

УДК 343.1

DOI <https://doi.org/10.32782/app.v70.2022.4>

**А. В. Кісіль**

*orcid.org/0000-0002-9513-652X*

*студентка факультету соціології і права*

*Національного технічного університету України*

*«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»*

**К. О. Шпак**

*orcid.org/0000-0002-3905-2276*

*студентка факультету соціології і права*

*Національного технічного університету України*

*«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»*

**В. А. Мисливий**

*orcid.org/0000-0002-9513-652X*

*доктор юридичних наук,*

*професор кафедри інформаційного, господарського*

*та адміністративного права*

*Національного технічного університету України*

*«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»*

## МІСЦЕ ПРЕЦЕДЕНТУ ЄСПЛ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

На сьогодні, в умовах війни рф проти України, особливу увагу привертають питання, що стосуються європейської та євроатлантичної інтеграції. Більше того, їх дослідженням займаються не лише теоретики, а й практики, оскільки вони є надзвичайно актуальними на сьогоднішній день. Це обумовлено тим, що саме в даний період Україна відстоює свою незалежність, демократичні принципи та прагнення до розвитку. Варто зауважити, що питання, які стосувалися імплементації деяких європейських норм до національного законодавства виникли досить давно, зокрема з 1991 року, з моменту проголошення незалежності України. Саме від тоді в державі та у наукових колах відповідно, розпочалися дискусії стосовно доцільності формування та розвитку європейських й євроатлантичних інститутів в Україні.

Безумовно, з впевненістю можна сказати, що шлях до Європейського союзу є пріоритетним для українського суспільства. Це обумовлено прагненням громадян і керівництва держави до розвитку механізму забезпечення прав і свобод людини, поширення демократії. Саме тому, український законодавець протягом останніх років активно почав приводити законодавство у відповідність до європейського. Більше того, такі положення зайняли провідне місце серед української нормативно-правової бази, що свідчить про їх пріоритетність та важливу роль в процесі розвитку правової системи України.

У даному дослідженні особливу увагу було зосереджено на змісті Закону України № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», що був прийнятий у 2006 році (Закон України «Про..., 2006). Його положення, зокрема викладені в ст. 17 передбачають обов'язок для національних судів застосовувати практику Європейського суду з прав людини (далі- ЄСПЛ) та Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі- ЄКПЛ), у процесі розгляду справ, як джерело права. Виходячи з цього, можна зауважити, що законодавець прямо визначив належність прецеденту ЄСПЛ до системи джерел права.

Відразу необхідно зазначити, що такі дії викликали чималу кількість дискусій в науковій доктрині. Головним недоліком на думку широкого кола осіб було те, що законодавець не встановив чіткий ряд суспільних відносин, щодо яких необхідно застосовувати положення описаної вище норми. Ним було визначено лише те, що такий обов'язок суду виникає у ході

вирішення справ, які стосуються усунення умов порушення Україною положень, закріплених в ЄКПЛ і протоколів до неї.

Також, законодавець установив, що використання прецеденту ЄСПЛ є важливим підходом під час залучення в систему українського судочинства європейських стандартів прав людини. Слід погодитися з тим, що такий крок був передбачуваним, оскільки Україна посідає одне з провідних місць за кількістю справ проти неї в ЄСПЛ, що свідчить про гостру потребу формування передумов для зниження кількості заяв.

Окрім наведених вище питань, стосовно Закону України № 3477-IV, цікавим є також визначення правової природи рішень ЄСПЛ. В даному випадку необхідно встановити, чи є прецедент ЄСПЛ самостійним джерелом права в українській системі права чи реалізується в контексті акту тлумачення положень ЄКПЛ. Для цього, на нашу думку доцільним є встановити сутність поняття «прецедент», а також визначити місце названої вище судової практики серед класифікаційної структури прецедентів.

Отже, відповідно до змісту Українського тлумачного словника, дане поняття доцільно трактувати у двох значеннях. В першу чергу, як випадок, вчинок, що стався в минулому і є прикладом або виправданням для наступних подібних вчинків, випадків. Також прецедент може бути розкрито, як рішення суду щодо певної справи, яке в подальшому є взірцем для судів при розв'язанні аналогічних справ (у праві).

При цьому, важливим є встановлення правової природи рішень ЄСПЛ, тобто віднесення їх до конкретного виду прецеденту. Серед української наукової доктрини найбільш поширеними видами є судовий прецедент в англосаксонській правовій сім'ї (*stare decisis*), у романо-германській правовій сім'ї (*jurisprudence constante*) і переконливий прецедент (*persuasive precedent*). Варто зауважити, що така класифікація не є вичерпною, оскільки існує ряд додаткових ознак, за якими можна розділяти прецеденти. Наприклад, обов'язковість застосування (прецеденти обов'язкові, необов'язкові, умовно-обов'язкові); за оригінальністю правової позиції (прецеденти вперше встановлені та повторювані); за сенсовим наповненням (нормотворчий, інтерпретаційний).

Оскільки Україна належить до романо-германської правової сім'ї, то доцільно буде аналізувати основні характеристики прецеденту, властивого для неї. Отже, з французької термін «*jurisprudence constante*» перекладається як «постійна судова практика». На думку Попова Ю.Ю., визначальною відмінністю континентального прецеденту від англосаксонського, є те, що останній може бути розробленим на основі одного судового рішення (Попов, 2010, с. 357). В свою чергу, континентальний прецедент формується більш демократичним способом, який полягає у врахуванні позицій декількох судів.

Таким чином, на його думку, він утворюється на основі ряду судових рішень, а не нав'язується «зверху». При цьому, потрібно відразу наголосити на тому, що прецедент не є головним інструментом діяльності та розвитку правової системи в романо-германській правовій сім'ї. Саме цей фактор і обумовлює існування дискусій та суперечок щодо доцільності його віднесення до джерел права в Україні.

Окрему увагу в науковій доктрині, зокрема українській, приділяють встановленню прецедентної природи рішень ЄСПЛ. Найбільш поширеними підходами до визначення характеру згаданих вище судових рішень є такі, як - інтерпретаційних актів; судових прецедентів; поєднання двох перших властивостей. Наприклад, С. Шевчук стверджує, що практики ЄСПЛ по своїй суті є прецедентними. У свою чергу Н. Раданович визначають рішення Суду, з доктринального боку, у відповідності до якого судова практика не є джерелом права (Раданович, 2007, С. 70).

Цікавою є позиція Н. Блажівської, яка розкриває правову природу практики ЄСПЛ, на основі трьох засад (Блажівська, 2018, С. 227). Зокрема, закріплені в них правові позиції мають нормативний характер; в рішеннях надано тлумачення ЄКПЛ і протоколів до неї; власне рішення мають правозастосовний характер, оскільки в них міститься рішення у конкретній справі. Виходячи з цього, можна зауважити, що авторка ототожнює терміни «правова позиція» та «*ratio decidendi*», і розуміє під ними результат вивчення аргументів і позицій ЄСПЛ, що формують правовий зміст судової практики.

Проаналізувавши теоретичні аспекти досліджуваного питання слід установити, що вони вказують на відсутність єдиного розуміння і визначення правової природи рішень ЄСПЛ, зокрема серед науковців. Таким чином, для встановлення місця прецеденту ЄСПЛ в системі національного законодавства, а також джерел кримінального процесуального права, доцільно вивчити практику його застосування в Україні.

Дійсно, на теоретичному рівні серед науковців досі ведуться дискусії з приводу визначення рішень ЄСПЛ як джерел права у правовій системі України. Однак при цьому, правозастосовна практика національних судів вже давно свідчить про вагоме місце прецеденту ЄСПЛ, як правового орієнтиру для судової гілки влади.

Відтак, у п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 лютого 2009 року № 1 визначено важливість врахування прецедентної судової практики Європейського суду з прав людини: «Зокрема, враховуючи положення статті 9 Конституції України та беручи до уваги ратифікацію Законом України від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР (475/97-ВР) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7, 11 до Конвенції та прийняття Закону України від 23 лютого 2006 року N 3477-IV (3477-15) «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», суди також повинні застосовувати Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (Рим, 4 листопада 1950 року; далі – Конвенція) та рішення Європейського суду з прав людини як джерело права» (Постанова Пленуму ВС України, 2009, №1).

Проаналізувавши Єдиний реєстр судових рішень, можна знайти безліч судових рішень, у яких українські суди посилаються на практику ЄСПЛ, як на джерело під час винесення рішення. Відтак зокрема Конституційний суд України вперше посилається на рішення ЄСПЛ у справі про смертну кару (Рішення Конституційного суду України у справі № 1-33/99, 1999). Таким чином, застосовуючи норми Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (надалі - Конвенція), національні суди безпосередньо застосовують правові позиції, які містяться в рішеннях ЄСПЛ, юрисдикцію якого щодо тлумачення зазначеної Конвенції визнала Україна на підставі п. 1 Закону України № 475/97-ВР від 17.07.1997 (Закону України № 475/97-ВР, 1997).

Наприклад, у рішенні Держинського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області у справі № 212/8470/19 від 02.06.2020 прямо зазначено: «Відповідно до ст.17 Закону України №3477-IV від 23.02.2006 року «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини, а також українські суди мають застосовувати при розгляді справ практику Європейського Суду з прав людини як джерело права» (№ 212/8470/19, 2020).

На сьогодні рішення ЄСПЛ мають вагоме матеріально-правове значення для тлумачення положень Кримінального кодексу України (надалі – КК України), оскільки надається оцінка змісту окремих складів кримінальних правопорушень, що передбачені кримінально-правовими нормами чинного законодавства, зокрема щодо їх відповідності положенням Конвенції.

Так, наприклад, Європейським судом з прав людини були винесені рішення щодо тлумачення ст. 8 Конвенції щодо змісту таємниці приватного життя, зокрема порушення якої визначається злочином, який передбачений ст. 182 КК України «Порушення недоторканості приватного життя» (Кримінальний кодекс України, 2001). Відтак було визначено, що інформація, яка становить таємницю приватного життя має містити, наприклад, відомості медичного характеру, особливо відносно захисту таємниці відомостей про ВІЛ-інфікованих, відомості про сексуальну орієнтацію і психосоціальний тип особи, відомості про зміну статі і імені та інше (Вибрані рішення Європейського суду з прав людини, 2006).

Інше рішення ЄСПЛ від 25.02.1992 у справі «Маргарета і Роджер Андерссон проти Швеції» зазначено правові позиції ЄСПЛ щодо тлумачення понять «житло», «таємниця кореспонденції», «приватне життя», «сімейне життя», правові позиції ЄСПЛ щодо змісту права на життя (ст. 2 Конвенції), заборони катування (ст. 3 Конвенції), заборони рабства та примусової праці (ст. 4 Конвенції), права на свободу та особисту недоторканність (ст. 5 Конвенції), презумпції невинуватості (ч. 2 ст. 6 Конвенції) (Андрушко, 2011).

У справі «Невмержицький проти України» від 05.04.2005 р. ЄСПЛ кваліфікував як катування примусове годування заявника, яке було здійснене під час тримання під вартою, однак

зазначив, що примусове годування, у принципі, не вважається поведженням, що принижує людську гідність. Зокрема на дану правову позицію ЄСПЛ у своєму рішенні посилається Ізяславський районний суд Хмельницької області у справі № 675/1781/20 від 22.09.2020 (675/1781/20, 2020).

Досить резонансною є справа ЄСПЛ «Нечипорук і Йонкало проти України» від 21.04.2011 р., у якій ознаками катування названо між іншими і психічне насильство, яке полягало у погрозах застосування катування до вагітної дружини заявника. Варто зауважити, що у своїх рішеннях національні суди доволі часто посилаються на правові позиції ЄСПЛ, викладені у даному рішенні (Нечипорук і Йонкало проти України, 2011).

Звернувши увагу на активну правозастосовну практику рішень ЄСПЛ, варто зауважити, що урахування правових позицій ЄСПЛ під час законодавчої та правозастосовної діяльності спричиняє й певні проблеми, зокрема:

1) систематизації та структуризації досить значної кількості правових позицій і прецедентної практики ЄСПЛ, оскільки такі акти прийнято в різний час та щодо різних держав з огляду на особливості їхньої національної системи права;

2) систематизації та структуризації новітньої прецедентної практики Верховного Суду й аналізу її на предмет відповідності з практикою ЄСПЛ;

3) забезпечення якісного тлумачення судової практики та розроблення на цій підставі необхідних законодавчих ініціатив та інше.

Однак зауважимо, що попри певні проблемні питання, правові позиції ЄСПЛ, які містяться в таких рішеннях, можна визнати джерелом кримінального права України, оскільки судовий прецедент спрямований на усунення прогалин у законодавстві про кримінальну відповідальність та вирішення дискусійних питань, а також тлумачення оціночних понять.

Таким чином, з метою дотримання принципу однакового застосування кримінального законодавства, що є елементом реалізації принципу рівності громадян перед законом і судом, як одна із засад судочинства, передбачена ст. 129 Конституції України, а також з метою подолання прогалин і розкриття оціночних понять в кримінальному законодавстві і обумовлена необхідність визнання рішень Європейського суду з прав людини, як джерела кримінального права України.

**Висновок.** Отже, зважаючи на європейські традиції формування континентальної правової системи, під судовим прецедентом у кримінальному праві слід розуміти офіційне рішення суду, що утворюється в результаті розгляду конкретної справи чи вивчення та узагальнення судових рішень.

На сьогодні, в Україні судовий прецедент має здебільшого рекомендаційний характер. При цьому його головним завданням є усунення прогалин у законодавстві про кримінальну відповідальність, вирішення дискусійних питань та тлумачення оціночних понять. Тому, рішення ЄСПЛ, в яких формується певне розуміння кримінально-правової норми, можна визнати джерелом кримінального права України. При цьому варто зазначити, що національні суди залишають за собою право свободи розсуду і вибору відповідних правових позицій, що містяться в рішеннях ЄСПЛ.

#### Література

Андрушко П. П. Джерела кримінального права України: поняття, види, 2011. № 8 (131), С. 13-22.

Блажівська, Н. До питання про місце рішень Європейського суду з прав людини у національній правовій системі. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № (4), С. 226-230. <https://scholar.google.com.ua/scholar?oi=bibs&cluster=3180370314674326707&btnI=1&hl=uk>

Держинський районний суд м. Кривого Рогу Дніпропетровської області 2 червня 2020, 212/8470/19 (Україна).

Ізяславський районний суд Хмельницької області, 22 вересня 2020, 675/1781/20 (Україна). <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91803284>

Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» № 3477-IV. 2006. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text>

Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» № 475/97-ВР. 1997. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/475/97-вр#Text>

- Кримінальний кодекс України № 2341-III. 2001. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>
- Нечипорук і Йонкало проти України. Справа Європейський суд з прав людини, 21 квітня 2011. [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_683](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_683)
- Попов, Ю. Ю. Прецедентне право у контексті загальнообов'язковості судових рішень та українські перспективи. *Форум Права*. 2010. № 3, С. 351–363. [http://popov-yuyu.narod.ru/27\\_Precedent.htm](http://popov-yuyu.narod.ru/27_Precedent.htm)
- Постанова Пленуму Верховного суду України від України № 1. 2009. [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v\\_001700-09#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09#Text)
- Раданович, Н. Європейські стандарти прав людини: поняття, структура, джерела формування. *Проблеми державотворення та захисту прав людини в Україні*, 2007. № 1. С. 69-71. [https://scholar.google.com.ua/citations?view\\_op=view\\_citation&hl=uk&user=LKXM-aoAAAAJ&citation\\_for\\_view=LKXM-aoAAAAJ:Tyk-4Ss8FVUC](https://scholar.google.com.ua/citations?view_op=view_citation&hl=uk&user=LKXM-aoAAAAJ&citation_for_view=LKXM-aoAAAAJ:Tyk-4Ss8FVUC)
- Рішення Конституційного суду України у справі № 1-33/99. 1999. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-99#Text>
- Уваров В. Г. Застосування практики Європейського Суду з прав людини та норм міжнародно-правових актів в удосконаленні кримінального судочинства України. У В. М. Тертишника (Ред.). 2012. 340 с.
- Ю. Зайцев. О. Павліченко. Вибрані рішення Європейського суду з прав людини : в 2-х томах. Том 2. 2006. 688 с.

#### References

- Andrushko P. P. (2011). Sources of criminal law of Ukraine: concepts, types. 8 (131). 13-22
- Blazhivska, N. (2018). To the question of the place of decisions of the European Court of Human Rights in the national legal system. *Entrepreneurship, economy and law*, (4), 226-230. <https://scholar.google.com.ua/scholar?oi=bibs&cluster=3180370314674326707&btnI=1&hl=uk>
- Dzerzhinsky District Court of Kryvyi Rih, Dnipropetrovsk Region. 2 june 2020, 212/8470/19 (Ukraine).
- Izyaslav district court of Khmelnytskyi region 22 september 2020, 675/1781/20 (Ukraine). <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91803284>
- Law of Ukraine "On Implementation of Decisions and Application of Practice of the European Court of Human Rights" No. 3477-IV (2006). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text>
- On the ratification of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, the First Protocol and Protocols No. 2, 4, 7 and 11 to the Convention. No. 475/97-BP (1997). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/475/97-вр#Text>
- Criminal Code of Ukraine: Law of Ukraine dated 04/05/2001 No. 2341-III. Verkhovna Rada of Ukraine: officer. website. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>
- Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine. Case of the European Court of Human Rights, April 21, 2011. [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_683](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_683)
- Popov, Yu. Yu. (2010). Case law in the context of universally binding court decisions and Ukrainian perspectives. *Forum Law*, 3, 351–363. [http://popov-yuyu.narod.ru/27\\_Precedent.htm](http://popov-yuyu.narod.ru/27_Precedent.htm)
- Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine on behalf of Ukraine No. 1 (2009). [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v\\_001700-09#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09#Text)
- Radanovych, N. (2007). European standards of human rights: concept, structure, sources of formation. *Problems of state formation and protection of human rights in Ukraine*, 1, 69-71. [https://scholar.google.com.ua/citations?view\\_op=view\\_citation&hl=uk&user=LKXM-aoAAAAJ&citation\\_for\\_view=LKXM-aoAAAAJ:Tyk-4Ss8FVUC](https://scholar.google.com.ua/citations?view_op=view_citation&hl=uk&user=LKXM-aoAAAAJ&citation_for_view=LKXM-aoAAAAJ:Tyk-4Ss8FVUC)
- Decision of the Constitutional Court of Ukraine in case No. 1-33/99 (1999). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-99#Text>
- Uvarov V. G. (2012). Absorption of the practice of the European Court of Human Rights and norms of international legal acts in the improvement of the criminal justice system of Ukraine. V. M. Tertishnyk (in general ed.). 340.
- Yu. Zaitsev. O. Pavlichenko. (2006). Selected decisions of the European Court of Human Rights: in 2 volumes/ incl. 688.

#### Анотація

**Кісіль А. В., Шпак К. О., Мисливий В. А. Місце прецеденту ЄСПЛ в системі джерел кримінального процесуального права України. – Стаття.**

У статті розглянуто теоретичні і практичні засади використання прецеденту ЄСПЛ в Україні. В даному дослідженні було проаналізовано зміст поняття «прецедент», а також охарактеризовано його ознаки. Важливим у роботі було визначення правової природи практики ЄСПЛ, з метою встановлення його пріоритетності та обов'язковості дотримання судами. Отож, було розглянуто позиції представників української правової доктрини, з даного питання. Також у роботі було визначено на основі яких підходів зазвичай використовують прецедент ЄСПЛ. В даному випадку було співставлено різні позиції дослідників стосовно характеру судової практики згаданого вище органу, наприклад інтерпретаційних актів; судових прецедентів; поєднання двох перших властивостей. Окрім цього, у статті наведено класифікацію прецедентів, а також описано ознаки, за якими її можна здійснювати.

Важливе місце у роботі посіло вивчення практичних способів використання прецеденту в Україні, що надало змогу визначити його обов'язковість в системі національного законодавства та джерел права відповідно. Отже, було проаналізовано та розкрито практику Верховного суду України, Конституційного суду України, а також суду першої інстанції, стосовно застосування ними рішень ЄСПЛ. На основі розглянутих позицій та тверджень було визначено, що використання прецеденту в Україні, яка в свою чергу належить до романо-германської правової сім'ї спричиняє певні проблеми. При цьому, норми законодавства закріплюють статус судової практики ЄСПЛ, як обов'язкової для судів у ході вирішення справ. Оскільки законодавець не обмежив коло відносин та умов, на які поширюється наведене вище положення, було встановлено, що прецедент, а саме рішення ЄСПЛ належать до системи джерел кримінального процесуального права.

*Ключові слова:* джерело права, кримінальне процесуальне право, судова практика, правова сім'я, національне законодавство.

#### Summary

**Kisil A. V., Shpak K. O., Mysliiviy V. A. The place of the ECHR precedent in the system of sources of criminal procedural law. – Article.**

The article examines the theoretical and practical principles of using the ECtHR precedent in Ukraine. In this study, the content of the concept of "precedent" was analyzed, as well as its features were characterized. It was important in the work to determine the legal nature of the practice of the ECHR, with the aim of establishing its priority and the obligation of compliance by the courts. So, the positions of representatives of Ukrainian legal doctrine on this issue were considered. Also, the work determined the basis of which approaches the precedent of the ECtHR is usually used. In this case, different positions of researchers were compared regarding the nature of judicial practice of the above-mentioned body, for example, interpretive acts; court precedents; a combination of the first two properties. In addition, the article provides a classification of precedents, and also describes the signs by which it can be carried out.

An important place in the work was the study of practical ways of using precedent in Ukraine, which made it possible to determine its obligation in the system of national legislation and sources of law, respectively. So, the practice of the Supreme Court of Ukraine, the Constitutional Court of Ukraine, as well as the court of first instance regarding their application of the decisions of the ECHR was analyzed and disclosed. Based on the considered positions and statements, it was determined that the use of precedent in Ukraine, which in turn belongs to the Romano-Germanic legal family, causes certain problems. At the same time, the legal norms establish the status of the judicial practice of the ECtHR as mandatory for the courts in the course of deciding cases. Since the legislator did not limit the range of relationships and conditions to which the above provision applies, it was established that the precedent, namely the decision of the ECtHR, belongs to the system of sources of criminal procedural law.

*Key words:* source of law, criminal procedural law, judicial practice, legal family, national legislation.