

DOI <https://doi.org/10.51647/kelm.2021.5.1.32>

OKREŚLENIE GRANIC STOSOWANIA ORZECZEŃ SĄDU NAJWYŻSZEGO W POSTĘPOWANIACH KARNYCH NA UKRAINIE I NA ŚWIECIE

Yevgeniy Lazorenko

*prokurator Wydziału Organizacji i Zapewnienia Utrzymania Oskarżenia Publicznego
w Sądzie Czernihowskiej Prokuratury Obwodowej, aspirant Akademii Państwowej Służby
Penitencjarnej Ukrainy (Czernihów, Ukraina)
ORCID ID: 0000-0002-5635-3521
e-mail: lazorenko.e88@gmail.com*

Adnotacja. Artykuł poświęcono badaniu rozwoju, adaptacji i wprowadzenia precedensu sądowego w prawie postępowania karnego, przede wszystkim na Ukrainie i w krajach Europy kontynentalnej jako całości. W szczególności autor, stosując metodę porównawczą i prawną, analizuje klasyczną definicję pojęcia „precedens sądowy”, wyprowadza jego typowe cechy, które następnie porównuje ze specyficznymi przykładami opinii prawnych przyjętych na Ukrainie przez Sąd Najwyższy i dochodzi do wniosku o ich tożsamości. Na podstawie analizowanych cech orzecznictwa sądowego (opinii prawnej), a także specyfiki orzecznictwa kontynentalnego, autor dochodzi do wniosku o potrzebie wprowadzenia ścisłych granic, które przyczyniłyby się do rozwoju autorytetu decyzji Sądu Najwyższego, trwałości postępowania karnego. Autor zaproponował takie granice jak: czas, podmiot, przestrzeń (przedmiot), podmiot, regulacje prawne i sądowe.

Słowa kluczowe: precedens sądowy, temporalność, przestrzenność, podmiot, reglamentacja, źródła prawa.

DETERMINE OF THE BOUNDARIES OF THE APPLICATION OF DECISIONS OF THE SUPREME COURT IN UKRAINE AND THE WORLD

Yevgeniy Lazorenko

*Prosecutor of the Department for Organization and Maintenance of Public Prosecution
in the Court of the Chernihiv Regional Prosecutor's Office, Postgraduate Student at the Academy
of State Penitentiary Service of Ukraine (Chernihiv, Ukraine)
ORCID ID: 0000-0002-5635-3521
e-mail: lazorenko.e88@gmail.com*

Abstract. The article is devoted to the study of the issue of development, adaptation and implementation in the criminal procedural law of Ukraine, first of all, and the countries of continental Europe as a whole of the judicial precedent. In particular, the author, applying the comparative legal method, analyzes the classical definition of the concept of «judicial precedent», deduces its typical features, which he further compares with specific examples of legal opinions adopted in Ukraine by the Supreme Court, and comes to a conclusion about their identity. Based on the analyzed features of the court precedent (legal opinions), as well as the specifics of the continental precedent, the author comes to the conclusion that it is necessary to introduce strict boundaries that would contribute to the development of the authority of the decisions of the Supreme Court, the stability of the criminal process. The author proposed such boundaries as: time, subject, space (item), object, legal and judicial regulation.

Key words: judicial precedent, temporality, spatiality, subject, regulation, source of law.

ВИЗНАЧЕННЯ МЕЖ ЗАСТОСУВАННЯ РІШЕНЬ ВЕРХОВНОГО СУДУ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ В УКРАЇНІ ТА СВІТІ

Євгеній Лазоренко

*прокурор відділу організації і забезпечення підтримання публічного обвинувачення в суді
Чернігівської обласної прокуратури, aspirant Академії Державної пенітенціарної служби України
(Чернігів, Україна)
ORCID ID: 0000-0002-5635-3521
e-mail: lazorenko.e88@gmail.com*

Анотація. Стаття присвячена вивченню питання розвитку, адаптування та впровадження судового прецедента в кримінальному процесуальному праві насамперед України та в країнах континентальної Європи загалом. Зокрема, автор, застосовуючи порівняльно-правовий метод, аналізує класичне визначення поняття «судовий прецедент», виводить його типові ознаки, які у подальшому зіставляє з конкретними прикладами правових висновків, ухвалених в Україні Верховним Судом, та доходить висновку про їх тотожність. На підставі проаналізованих ознак судового прецеденту (правового висновку), а також специфіки континентального прецеденту автор доходить висновку про необхідність запровадження суворих меж, які би сприяли виробленню авторитетності рішень Верховного Суду, сталості кримінального процесу. Автором запропоновані такі межі, як: час, суб'єкт, простір (предмет), об'єкт, правова та судова регламентація.

Ключові слова: судовий прецедент, темпоральність, просторовість, суб'єкт, регламентація, джерела права.

Вступ. Питання запровадження та функціонування в Україні судового прецеденту є нагальним та актуальним питанням, незважаючи на те, що норми матеріального та процесуального права на це відкрито вказують.

Україна відноситься до романо-германської правової сім'ї, для якої визначальне місце у регулюванні суспільних правовідносин відіграють: Конституція України, як Основний закон, закони, прийняті Верховною Радою України, підзаконні нормативно правові акти, видані виконавчою гілкою влади. Така ж ієрархія законодавства і у країнах континентальної Європи.

У широкому значенні саме закон (статут), який поєднує всі нормативно правові акти, є тією відмінністю, яка відрізняє континентальну модель правової системи від англосаксонської.

Процес зі впровадження у правозастосовчу діяльність судового прецеденту в Україні та країнах Європи має низку правових проблем, які намагаються вирішити як на законодавчому рівні, так і на науковому. Особливо це стосується кримінального процесу, коли результат діяльності органів досудового розслідування можна нівелювати лише через те, що у майбутньому прийняте касаційним судом рішення може докорінно змінити зміст норми процесуального закону, якою послуговувався слідчий, дізнавач, прокурор у своїй діяльності.

Насамперед такими проблемами є: 1) визначення повноважень касаційних судів у прийнятті прецедентних рішень, обов'язкових для суб'єктів владних повноважень та судів нижчих інстанцій, як це узгоджується з принципом розподілу влади; 2) яким чином верховний суд, розглядаючи конкретну кримінальну справу, може створити норму для необмеженого кола суб'єктів; 3) чи однакова «вага» всіх рішень суду касаційної інстанції; 4) як застосовувати до таких рішень касаційного суду принцип дії норм у часі та просторі.

У зв'язку з цим метою і завданням цієї статті є визначення того, які рішення Верховного Суду (далі – ВС) можна вважати судовими прецедентами і які межі застосувати до таких рішень у кримінальному процесі на підставі аналізу законодавства України, країн Європи та Америки.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання судового прецеденту розглядалися вітчизняними та зарубіжними дослідниками у роботах Т. Анакіної, Ю. Барабаша, А. Белкіна, В. Бібіло, Р. Вагнер-Дюблера, В. Гончарова, П. Гуйвана, П. Гука, Р. Давида, А. Золотарева, К. Коган, Р. Кросса, В. Лазарева, Б. Малишева, М. Марченка, О. Пушняка, Л. Філіпса, С. Шевчука, В. Шумілова, С. Шаталова.

Основна частина. Судова практика відноситься до тих понять у правовій науці, щодо яких висловлюються протилежні погляди. Вчені-юристи досі не можуть домовитися щодо її правової природи. Це пояснюється невизначеністю того, наскільки природа судової практики різна в правових системах (Богдановська, 2009: 75-76).

Ті, що виступають проти визнання судової практики як джерела права, наводять такі аргументи: 1) це протилежить принципу розподілу влади; 2) в романо-германській правовій сім'ї судова практика не визнається джерелом права; 3) ідея судової практики як джерела права протилежить правотворчій діяльності парламенту (Василевич, 2002).

Прихильники визнання права за ВС «творити нові норми» шляхом застосування прецедента в судовій практиці у контексті вдосконалення судочинства, наводячи не менш вагомі аргументи, вказують на те, що в такий спосіб: 1) забезпечується рівність громадян перед законом; 2) застосування судового прецедента зменшує вірогідність судової помилки, оскільки створюється набір типових судових рішень, а також істотно знижується роль хабарів та/або адміністративного тиску; 3) правові норми та їх джерела в умовах верховенства права відповідатимуть принципу правової визначеності або впевненості (англ. – legal certainty) (Белкін, 2012).

У цьому разі не можна заперечувати правильність висновків як перших, так і других авторів, однак, на наш погляд, обидві точки зору мають свої вади, які знаходять своє відображення і на законодавчому рівні, і в реальній дійсності.

Так, на початкових етапах зародження класичної моделі судів, особливо з касаційними повноваженнями, коли монарх (Англія, Франція) як вища законодавча та судова інстанція вже не міг самостійно розглядати всі спори, оскільки їх ставало дедалі більше, а також створювати за результатами таких проваджень нові норми, ним призначалися відповідні посадові особи, які, будучи продовженням влади суверена, наділялися повноваженнями виносити рішення від імені монарха, а отже, і впроваджувати нові норми права.

В Англії такий симбіоз призвів до утворення судового прецедента в класичному розумінні, коли суд на підставі розгляду провадження та аналізу місцевих звичаїв утворює норму, якою і вирішує цей спір та всі послідовні. Незважаючи на те, що на сучасному етапі у Великобританії привалює принцип «парламентського верховенства» (Кананикіна, 2012: 210), все ж головне призначення статуту полягає у доповненні пробілів у прецедентному праві, а також в усуненні його застарілих положень (Богдановська, 2009: 85).

Однак у Франції довірливість суверена своїм «помічникам» призвела до того, що вони почали посягати на владу монарха – законодавчу владу, вносячи зміни до нормативних актів короля або відмовляючи в їх реєстрації (Коган, 2016: 164-181), а саме положення магістратів походило на закриту касту – суддів-аристократів (Шевчук, 2007: 399).

Такий стан речей не залишився поза увагою короля, а в подальшому й Великої буржуазної революції, яка, знищуючи все старе як таке, що не відповідає ідеалам революції, сформувала словами Ш.-Л. Монтеск'є класичну модель розподілу влади на законодавчу, виконавчу та судову, при цьому у законі «Про судоустрій» від 1790 року та Конституції Французької республіки від 1791 року суддям заборонялося, прямо чи опосередковано, здійснювати законодавчу владу, а також тлумачити закони (Шевчук, 2007: 400).

У подальшому від таких констант довелося опосередковано відходити не лише у Франції, а й в інших країнах континентальної Європи, які акцептували французьку модель розподілу влад, а також кодифікацію законодавства, проведену Наполеоном. Зокрема, жорсткі обмеження Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) Франції 1958 року, що прийшов на зміну Наполеонівському Кодексу кримінального розслідування, щодо оскарження реабілітуючих рішень, ухвалених судами асизів, все ж передбачають можливість звернення Генерального Прокурора до ВС Франції з касаційною скаргою на такі рішення в інтересах закону (ст. 572 КПК Франції) (Code de procédure pénale, 1958). За наслідками такого розгляду касаційний суд не має права погіршувати стан виправданого, однак він може прийняти правовий висновок, яким будуть послуговуватися суди нижчих інстанцій (Лазоренко, 2020: 277).

Не виключенням є й Україна, яка у ч. 1 ст. 6 Основного Закону передбачила розподіл влади на три гілки (Конституція України, 1996). Визначаючи повноваження ВС ч.ч. 5, 6 ст. 13 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» вказала, що висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах ВС, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права, суди ж такі висновки враховують (Закон «Про судоустрій та статус суддів», 2016). Про те, що висновки про застосування норм права повинні викладатися у постановах палати, об'єднаної палати, Великої Палати (далі – ВП) ВС, передбачено ч. 4 ст. 442 КПК України (Кримінальний процесуальний кодекс України, 2012).

Так само ВС Польщі має право видавати правові висновки, таке повноваження касаційного суду регулюється одразу декількома нормативними актами: КПК Польщі та законом «Про Верховний Суд» (розділ 8) (Kodeks postępowania karnego, 1997, O Sądzie Najwyższym, 2017).

З огляду на наведені положення законів можна говорити про те, що законодавець у традиціях королів минулого передав частину своєї влади ВС, не порушуючи при цьому принципу розподілу влад (оскільки реалізація нормотворчої діяльності суду виникає лише тоді, коли він відправляє правосуддя) для вирішення кримінального провадження по суті з єдиною метою – удосконалення існуючого закону та запровадження єдиного підходу до його правильного застосування незалежно від суб'єкта правовідносин, які потрапляють в орбіту його дії.

Однак навіть це не знімає з порядку денного обговорення науковцями питання можливості віднесення рішень ВС до джерел права в романо-германській правовій сім'ї, на відміну від країн загального права, де прецедент, будучи невід'ємною частиною законодавства, є його початком і одночасно продовженням.

Джерело права – складне явище, яке не існує лише в одному значенні. Його необхідно розуміти як те, що детермінує еволюцію права, впливає на нього. В ідеальному значенні під джерелом права розуміють ідеї, відображені в правосвідомості, і якщо враховувати, що суд керується не лише законом, під час ухвалення рішення, але й внутрішнім переконанням, то у зв'язку з цим термін «джерело права» вживається як форма права (Добуш, Красняков, 2017: 40-41).

Відповідно до вказаного, у теорії права залежно від правової сім'ї виділяють такі джерела права, як: нормативно-правовий акт (виражений у формах: закону, постанови, статуту, декрету), судовий прецедент, правовий звичай, правовий договір та правова доктрина.

Говорячи про те, чи існує в Україні судовий прецедент, і яким чином він впливає на стан кримінального провадження щодо правильності застосування норм процесуального права, без якого виконання функцій, визначених ст. 2 КПК України, було б неможливим, необхідно визначити суміжні та відмінні риси судового прецедента в країнах англосаксонської та романо-германської сім'ї. Для цього нам необхідно взяти за основу класичний судовий прецедент, який напрацьований кількасотрічним досвідом Англії та США, і виокремити його ознаки.

Так, «судовий прецедент» – це рішення судового органу у конкретній справі, у результаті якого створюється нове правило поведінки (норма права), яке раніше не існувало, і тим самим стає обов'язковим для застосування цього рішення під час розгляду аналогічних справ (Бакарджиев, 2015: 10).

Таким чином, можна визначити такі ознаки судового прецеденту: 1) створюється (приймається) лише судовим органом; 2) в результаті розгляду конкретного провадження або сукупності подібних проваджень; 3) викладається у формі судового рішення (постанова, ухвала, вирок); 4) містить нову норму, яка до цього часу не існувала; 5) є обов'язковим; 6) приймається для усунення прогалин та суперечностей, забезпечення єдності судової практики; 7) розповсюджується на всіх, хто попадає в орбіту його дії; 8) регулює аналогічні рішення, дії учасників кримінального процесу (у статті автор під учасниками кримінального процесу розуміє учасників кримінального провадження, а також суддів всіх інстанцій), які підпадають під регулювання цієї норми.

Проводячи порівняльно-правовий аналіз законодавства та судової практики країн Європи, стає очевидним, що рішення, прийняті ВС з розгляду кримінальних проваджень, є тотожними з наведеними вище ознаками.

Так, право прийняття рішення в інтересах закону (оскільки діяльність і повноваження касаційних судів, за виключенням Німеччини, де у виключних випадках Федеральний суд може переглядати провадження по суті як суд апеляційної інстанції, зводиться у перевірці кримінального провадження на предмет права, а не факту) належить до виключної компетенції верховного ВС. При цьому лише їхнім рішенням притаманна така ознака, як «обов'язковість», на відміну від країн загального права, де рішення будь-якого суду має такий характер.

Це пояснюється тим, що касаційний суд в умовах суворої ієрархічності очолює структуру судів загальної юрисдикції, які розглядають кримінальні провадження. Саме в складі ВС законодавством передбачено утворення таких структурних елементів, як палати, об'єднанні палати, великі палати, пленуми, сенати, загальні сенати, які покликані надавати правові висновки, вирішувати питання принципового характеру (Лебедева, 2015, Бибило, 2013: 55).

З попередньої тези випливає й наступне положення, яке характеризує такі ознаки прецеденту, як усунення прогалин та суперечностей, забезпечення єдності судової практики та створення нової норми.

З цього приводу буде доречним привести конкретні випадки з практики ВС Польщі та України.

Так, ВС Польщі у складі 7 суддів з метою забезпечення єдності судової практики та усунення прогалин у законодавстві, внаслідок яких суди нижчих інстанцій не можуть прийняти правильне та законне рішення у кримінальному провадженні, вирішує питання застосування та тлумачення законодавства не лише на стадії касаційного перегляду справи, а й під час апеляційного оскарження ініційованого самим судом (Kodeks postępowania karnego, 1997, O Sądzie Najwyższym, 2017).

Другим прикладом є постанова ВС Об'єднаної Палати (далі – ОП) Касаційного кримінального суду (далі – ККС) від 22.02.2021. Зокрема, суд, проводячи аналіз КПК України, в частині застосування принципу верховенства права та порядку визначення та підтвердження повноважень прокурора у кримінальному провадженні вказав, що «відсутність постанови керівника прокуратури про призначення прокурора в матеріалах кримінального провадження або її не підписання керівником відповідного органу прокуратури зумовлює недопустимість доказів, зібраних під час досудового розслідування, як таких, що зібрані під наглядом і процесуальним керівництвом прокурора (прокурорів), який не мав на те законних повноважень» (Постанова Верховного Суду Об'єднаної Палати Касаційного кримінального суду, 2021).

До прийняття цього рішення ВС в Україні питання призначення прокурора або групи прокурорів у кримінальному провадженні вирішувалося по-різному, в одних випадках керівник прокуратури виносив постанову, в інших, діючи в буквальному розумінні дієслова, використаного в КПК України, – «визначити», – достатньо було визначити прокурора шляхом внесення відповідних відомостей до Єдиного Державного реєстру досудових розслідувань та зробити витяг із нього. Останній в цьому разі виступав офіційним документом, підтверджуючим повноваження обвинувачів.

Наслідками постанови ВС ОП ККС стало створення нової норми, яка полягала у тому, що, по-перше, прокурор тепер повинен підтверджувати свою легітимність постановою керівника, по-друге, керівник прокуратури у свою чергу обов'язково повинен винести таку постанову, і по-третє, визнання всіх доказів винуватості, які отримані за відсутності такої постанови, недопустимими.

Що стосується процедури прийняття прецедентного рішення, то деякі науковці вказують, що істотною відмінністю континентального прецеденту від англосаксонського є те, що останній може бути створеним одним судовим рішенням, тоді як континентальний створюється більш демократично – завдяки появі низки судових рішень (Попов, 2021).

З цим висновком ми погодитися не можемо з огляду хоча б на наведені приклади Польщі і України. Вони, як інші рішення, приймаються в конкретному кримінальному провадженні вищою судовою інстанцією.

Навіть непряма касація «в інтересах закону» у Франції за ініціативою Генерального прокурора все одно відбувається на підставі конкретного провадження.

Виключенням з цього приводу можуть бути постанови Пленумів верховного суду, які досі використовуються в Україні, Білорусії та Росії.

Як стверджує С.Л. Зівс, Пленум не можна розглядати як «судову практику» або «частину судової практики», оскільки самі постанови Пленуму ухвалюються на підставі узагальнення судової практики. Однак слушним з цього приводу є зауваження Г.О. Василевича, який вказував, що, виносячи такі постанови, ВС підтверджує або спростовує ту чи іншу практику (Василевич, 2002).

Говорячи про форму вираження як наступну ознаку прецеденту, в країнах континентальної Європи касаційні суди оформлюють свої рішення такого характеру у письмовій формі, які у подальшому публікуються в оглядах на сайтах ВС або в окремих відкритих реєстрах, що надає їм характер офіційності, притаманній нормативно-правовому акту.

Такий спосіб висвітлення висновків ВС сприяє доведенню їх до відома не лише учасників конкретного кримінального провадження, а й до не визначеного кола суб'єктів кримінального процесу, яких ця норма стосується «негайно», з метою приведення їхніх дій та рішень, що вже виникли (прийняті) та тривають, до нових реалій; або стосуватиметься у майбутньому.

Таким чином, останнє відзеркалює ідентичність континентального прецеденту таким ознакам класичного прецеденту, як його дії за колом осіб та наявність предмета правового регулювання.

Єдиною відмінністю між класичним прецедентом та континентальним, що, однак, не применшує наведені вище тотожності, є взаємозв'язок із писаним правом. Акти парламенту в загальному праві підлаштовуються під судову практику, використовуючи категоріальний апарат та базуючись на принципах, встановлених прецедентним правом (Богдановська, 2010, 85), тоді як континентальний є продовженням закону, його частиною.

Якщо з поняття «судовий прецедент» можна виокремити його ознаки, то аналіз ознак у свою чергу дає можливість говорити про наявність певних меж застосування прецеденту у кримінальному процесі (кримінальному провадженні) як у вузькому значенні цього слова (зразок для вирішення аналогічного спору), так

і в широкому, розуміючи під ним сукупність характеристик, таких як час, суб'єкт, простір (предмет), об'єкт, правова та судова регламентація, без яких існування прецеденту звелось би нанівець.

Правова та судова регламентація як межа, за яку касаційні суди не можуть виходити під час прийняття прецеденту, відіграє визначальну роль в діяльності таких судів континентальної Європи.

Той погляд, що механізм створення прецеденту є саморегулюючим процесом і не потребує закріплення в законодавстві (Попов, 2021), є, на наш погляд, помилковим, і цьому є підтвердження з історії Франції, про яке ми вже згадували, а також він не відповідає і положенням законодавства.

Правова (через закони) та судова (через внутрішні положення, постанови) регламентація покликана насамперед відмежувати процес створення прецеденту судом від прийняття законодавцем законів, а по-друге, це сприятиме авторитетності рішення, прийнятого найвищим судом, його дійсній, а не уявній нормативності.

З цією метою у процесуальних кодексах законодавець передбачив обов'язок ВС виокремлювати в постановках після мотивів окремо правовий висновок. Саме він носить нормативний характер та є тотожним класичному *stare decisis*.

Хоча слід сказати, що в Україні, незважаючи на це, обов'язкові для всіх правові висновки викладаються у рішеннях палат, ОП та ВП ВС, повинні мати *stare decisis*, на практиці таку складову частину містять лише постанови останніх двох палат.

Нині проблемним залишається те, що вимоги до *stare decisis* в КПК України відсутні, і цю проблему ще необхідно буде вирішувати законодавцю.

Об'єктом завжди виступають суспільні відносини, які породжують прецедент або регулюються вже створеним.

Враховуючи те, що кримінальне провадження складається з певних етапів, вони регулюються різними інститутами КПК України (у принципі вітчизняний КПК є майже повним віддзеркаленням КПК Франції, тому це буде актуальним і для французького процесу). Деякі з цих інститутів відображені в загальній частині КПК, а інші – в спеціальній.

З огляду на нормативність прецеденту, його обов'язковість, а також динамічність та складність кримінального провадження, виникає закономірне питання, а чи до всіх інститутів КПК України повинні відноситись постанови ВС?

За результатами вивчення частини кримінальних процесуальних кодексів країн континентальної Європи ми не знайшли будь-якої заборони з цього приводу.

Однак з огляду на практичну сторону цього питання, на наш погляд, така межа як «об'єкт» все ж повинна знайти своє відображення в КПК. І насамперед її необхідно розглядати у поєднанні з «суб'єктною» межею.

На прикладі кримінального процесу України, на наш погляд, доцільно б було в КПК України передбачити, що прецеденти, прийняті судом у складі палати, можуть стосуватись загальних питань кримінального провадження, які мають незначний вплив на досудове слідство, дізнання, судовий розгляд (наприклад, принципів кримінального провадження, питань відводів учасників процесу, форм фіксування кримінального провадження, процесуальних витрат, запобіжних заходів, питань виконання вироків тощо).

Ті ж прецеденти, які відносять до сфери відання палати, а також ті, що мають важливий характер, оскільки стосуються питань здійснення гласних та негласних слідчих (розшукових) дій, забезпечення кримінального провадження, доказів та доказування, вони повинні прийматись ОП ВС.

ВП ВС як кінцева і найвища інстанція серед палат касаційного суду має право розгляду і прийняття прецедентних рішень з усіх питань кримінального процесу.

Така градація створювала би для учасників кримінального провадження рівні умови у процесі, забезпечувала би стабільність та єдність судової практики.

Щодо предметно-просторових меж, то вони визначають коло учасників кримінального процесу «малого та великого радіуса» дії судового прецедента, а також кримінальних проваджень (справ), де такий прецедент слід застосувати.

Знову ж такі «радіус» дії та перелік кримінальних проваджень буде залежати від «суб'єкта» прийняття прецеденту, як це існує у Великобританії (Кросс, 1985: 55), у Франції та Німеччині (Потапенко, Даніелян, 2018: 120).

Так, якщо в Україні рішення у кримінальному провадженні приймається колегією суддів ВС, то відповідно воно не повинно містити *stare decisis*, а мотиви суду стосується лише цього провадження. Якщо ж рішення приймається суддями у складі палати, то відповідно воно має вплив на правильність застосування законодавства для провадження, в якому його прийнято, охоплює коло учасників кримінального процесу лише цього провадження (воно є обов'язковим для застосування нижче стоячими судами у разі скасування ВС попередніх рішень та призначенням нових судових розглядів).

Рішення ж, які приймаються ОП або ВП ВС, повинні обов'язково містити *stare decisis*; їх положення є обов'язковими для всіх, навіть учасників суміжних кримінальних процесів, внаслідок їх важливості та особливої важливості; нижчі суди не мають права від них відступати, змінювати або доповнювати, оскільки це є виключною компетенцією суду, що їх ухвалив; ОП зобов'язана слідувати рішенням ВП ВС.

Останньою, однак найбільш дискусійною межею судового прецеденту, особливо континентального, є «час».

Суд, вирішуючи справу у випадку виявлення прогалини у праві, створює норму та застосовує її до фактів, які мали місце у минулому. Судовий прецедент у силу особливості формування має зворотну силу

(Богдановська, 2010: 79). Крім того, в країнах континентальної Європи право створювати норми на майбутнє є виключною компетенцією законодавця.

Основна критика ретроактивності (прецедентів і права загалом) пов'язана зі шкодою, яку вони спричиняють стабільності та передбачуваності права. Дійсно, з ретроактивною дією змін у прецедентному праві особа, слідує старим правилам, опиняється в ситуації, коли вона не могла передбачити відповідні зміни та підлаштуватися під них своєю поведінку (Пушняк, 2019).

Про небезпеку ретроактивності дії правових висновків ВС цього року заговорили в Україні, у тому числі і самі судді касаційного суду (Кібенко, 2020).

Раніше ми наводили приклад постанови ОП ВС, якою була створена норма у кримінальному процесуальному праві щодо «легітимності прокурора» у кримінальному провадженні. Така проблема тепер постала щодо створення ідентичної норми, але щодо «легітимності слідчого та дізнавача».

В ухвалі ВС колеги суддів Третьої судової палати ККС від 12.05.2021 було ініційовано питання про передачу кримінального провадження на розгляд ОП ВС з метою відступу від попереднього правового висновку або встановлення перспективності дії нового висновку. В обґрунтування своїх доводів судді наводили і приклади можливості прийняття такого роду рішень, посилаючись на діяльність колег з США, Литви, а також те, що «ретроспективне застосування цього висновку ОП потенційно може призвести до встановлення Європейським Судом з прав людини порушень ст.ст. 2, 3 (і можливо деяких інших) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у багатьох кримінальних провадженнях, де до кримінальної відповідальності неможливо буде притягнути осіб, причетних до вчинення злочинів проти життя та здоров'я людини, у зв'язку з визнанням недопустимими усіх доказів виключно через формальне недотримання процедури визначення прокурора чи слідчого (особливо якщо така процедура не була чітко визначена законом на час її застосування, але була врегульована «заднім числом» внаслідок нового тлумачення закону судом (Ухвала Верховного Суду колеги суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду, 2021).

З огляду на це проблема невизначення перспективності або ретроактивності темпоральних меж застосування судового прецеденту містить у собі приховану загрозу для кримінального процесу та потребує подальшого обговорення та врегулювання.

Висновки. Підводячи підсумки, можна сказати, що в країнах континентальної Європи, до якої відноситься і Україна, процес запровадження судового прецеденту триває. За відсутності у процесуальному законі такого поняття, як «судовий прецедент», все ж він існує, і ним послуговуються у своїй діяльності всі учасники провадження та судді.

З огляду на те, що правові висновки, викладені у рішеннях касаційних судів з розгляду кримінальних проваджень, містять нові норми *stare decisis*, обов'язкові до застосування та використання, вони за ознаками тотожні до класичного визначення «судового прецедента», а отже, є всі підстави говорити, що в континентальній правовій сім'ї їх слід також розглядати як джерела права.

Разом з тим, маючи свою специфіку, яка пов'язана з тим, що континентальний прецедент є продовженням писаного права, виникає необхідність встановлення меж його застосування. Такими межами можуть бути: час, суб'єкт, простір (предмет), об'єкт, правова та судова регламентація.

Кожна така межа, покликана окреслити повноваження касаційного суду у прийнятті рішень, які у подальшому стають обов'язковими до виконання суб'єктами владних повноважень та судів нижчих інстанцій, не порушуючи при цьому доктрину розподілу влад; визначити «вагу», значення рішень суду касаційної інстанції; застосовувати до таких рішень принципу дії норм у часі та просторі.

Зокрема, належна правова та судова регламентація у поєднанні з суб'єктом створить сталі підходи до регулювання кримінального процесу, у тому числі предметну (простору) та об'єкту кримінальних процесуальних правовідносин.

Підняті у цьому дослідженні проблемні питання визначення меж застосування рішень ВС у кримінальному провадженні потребує і подальшого розгляду науковим товариством.

Список використаних джерел:

1. Бакарджиев Я.В. Казуальное решение суда: судебная практика, правовая позиция или судебный прецедент? *Сибирский юридический вестник*. Иркутск. 2015. № 3(70). С. 10–13.
2. Белкин М.Л. Роль, место и значение судебного прецедента в судопроизводстве постсоветских государств. 2012. URL: <http://mopi.bakuvirtual.net/wp-content/uploads/2012/12/Белкин-М.Л.-Роль-место-и-значение-судебного-прецедента-в-судопроизводстве...pdf>.
3. Бибило В.Н. Судебные системы зарубежных стран. Минск: Право и экономика, 2013. 100 с. (Серия «Высшее образование»).
4. Богдановская И.Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве». *Право*. Журнал школы высшей экономики. Москва. 2010. № 2. С. 75–87.
5. Василевич Г.А. Судебный прецедент как источник права. 2002. URL: http://www.law.bsu.by/pub/26/21_Vasilevich.doc.
6. Добуш Д.В., Красняков Н.И. Социально-юридическая природа судебного прецедента в правовой системе общества. *Развитие территорий*. Новосибирск. 2017. № 2(8). С. 40–44.
7. Кананькина Е.С. Философский анализ английских источников права: законодательство. *Интеллектуальный потенциал XXI века: ступени познания*. Новосибирск. 2012. № 11. С. 207–2016.

8. Кібенко О. Перспективна дія правового висновку (позиції) Верховного Суду: чи доцільно запровадити в Україні? *Судебно-юридическая газета*. 03 березня 2020 р. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/162411-perspektivna-diya-pravovogo-visnovku-pozitsiyi-verkhovnogo-sudu-chi-dotsilno-zaprovaditi-v-ukrayini>.
9. Конституція України: Конституція від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/254k/96-вр>.
10. Коган Е.Г. Юридические аспекты организации и деятельности Парижского Парламента во Франции: дис. ... кан. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2016. 220 с.
11. Code de procédure pénale de 08.04.1958. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154?etatTexte=VIGUEUR.
12. Kodeks postępowania karnego, Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Dz. U. 1997 Nr 89 poz. 555. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970890555/U/D19970555Lj.pdf>.
13. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n3406>.
14. Кросс Р. Прецедент в английском праве. Под общей ред. док. юрид. наук, профессора Ф.М. Решетникова. Москва: Юридическая литература, 1985. 242 с.
15. Лазоренко Є.Ю. Особливості перегляду реабілітуючих рішень за кримінальним процесуальним законодавством України, країн Європи та Америки. *Підприємництво, господарство і право*. Київ. 2020. № 10. С. 274-279. DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.10.47>.
16. Лебедева М.Л. Специфика организации института судебной власти Франции. *Вестник Марийского государственного университета. Серия «Исторические науки. Юридические науки»*. 2015. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/spetsifika-organizatsii-instituta-sudebnoy-vlasti-frantsii>.
17. O Sądzie Najwyższym, Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r., Dz.U. 2018 poz. 5. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU2018000005/T/D20180005L.pdf>.
18. Попов Ю.Ю. Прецедентное право в контексте общеобязательности судебных решений и украинские перспективы. *Центр коммерческого права*. 2021. URL: http://popov-yuyu.narod.ru/27_Precedent_ru.htm.
19. Потапенко С.В., Даниелян А.С. Судебное правотворчество в контексте правовой системы России: вопросы теории и практики: монография. Краснодар: Кубанский государственный университет. 2018. 153 с.
20. Постанова Верховного Суду Об'єднаної Палати Касаційного кримінального суду від 22.02.2021 р. у справі № 754/7061/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95139651>.
21. Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>.
22. Пушняк О.В. Дія у часі судового прецеденту: досвід США. 2019. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/deystvie-vo-vremeni-sudebnogo-pretседenta-opyt-ssha>. DOI <https://doi.org/10.21564/2225-6555/2019.15.169847>.
23. Ухвала Верховного Суду колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 12.05.2021 р. справа № 663/267/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97005607>.
24. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ: Реферат, 2007. 640 с.

References:

1. Bakardziev Ya.V. Kazualnoe reshenie suda: sudebnay praktika, pravovay pozitsiy ili sudebnyy prezident [Casual Decision of the Court: the Judicial Practice, Legal Position or Legal Precedent?]. *Sybyrskiy yuridicheskiy vestnik*. Irkutsk. 2015. № 3(70). P. 10–13 [in Russian].
2. Belkin M.L. Rol, mesto i znacheniyе sudebnogo pretседenta v sudoproizvodstve postsovetskikh gosudarstv [The role, place and significance of the judicial precedent in the legal proceedings of the post-Soviet states]. (2012) URL: <http://mori.bakuvirtual.net/wp-content/uploads/2012/12/Белкин-М.Л.-Роль-место-и-значение-судебного-прецедента-в-судопроизводстве...pdf>. [in Russian].
3. Bibilo V.N. Sudebnyye sistemy zarubezhnykh stran [Judicial systems of foreign countries]. Minsk: Pravo i ekonomika, 2013. 100 p. (Seriya «Vyssheye obrazovaniye»). [in Russian].
4. Bogdanovskaya I.Yu. Evolyutsiya sudebnogo pretседenta v «obshchem prave» [Evolution of judicial precedent in «common law»]. *Pravo. Zhurnal shkoly vysshey ekonomiki*. Moskva. 2010. № 2. P. 75-87. [in Russian].
5. Vasilevich G.A. Sudebnyy pretседent kak istochnik prava [Judicial precedent as a source of law]. (2002). http://www.law.bsu.by/pub/26/21_Vasilevich.doc. [in Russian].
6. Dobush D.V., Krasnyakov N.I. Sotsialno-yuridicheskaya priroda sudebnogo pretседenta v pravovoy sisteme obshchestva [The Social and legal nature of judicial precedent in legal system of society]. *Razvitiye territoriy*. Novosibirsk. 2017. № 2(8). P. 40-44. [in Russian].
7. Kananykina Ye.S. Filosofskiy analiz angliyskikh istochnikov prava: zakonodatelstvo [Philosophical analysis of English sources of law]. *Intellektualnyy potentsial XXI veka: stupeni poznaniya*. Novosibirsk. 2012. № 11. P. 207-2016. [in Russian].
8. Kibenko H. (2020) Perspektivna diya pravovoho vysnovku (pozytsiyi) Verkhovnoho Sudu: chy dotsilno zaprovadyty v Ukrayini? [Perspective effect of the legal opinion (position) of the Supreme Court: is it expedient to introduce it in Ukraine?] *Sudebno-yurydicheskaya gazeta*. <https://sud.ua/ru/news/blog/162411-perspektivna-diya-pravovogo-visnovku-pozitsiyi-verkhovnogo-sudu-chi-dotsilno-zaprovaditi-v-ukrayini>. [in Ukrainian].
9. Konstytutsiya Ukrayiny: Konstytutsiya vid 28.06.1996 r [Constitution of Ukraine]. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/254k/96-вр>. [in Ukrainian].

10. Kogan K.G. Yuridicheskiye aspekty organizatsii i deyatelnosti Parizhskogo Parlamenta vo Frantsii [Legal aspects of the organization and activities of the Paris Parliament in France]: dys. ...kan.yuryd. nauk: 12.00.01. Moscow. 2016. 220 p. [in Russian].
11. Code of Criminal Procedure. 08.04.1958 https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154?etatTexte=VIGUEUR.
12. Code of Criminal Procedure. (1997). <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970890555/U/D19970555Lj.pdf>.
13. Kryminalnyy protsesualnyy kodeks Ukrayiny: Zakon Ukrayiny vid 13.04.2012 № 4651-VI [Criminal Procedure Code of Ukraine]. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n3406>. [in Ukrainian].
14. Cross R. Pretsedent v angliyskom prave [Precedent in English law]. Pod obshchey red. dok. yurid. nauk, professora F.M. Reshetnikova. Moskva: Yuridicheskaya literatura, 1985. 242 p. [in Russian].
15. Lazorenko Ye.Yu. Osoblyvosti perehlyadu reabilituyuchykh rishen za kryminalnym protsesualnym zakonodavstvom Ukrayiny, krayin Yevropy ta Ameryky [The peculiarities of reconsideration of the rehabilitating judgements under the criminal procedural legislation of Ukraine, European and American countries]. Pidpryyemnytstvo, gospodarstvo i pravo. Kyiv. 2020. № 10. P. 274-279. DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.10.47>. [in Ukrainian].
16. Lebedeva M.L. (2015) Spetsifika organizatsii instituta sudebnoy vlasti Frantsii [The specifics of the organization of the institution of the judiciary in France]. Vestnik Mariyskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya «Istoricheskiye nauki. Yuridicheskiye nauki». <https://cyberleninka.ru/article/n/spetsifika-organizatsii-instituta-sudebnoy-vlasti-frantsii>. [in Russian].
17. Act on the Supreme Court. 12.12.2017. <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU2018000005/T/D20180005L.pdf>.
18. Popov YU.YU. (2021) Pretsedentnoye pravo v kontekste obshcheobyazatelnosti sudebnykh resheniy i ukrainskiye perspektivy [Case-law in the context of general binding effect of court decisions and Ukrainian prospects]. Tsentri kommercheskogo prava. http://popov-yuyu.narod.ru/27_Precedent_ru.htm. [in Russian].
19. Potapenko S.V., Daniyelyan A.S. Sudebnoye pravotvorchestvo v kontekste pravovoy sistemy Rossii: voprosy teorii i praktiki [Judicial lawmaking in the context of the legal system of Russia: theory and practice]: monografiya. Krasnodar: Kubanskiy gosudarstvennyy universitet. 2018. 153 p. [in Russian].
20. Postanova Verkhovnoho Sudu Obyednanoyi Palaty Kasatsynoho kryminalnoho sudu [Ruling of the Supreme Court of the Joint Chamber of the Criminal Court of Cassation] vid 22.02.2021 r. u spravi № 754/7061/15. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95139651>. [in Ukrainian].
21. Pro sudoustriy ta status suddiv: Zakon Ukrayiny vid 02.06.2016 № 1402-VII [On the Judiciary and the Status of Judges]. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>. [in Ukrainian].
22. Pushnyak O.V. (2019) Diya u chasi sudovoho pretsedentu: dosvid SSHA [Temporal effect of judicial precedent: USA experience]. <https://cyberleninka.ru/article/n/deystvie-vo-vremeni-sudebnogo-pretsedenta-opyt-ssha>. DOI <https://doi.org/10.21564/2225-6555/2019.15.169847>. [in Ukrainian].
23. Ukhvala Verkhovnoho Sudu kolehiyi suddiv Tretoyi sudovoyi palaty Kasatsynoho kryminalnoho sudu vid 12.05.2021 r. sprava № 663/267/19. [The decision of the Supreme Court of the panel of judges of the Third Judicial Chamber of the Criminal Court of Cassation]. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97005607>. [in Ukrainian].
24. Shevchuk S. Sudova pravotvorchist: svitovyy dosvid i perspektyvy v Ukrayini [Judicial lawmaking: world experience and prospects in Ukraine]. Kyiv: Referat, 2007. 640 p. [in Ukrainian].