

Орловська Н.А.

*Національна академія
Державної прикордонної
служби України імені
Богдана Хмельницького,
професор кафедри
кримінального права та
процесу, д.ю.н., професор*

Orlovskа N.A.

*National Academy of the
State Border Guard Service of
Ukraine named after Bogdan
Khmelnysky, Professor of the
Department of Criminal Law
and Process, D.Sc., Professor*

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИЗНАННЯ РІШЕНЬ ЄСПЛ ЯК СУДОВИХ ПРЕЦЕДЕНТІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Визначеність із питанням судового прецеденту у кримінальному праві сьогодні стає надзвичайно важливою, адже годі сподіватися на формування універсальних законодавчих приписів: позитивне право вимушено підходить до різних людей з однією міркою, тому воно не може охопити усі конфліктні ситуації, що мають місце в житті. На відміну від нормативних установлень судовий прецедент – це намагання максимально наблизити право (а не лише закон!) до потреб учасників правовідносин.

Прецедентом слід вважати досвід застосування законодавства, виражений у рішеннях вищих судових органів або судів, єдиних у своєму роді, по конкретних справах. Прецедентне рішення має відповідати низці ознак, серед яких, зокрема, формування та функціонування прецеденту на основі чинного законодавства, спрямованість на ліквідацію пробілів у праві та однакове тлумачення оцінних понять у законодавстві, писаний (офіційний) характер прецеденту тощо.

Важливо розрізнати правову позицію вищої судової інстанції та прецедент:

правова позиція – це зауваження суду щодо певної обставини/сукупності обставин у кримінальному провадженні (зокрема, правовою позицією можна вважати думку Пленуму Верховного Суду України, виражену у постанові від 06.04.2001 р. стосовно достовірності показань потерпілого та свідків);

прецедент містить правоположення - якісно нове правило у регулюванні відносин. Рішення стають правоположеннями, коли набувають обов'язкового характеру, забезпечуються авторитетом вищого судового

органу, його здатністю відмінити всі ті рішення, що суперечать цим право положенням (прикладом прецеденту можна вважати правоположення щодо специфіки встановлення малозначності, викладене у постанові Верховного Суду України у праві №5-221кс15 від 24.12.2015 р.). Окрім власне висновку відповідної судової інстанції, прецедентне значення мають доводи й обґрунтування, що містять відповідні правоположення.

У кримінальному праві переважно маємо справу з обов'язковим прецедентом тлумачення, який утворює правила правозастосування, що є обов'язковими при вирішенні всіх аналогічних справ. Ці правила є зобов'язальними приписами, які виступають невід'ємною частиною кримінально-правового регулювання.

Особливу увагу доцільно приділити питанню щодо прецедентного значення рішень ЄСПЛ.

Ратифікувавши Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та низки протоколів, Україна визнала обов'язковою юрисдикцію ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції. На підставі ст.17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 р. та практику ЄСПЛ як джерело права. Цей прямий припис не містить будь-яких галузевих виключень.

При цьому слід звернути увагу на два аспекти:

держави не можуть відмовитись від дотримання міжнародного договору на тій підставі, що він суперечить національному праву (ст.ст. 27, 46 Віденської конвенції про право міжнародних договорів). Обов'язкове врахування норм міжнародного права також впливає зі ст. 9 Конституції України та ч. 1 ст. 19 Закону «Про міжнародні договори України». Однак суди можуть враховувати лише ту прецедентну практику ЄСПЛ, яка не суперечить Конституції України (згідно ст.9 Конституції України укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України);

Оскільки Україна визнає юрисдикцію ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування ЄКПЛ, то обов'язковими для врахування є рішення не тільки щодо України, а й щодо інших держав.

Однак виникає питання у тому разі, коли рішення ЄСПЛ суперечать положенням кримінального законодавства у частині визнання певного діяння як злочинного, його караності, та інших обставин пов'язаних із кримінальною відповідальністю – чи є такі рішення прецедентами? якщо так, як вони співвідносяться з ч.3 ст.3 КК?

Вбачається, у таких випадках слід зважати на дві обставини:

1. ЄСПЛ постійно наголошує на необхідності зважати на специфічність, неповторність конкретної ситуації у різних державах, якщо вирішується питання про те, дотримано певне право або порушено, тобто Конвенція тлумачиться обов'язково у світлі актуальних умов сьогодення, тобто тих, які існують в конкретній державі на момент розгляду конкретної справи.

2. ЄСПЛ широко застосовує автономне тлумачення, яке полягає в тому, що ЄСПЛ не вважає обов'язковим для себе те значення, яке певний термін має в рамках правової системи окремої держави, що є стороною Конвенції. Прикладом можуть бути справи «Гурепка проти України», «Надточій проти України», «Корнев і Карпенко проти України», у яких термін «кримінальне правопорушення» ЄСПЛ застосував до адміністративних та митних деліктів. При цьому ЄСПЛ виходив з таких обставин як суворість правообмежень, яким було піддано особу («в силу суворості санкцій дана справа є кримінальною» - «Гурепка проти України», у якій йшлося про застосування до позивача адміністративного арешту терміном 7 діб), як системний зв'язок митного та кримінального права («в силу пов'язаності між собою митних та кримінальних правопорушень дана справа є кримінальною» - «Надточій проти України»).

Чи можна, з огляду на це, вважати, що ЄСПЛ суттєво розширив межі кримінально-правового регулювання як щодо кола правовідносин, які можуть бути об'єктами кримінально-правової охорони/об'єктами злочинів, так і щодо кола покарань? На наш погляд, ні. Акцент було зроблено на захисті прав людини та її основоположних свобод у тих сферах, які межують з кримінально-правовою за характером суспільної небезпечності правопорушень та суворістю правообмежень. Саме в силу наближеності до кримінально-правового регулювання, до способів кримінально-правового впливу в зазначених галузях особа, винна у вчиненні відповідних правопорушень, потребує додаткового захисту.

Іншими словами, у випадках, що наведені, рішення ЄСПЛ входять в джерельну базу адміністративного та митного, але не кримінального права.

Поряд із цим доречно поставити питання по тих випадках, коли прецедентне рішення ЄСПЛ просто не може бути застосоване національними судами. Для прикладу візьмемо рішення «Ласло Маг'яр проти Угорщини» (від 20.08.2014 р.), у якому зазначено, що довічно ув'язнений має право знати на самому початку свого строку, що він має робити для того, щоб стосовно нього було розглянуто питання про дострокове звільнен-

ня, за яких умов такий перегляд має бути здійснений, включаючи, коли він буде чи може бути здійснений. При цьому ЄСПЛ висловив сумнів у тому, що інститут президентського помилування сам по собі (якщо він не доповнений правом на умовно-дострокове звільнення) відповідає ст.3 Конвенції.

Але зрозуміло, що застосування у якості прецеденту такого рішення – взагалі не справа суду. На цьому наголошує ЄСПЛ, який у п.71 свого рішення зазначає, що «зазначена справа розкриває системну проблему... Характер порушення ст.3 Конвенції свідчить про те, що для належного виконання даного рішення держава-відповідач має реформувати, бажано законодавчими засобами, систему перегляду довічного позбавлення волі».

Таким чином, у даному випадку маємо правоположення, яке на сьогодні не може застосовуватися без відповідної процедури імплементації в національне кримінальне законодавство України (воно відноситься до категорії несамовиконуваних). І оскільки пріоритет міжнародного права над національним «зв'язує» не лише правозастосувача, а й законодавця, слід поставити питання про перегляд ст.81 КК у контексті зазначеного рішення ЄСПЛ. З цього випливає, що це рішення має ознаки нормативного прецеденту, який змінює обсяг кримінально-правового регулювання.

Але у переважній більшості рішення ЄСПЛ – це обов'язковий прецедент тлумачення, що фактично утворює правила правозастосування. При цьому обов'язковим для українського правозастосувача при застосуванні кримінально-правових норм є не тільки саме підсумкове рішення (тобто рішення в цілому) ЄСПЛ по тлумаченню конвенційних положень, але й правова позиція ЄСПЛ, покладена в основу такого рішення.

Орловська Н.А. Деякі питання визнання рішень ЄСПЛ як судових прецедентів у кримінальному праві України

Визначеність із питанням судового прецеденту у кримінальному праві сьогодні стає надзвичайно важливою, адже годі сподіватися на формування універсальних законодавчих приписів: позитивне право вимушено підходить до різних людей з однією міркою, тому воно не може охопити усі конфліктні ситуації, що мають місце в житті. На відміну від нормативних установлень судовий прецедент – це намагання максимально наблизити право до потреб учасників правовідносин.

Рішення ЄСПЛ – це обов'язковий прецедент тлумачення, що фактично утворює правила правозастосування. При цьому обов'язковим для українського правозастосувача при застосуванні кримінально-правових норм є не тільки саме підсумкове рішення (тобто рішення в цілому) ЄСПЛ по тлумаченню кон-

венційних положень, але й правова позиція ЄСПЛ, покладена в основу такого рішення.

Ключові слова: прецедент, рішення ЄСПЛ

Orlovskaya N.A. Some issues of recognition of decisions of the ECtHR as judicial precedents in the criminal law of Ukraine

Determination of the issues of the judicial precedent in criminal law today is becoming extremely important, since one can not hope for the formation of universal legislative requirements: positive law is forced to approach different people with one measure, so it can not cover all the conflicting situations that take place in life. Unlike normative settings, the judicial precedent is an attempt to bring the right to the rights of the participants of the legal relationship as close as possible.

The ECtHR judgment is a mandatory precedent for interpretation, which in fact forms rules of law enforcement. At the same time, the mandatory application of criminal law for a Ukrainian legal practitioner is not only the final decision (that is, the decision as a whole) of the ECtHR on the interpretation of the Convention's provisions, but also the legal position of the ECtHR, which is the basis of such a decision.

Key words: precedent, decisions of the ECtHR