухвалою, постановою законної сили означає, що вони стають такими ж обов'язковими для виконання фізичними та юридичними особами, як і закон. Але важливо підкреслити, що обов'язковими для виконання вони стають щодо осіб, яких безпосередньо стосуються. Тому з точки зору загальнообов'язковості можна констатувати, що рішення місцевих судів джерелами права бути не можуть, оскільки стосуються справ приватної значущості, які мають суто індивідуальний, а не нормативний характер, не розраховані на багаторазовість застосування й обов'язкові лише для чітко окресленого кола осіб. Крім того, по одній категорії справ у судах першої інстанції можуть ухвалюватися взаємовиключні рішення, тому такі вирoki можуть бути скасовані судом апеляційної або касаційної інстанції. Приймаючи рішення по конкретній справі, суддя, зв'язаний конкретними обставинами й особами, при постановленні вироку керується

нормами не лише права, а й моралі – милосердям, справедливістю, сумлінністю. У зв'язку із цим судові рішення, прийняті по одній кримінальній справі, не можуть автоматично розглядатися як зразок для вирішення аналогічних справ іншими судами.

Загальнообов'язковий характер для судової практики мають постанови Пленуму Верховного Суду України. Верховний Суд України – найвищий судовий орган у системі судів загальної юрисдикції (ч. 2 ст. 125 Конституції, ч. 1 ст. 47 Закону «Про судoustрій України»), який не лише здійснює правосуддя, а й забезпечує однакове застосування законодавства всіма судами загальної юрисдикції. Одним із важелів такого впливу на суди загальної юрисдикції є постанови Пленуму Верховного Суду. Вони мають велике значення для забезпечення однакового розуміння законів, містять важливі принципи рекомендації з питань, що виникають при розгляді судових справ. Роз'яснення даються на підставі вивчення й узагальнення судової практики, аналізів судової статистики, які здійснюються в судових палатах Верховного Суду. Реалізація повноважень Пленуму з надання роз'яснень з питань судової практики впливає на формування судової практики всіх судів

ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ

загальної юрисдикції.

У самих постановах Верховний Суд неодноразово звертав увагу судів на необхідність урахування в їх діяльності положень чинних постанов його Пленуму, в яких даються рекомендації щодо правильного застосування законів при відправленні правосуддя [Див.: 21; 22], а також на те, що вони приймаються з метою забезпечення правильного й однакового застосування процесуального законодавства, положень кримінально-процесуального законодавства, що ще раз підкреслює обов'язковість їх урахування в судовій практиці.

Рішення суддів, що ігнорують сформульоване Пленумом положення, повинні бути скасовані вищестоящим судом у зв'язку з неправильним застосуванням закону, оскільки тлумачення останнього, подане в постановах Пленуму Верховного Суду України, є зразком правильного його розуміння.

Що стосується такої властивості правового акта, як неперсоніфікованість, тобто поширення дії на невизначене коло людей або на певну їх групу, а не на конкретну особу чи конкретний випадок, зазначимо, що рішення судів виносяться в конкретній справі, вирішують правовідносини, що склалися між певними суб'єктами права. Іншими словами, переважна

більшість рішень судів має індивідуалізований зміст, що зумовлює віднесення їх до актів казуального тлумачення норм права. Неперсоніфікованим характером наділені постанови Пленуму Верховного Суду України. Однак, незважаючи на те, що опублікована практика Верховного Суду стосується конкретних справ, має «персоніфікований характер», вона містить найбільш важливі й узагальнені висновки щодо тлумачення конкретної норми права, з'ясування смислу якої викликало в правозастосовників найбільші проблеми. Тому ці рішення є зразком для розуміння тлумаченої в них норми й можуть використовуватися в практиці судів багато разів при розгляді схожих справ і застосуванні такої норми кримінально-процесуального права.

Таким чином, проведене порівняння дозволяє зробити висновок, що судові акти можуть розглядатися як джерела права. Але до їх числа слід віднести тільки судові акти правозастосовного нормативного тлумачення, винесені Верховним Судом України, – постанови його Пленуму, а також опубліковану практику Верховного Суду України в конкретних справах.

Зробивши висновок, що судова практика може розглядатися як джерело права, необхідно відповісти на запитання,

яким саме джерелом вона може бути. Як вбачається, судову практику треба розглядати як судовий прецедент, створюючи який, суд не має права допустити ухвалення таких рішень, які змінювали б закон або суперечили йому. У вітчизняній правовій системі прецедент – це субсидіарне джерело права. Ось чому, навіть виносячи рішення, що містить нову норму, суд тільки заповнює прогалину в правовому регулюванні, орієнтує інші суди на однакове вирішення аналогічних справ або застосування розтлумачених норм, що виключає прийняття незаконних рішень. На відміну від нормативно-правового акта, судовий прецедент є одночасно і джерелом права, і правозастосовним актом.

Під судовим прецедентом слід розуміти вироблений судовою практикою й підтверджений авторитетом вищої судової інстанції держави, опублікований в офіційному друкованому органі Верховного Суду України зразок нормативного чи казуального тлумачення й роз'яснення норми права, який заповнює, доповнює або тимчасово замінює нормативне регулювання певних суспільних відносин і є обов'язковим

для застосування в аналогічних справах чи при застосуванні розтлумаченої норми права.

Як судовий прецедент у кримінальному процесі слід розглядати тільки (а) судову практику вищої судової інстанції – постанови Пленуму Верховного Суду України й (б) рішення по конкретних справах Верховного Суду України – ухвали колегії суддів Судової палати по кримінальних справах, а також колегії суддів Військової судової колегії Верховного Суду України, винесені ними при провадженні по перегляду вироків, постанов та ухвал судів (розділ IV КПК), а також при перегляді судових рішень у порядку виключного провадження (гл. 32 КПК). Судовим прецедентом указані акти стають за умови набрання ними законної сили, а також публікації їх в офіційному друкованому органі Верховного Суду України – Віснику Верховного Суду України, в офіційному виданні «Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах» або в іншому офіційному друкованому органі Верховного Суду України (ч. 8 ст. 55, ч. 3 ст. 57 Закону «Про судоустрій України»).

Список літератури: 1. Алексеев С.С. Проблемы теории права: Курс лекций: В 2-х т. – Свердловск: Свердловск. юрид. ин-т, 1973. – Т. 2: Нормативные юридические акты, применение права, юридическая наука (правоведение). – 401 с. 2. Бахрах Д.Н. Очерки теории российского права. – М.: НОРМА, 2008. – 288 с. 3. Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой сис-

ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ

теме / Под ред. С.Н. Братуся. – М.: Юрид. лит., 1975. – 328 с. **4. Вильнянский С. И.** Значение судебной практики в гражданском праве // Учен. тр. ВЮЮН. – Вып. IX. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1947. – С. 239-290. **5. Відомості Верховної Ради України.** **6. Жуйков В.М.** К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. – М.: Юристъ, 2000. – С. 78-90. **7. Загайнова С.К.** Судебный прецедент: проблемы правоприменения. – М.: НОРМА, 2002. – 176 с. **8. Загальна теорія держави і права: Підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / За ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина.** – Х.: Право, 2002. – 432 с. **9. Зивс С.Л.** Источники права. – М.: Наука, 1981. – 240 с. **10. Ильясов Р.Х.** Судебная практика Верховного Суда Российской Федерации в обеспечении прав личности в уголовном процессе : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. – М., 1998. – 237 с. **11. Кечекьян С.Ф.** О толковании закона судом // Право и жизнь. – 1928. – Кн. 1. – С. 46-49. **12. Курс советского уголовного процесса: Общ. ч. / Под ред. А.Д. Бойкова, И.И. Карлеца.** – М.: Юрид. лит., 1989. – 640 с. **13. Лебедев В.М.** Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. – СПб.: СПб. гос. ун-т; Лань, 2001. – 384 с. **14. Марксистско-ленинская общая теория государства и права: В 4-х т. – М. : Юрид. лит., 1973. – Т. 4: Социалистическое право. – 648 с. 5. Мартынчик Е., Колоколова Э.** Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Рос. юстиция. – 1994. – №12. – С. 20-25. **16. Морозова Л.А.** Еще раз о судебной практике как источнике права // Гос-во и право. – 2004. – № 1. – С. 19-23. **17. Морозова Л.А.** Теория государства и права: Учебник. – М.: Юристъ, 2004. – 414 с. **18. Нерсесянц В.С.** Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. – М.: Юристъ, 1997. – С. 34-42. **19. Нерсесянц В.С.** У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. – М.: Юристъ, 2000 – С. 107-112. **20. Петрухин И.Л.** Правосудие в системе государственных функций // Известия вузов: Правоведение. – 1983. – № 3. – С. 36-43. **21. Про незалежність судової влади: Пост. Пленуму Верхов. Суду України від 13.06.2007 р., № 8 // Вісн. Верхов. Суду України.** – 2007. – № 6. – С. 2-6. **22. Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина: Пост. Пленуму Верхов. Суду України від 30.05.1997 р., № 7 // Постанови Пленуму Верхов. Суду України. 1972-2002: Офіц. вид. / За заг. ред. В.Т. Маляренка.** – К.: Вид-во А.С.К., 2003. – С. 19-22. **23. Седукина О.Н.** К вопросу о нормотворческой деятельности высших судов России // Рос. судья. – 2004. – № 11. – С. 15-17. **24. Тарасова В.В.** Акты судебного толкования правовых норм: Юридическая природа и классификация. – Саратов: Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2002. – 152 с. **25. Тихомиров Ю.А., Котелевская И.В.** Правовые акты: Учеб.-практ. и справоч. пособ. – М.: Юринформцентр, 1999. – 381 с. **26. Тишкевич И.С.** Являются ли руководящие указания Пленума Верховного суда СССР источником права? // Сов. гос-во и право. – 1955. – № 6. – С. 29-36. **27. Ходунов М.С.** Судебная практика как источник права // Соц. законность. – 1956. – № 6. – С. 31-33.

Надійшла до редакції 29.12.2008 р.