

## ЗАСТОСУВАННЯ СУДОМ АНАЛОГІЇ ПРАВА ПІД ЧАС РЕАЛІЗАЦІЇ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

### APPLICATION OF LEGAL ANALOGY IN THE EXERCISE OF JUDICIAL DISCRETION IN CRIMINAL PROCESS

Дзіндра М.М.,

*аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики  
юридичного факультету  
Львівського національного університету імені Івана Франка*

Визначено сутність аналогії права й аналогії закону для цілей реалізації дискреційних повноважень суду в кримінальному провадженні. З'ясовано умови, які виключають застосування правових норм за аналогією в кримінальному провадженні. Проаналізовано практику новоствореного Верховного Суду щодо застосування правових норм за аналогією.

**Ключові слова:** прогалина в праві, суддівська дискреція, зловживання правом, загальні засади кримінального провадження.

Определена сущность аналогии права и аналогии закона для целей реализации дискреционных полномочий суда в уголовном производстве. Выявлены условия, которые исключают применение правовых норм по аналогии в уголовном производстве. Проанализирована практика Верховного Суда по применению правовых норм по аналогии.

**Ключевые слова:** пробел в праве, судебская дискреция, злоупотребление правом, общие принципы уголовного производства.

The essence of the legal analogy and the analogy of law for the purposes of exercising the discretionary powers of the courting criminal proceedings is defined. Conditions that exclude the application of legal norms by analogy in criminal proceedings are clarified. The practice of the Supreme Court on the application of legal norms by analogy is analyzed.

**Key words:** lacuna in law, judicial discretion, abuse of law, general principles of criminal proceedings.

**Постановка проблеми.** Дискреційні повноваження суду набувають особливого значення в умовах нестабільності законодавства та судової практики, яка спостерігається на даний час в українській правовій системі. Законодавчі зміни часто впроваджуються на подолання точкових правових проблем, що зумовлює їхню неузгодженість як між собою, так і із чинним законодавством. Разом зі стрімкою динамікою розвитку суспільних відносин це призводить до того, що частина кримінальних процесуальних правовідносин залишаються без чіткої правової регламентації, тому правозастосувачам доводиться вдаватися до певних правових інструментів, які дозволяють подолати такі прогалини.

Зокрема, такими інструментами є аналогія закону й аналогія права. Так, відповідно до ч. 6 ст. 9 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 цього Кодексу [1]

**Стан опрацювання.** Питання аналогії в праві, зокрема в кримінальному процесуальному праві, досліджувалося багатьма правниками. Зокрема, цій проблемі присвятили праці В. Вовк, В. Галунько, С. Погребняк, В. Нор, С. Шевчук та інші. Чимало питань вивчалися в загально-теоретичному аспекті П. Рабіновичем, Ю. Шемчушенком, Т. Малярчуком, З. Тростюком та іншими.

На даний час актуальним є з'ясування значення правової аналогії в аспекті здійснення судом дискреційних повноважень. Дане питання потребує більш глибокого дослідження саме в галузі кримінального процесуального права та врахування специфіки кримінальних процесуальних правовідносин як таких, що супроводжуються значним обсягом державного примусу й обмеженням прав і свобод людини.

**Метою статті** є визначення сутності правової аналогії в аспекті дискреційних повноважень суду в кримінальному провадженні та їхніх меж.

**Виклад основного матеріалу.** Питання застосування аналогії в кримінальному процесуальному праві породжувало гострі дискусії серед науковців до ухвалення нового КПК України в 2012 р., який у ч. 6 ст. 9 увів норму, яка

уповноважує суди застосовувати аналогію права для вирішення правових питань, які прямо не врегульовані КПК або врегульовані неоднозначно. Дана норма пом'якшила правові дискусії щодо наявності аналогії в галузі кримінального процесуального права, проте залишилися спірними питання порядку, умов та специфіки її застосування.

Погоджуємося з думкою І. Вовк про те, що в жодному разі не можна ототожнювати процедуру застосування аналогії із законодавчою діяльністю. Остання передбачає врегулювання суспільних відносин через створення нових норм права. Використання ж аналогії не передбачає створення нової правової норми [2]. Правило, виведене судом у процесі застосування аналогії, динамічне і може мати зобов'язувальний характер лише коли відповідатиме всім вимогам до правового прецеденту та застосовуватиметься у відповідному порядку. Зокрема, таке правило має викладатися в рішенні вищого судового органу – Верховного Суду.

Наявність прогалини в праві покладає на суддю обов'язок віднайти таке рішення, яке було б найрозумнішим у цій ситуації. Якщо суддя вбачає лише один законний варіант такого рішення, то не можна говорити про дискрецію, але якщо таких варіантів допускається декілька, то суддя повинен вибрати один, і саме тут він буде застосовувати повний спектр правових інструментів, серед яких буде й аналогія.

Передусім доцільно розмежувати аналогію права й аналогію закону. У загальнотеоретичному розумінні аналогія закону – це вирішення справи за наявністю прогалини на основі норми права, що регулює подібні суспільні відносини [3]

Коли подібна норма відсутня, суддя повинен застосувати аналогію права, тобто вирішити справу на основі загальних принципів права. КПК України закріплює вимогу застосування саме аналогії права і до таких принципів відносить: 1) верховенство права; 2) законність; 3) рівність перед законом і судом; 4) повагу до людської гідності; 5) забезпечення права на свободу й особисту недоторканність; 6) недоторканність житла чи іншого володіння особи; 7) таємницю спілкування; 8) невтручання в приватне життя; 9) недоторканність права власності; 10) презумпцію невинуватості та забезпечення доведеності вини; 11) свободу від самовикриття та право не свідчити проти

близьких родичів і членів сім'ї; 12) заборону двічі притягувати до кримінальної відповідальності за те саме правопорушення; 13) забезпечення права на захист; 14) доступ до правосуддя й обов'язковість судових рішень; 15) змагальність сторін та свободу в поданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їхньої переконливості; 16) безпосередність дослідження показань, речей і документів; 17) забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності; 18) публічність; 19) диспозитивність; 20) гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами; 21) розумність строків; 22) мову, якою здійснюється кримінальне провадження.

Хоча КПК України прямо закріпив лише аналогію права, здається логічним, що аналогія закону також буде застосовуватися до кримінальних процесуальних правовідносин, які між собою є найбільш подібними.

Прикладом застосування аналогії через загальні засади кримінального провадження є постановою Верховного Суду від 10 липня 2018 р. у справі № 461/3792/17, де Суд вирішив питання застосування за аналогією положень ст. 394 КПК України щодо кола суб'єктів, які мають право на апеляційне оскарження окремих судових рішень. Суд констатував, що відсутність «інших осіб» у вичерпному переліку суб'єктів оскарження, передбаченому ст. 394 КПК України, за умови, що судові рішення стосується їхніх прав, свобод та інтересів, не є перешкодою для доступу до правосуддя та звернення до суду вищої інстанції, що передбачено ч. 2 ст. 24 КПК України. Відповідно до цієї норми, кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом. Також гарантується право на перегляд вироку, ухвали суду, що стосується прав, свобод чи інтересів особи, судом вищого рівня в порядку, передбаченому цим Кодексом, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді. Поверненням адвокату його апеляційної скарги апеляційний суд позбавив його такої можливості, що істотно вплинуло на захист інтересів його клієнта [4].

Ще одним прикладом застосування аналогії права в кримінальному провадженні є постановою Верховного Суду від 12 червня 2018 р. у справі № 234/10050/17, де Суд вкотре підкреслив, що апеляційним порядком можуть бути оскаржені ухвали слідчого судді у випадках, передбачених КПК України (ч. 3 ст. 392 КПК України). Буквальне тлумачення зазначеної норми дає підстави для висновку про те, що ухвала слідчого судді може бути оскаржена апеляційним порядком лише тоді, коли в КПК України є норма, якою це дозволено. Однак Конституційний Суд України під час розгляду положення п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України дійшов висновку, що апеляційне оскарження судового рішення можливе в усіх випадках, крім тих, коли закон містить заборону на таке оскарження (абз. 2 пп. 3.2. рішення Конституційного Суду України від 27 січня 2010 р. № 3-рп/2010). Оскільки ухвалу слідчого судді про надання дозволу на проведення позапланової перевірки не передбачено КПК України, то немає ні дозволу, ні заборони щодо апеляційного оскарження такої ухвали. У такому разі суду треба керуватися ч. 6 ст. 9 КПК України щодо застосування загальних засад кримінального провадження відповідно до ч. 1 ст. 7 КПК України [5].

Загальні засади (принципи) кримінального провадження не лише є підставою для застосування аналогії права в кримінальному провадженні, але й визначають межі дискреційних повноважень суду. Так, коли правова норма не передбачає чіткого вирішення питання, а застосування норм за аналогією допускає декілька законних варіантів рішення, саме принципи кримінального провадження разом з вимогами справедливості, правової політики та завданням кримінального провадження спрямовують суд до ухвалення найкращого рішення.

В. Нор зауважує, що засади кримінального провадження – це закріплені в Конституції України, загально-визнаних міжнародних актах та в кримінальному процесуальному законодавстві фундаментальні (базові) керівні для учасників провадження положення, що виражають і визначають найістотніші властивості провадження, вимоги до правил і способу діяльності, насамперед органів і службових осіб, які ведуть кримінальне провадження, та є гарантіями забезпечення дотримання прав, свобод, законних інтересів тих учасників провадження, які залучаються до нього, а в підсумку – виконання завдань кримінального провадження [6; 39].

Важливо з'ясувати умови, за яких застосування правових норм за аналогією буде недопустимим. Передусім не допускається застосування аналогії для визначення підстави для застосування юридичної відповідальності, зокрема і застосування заходів кримінально-процесуальної відповідальності, що суперечило б принципу правової визначеності. У практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) цьому принципу приділяється особлива увага. У «Звіті про дотримання принципу верховенства права» 2011 р. Венеціанська комісія (Європейська комісія за демократію через право) наголошує на тому, що правова визначеність передбачає зрозумілі та точні правові норми, які малочисно на меті гарантування, що ситуації і правовідносини будуть передбачуваними. ЄСПЛ у рішенні в справі «Санді Таймс проти Сполученого Королівства» зазначає, що норма не може вважатися законом, якщо вона не сформульована достатньо чітко, що дозволяє особі співвіднести з нею власну поведінку. Також, на думку ЄСПЛ, недостатня конкретність законодавчих формулювань може бути доповнена їх судовим тлумаченням, конкретизацією з урахуванням обставин справи («С.В. проти Сполученого Королівства») [7].

Також аналогію не можна застосовувати: 1) якщо її застосування суперечить принципу верховенства права іншим принципам здійснення судочинства; 2) коли законодавець свідомо залишив певні правовідносини поза полем правового регулювання; 3) коли застосування аналогії призведе до обмеження чи порушення процесуальних прав.

Аналогію необхідно відрізнити від інших схожих правових прийомів, зокрема тлумачення правових норм. Так, у разі тлумачення правової норми суддя розкриває закладений у неї законодавцем зміст. Коли ж ідеться про аналогію, передбачається, що законодавець несвідомо допустив прогалину в правовому регулюванні і суддя застосовує правову норму до подібних, але не передбачених законодавцем правовідносин.

Як стверджує С. Погребняк, на відміну від розширювального тлумачення, коли ми маємо справу з обставинами, які законодавець передбачав, але не зміг висловити словами, прогалина наявна тоді, коли законодавець взагалі не передбачав таких обставин [8].

Оскільки застосування аналогії права має місце в межах здійснення дискреційних повноважень суду, то воно супроводжується аналогічними ризиками, зокрема щодо зловживання судом права на розсуд і ухвалення рішення з ухилом на користь певної сторони. Такі ризики мають усуватися передусім через контроль із боку всіх учасників кримінального провадження та використання права на апеляційне та касаційне оскарження рішень суду.

**Висновки.** Аналогія права й аналогія закону є невід'ємними елементами процесу реалізації дискреційних повноважень. Суд не ухвалює дискреційне рішення за власним бажанням, з огляду на власні переконання та побажання, він обмежений загальними засадами кримінального провадження, принципами правової політики, вимогами справедливості та верховенства права. Проте не в будь-яких кримінальних процесуальних правовідносинах можливе застосування аналогії, адже воно суперечило б принципу правової визначеності щодо підстав для кримінальної процесуальної відповідальності.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13 квітня 2012 р., у редакції від 5 серпня 2018 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv>.
2. Вовк В. Порядок застосування аналогії у кримінальному судочинстві України. Адвокат. 2010. № 5. С. 18–22.
3. Галуцько В. Аналогія закону (застосування). 2018. URL: <http://sipl.com.ua/wp-content/uploads/2018/02/Аналогія-Закону-30.01-готове-без-врах-МЮУ.pdf>.
4. Постанова Верховного Суду від 10 липня 2018 р. у справі № 461/3792/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75286730>.
5. Постанова Верховного Суду від 12 червня 2018 р. у справі № 234/10050/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74747597>.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар / за заг. ред. В. Гончаренка, В. Нора, М. Шумила. К: Юстініан, 2012. 1224 с.
7. CDL-AD (2011) 003 rev. Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March, 2011) on the basis of comments by Mr. Pieter van Dijk, Ms. Gret Haller, Mr. Jeffrey Jowell, Mr. Kaarlo Tuori. 16 p.
8. Прогребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. Загальні проблеми правової науки. 2013. № 1. С. 44–56.

УДК 343.14

## ОРГАНІЗАЦІЯ РОЗСЛІДУВАННЯ КАТУВАННЯ

## ORGANIZATION OF TORTURE INVESTIGATION

Кельман М.С.,

*доктор юридичних наук, професор,  
професор кафедри теорії та філософії права  
Національного університету «Львівська політехніка»*

Коваль М.М.,

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри кримінального права і процесу  
Національного університету «Львівська політехніка»*

Під час розслідування катування в роботі слідчого є правильність планування й організації самого розслідування злочину. Інформацію про факт катування уповноважена особа може отримати від самого потерпілого, тобто коли він звернувся із заявою про факт вчинення злочину, або самостійно. З моменту отримання інформації слідчий вносить її в Єдиний реєстр досудових розслідувань і розпочинає слідство. Процес розслідування слідчий умовно поділяє на початковий, наступний та завершальний етапи, визначає, які завдання необхідно виконати на кожному із цих етапів, і додає їх у план розслідування. План розслідування може бути усним або письмовим. Також у плані він зазначає інформацію про співпрацю з іншими підрозділами.

**Ключові слова:** організація, катування, організація розслідування, зміст планування.

При расследовании пыток главным в работе следователя является правильность планирования и организации самого расследования преступления. Информацию о факте пытки уполномоченное лицо может получить от самого потерпевшего, то есть когда он обратился с заявлением о факте совершения преступления, или самостоятельно. С момента получения информации следователь вносит ее в Единый реестр досудебных расследований и начинает следствие. Процесс расследования следователь условно разделяет на первоначальный, последующий и заключительный этапы, определяет задачи, которые необходимо выполнить на каждом из этих этапов, и затем вносит их в план расследования. План расследования может быть устным или письменным. Также в плане он отмечает сотрудничество с другими подразделениями.

**Ключевые слова:** организация, пытки, организация расследования, содержание планирования.

The key to the investigation of torture in the investigator's work is the correctness of planning and organizing the crime itself. A person authorized to receive information about a fact of torture may receive information from the victim himself, that is, when he has filed a statement about the fact of committing an offense, or by the self-disclosure of this fact. From the moment of receiving information, the investigator enters it into a single registry of pre-trial investigation and commences an investigation. The investigator's procedure is divided into the initial, next and final stages of the investigation, and determines the tasks to be performed at each of these stages, which is included in the investigation plan. The investigation plan may be oral or written. Also, in the plan, the investigator indicates the cooperation with other units.

**Key words:** organization, torture, organization of investigation, content of planning.

**Постановка проблеми.** Діяльність слідчого в кримінальних провадженнях може бути ефективною лише тоді, коли вона належно організована, а всі дії органів розслідування системні. Розслідування злочинів є, по суті, роботою з перевірки висунутих версій для встановлення істини.

**Стан опрацювання.** Питання організації та планування розслідування досліджувалося в працях В. Громова, С. Голунського, П. Тарасова-Родіонова й О. Васильєва.

**Метою статті** є аналіз термінів «планування» й «організація», визначення їхнього значення в процесі розслідування катування.

**Вклад основного матеріалу.** У «Філософському енциклопедичному словнику» слово «організація» (від лат. *organizo* – «улаштовую») тлумачиться так: «внутрішня

упорядкованість, погодженість, взаємодія більш-менш диференційованих і автономних частин цілого, зумовлена його структурою; сукупність процесів чи дій, що приводять до утворення й удосконалення взаємозв'язків між частинами цілого; об'єднання людей, що спільно реалізують деяку програму або ціль і діють на основі визначених правил і процедур» [1, с. 448].

Є різні визначення поняття «організація розслідування злочинів». О. Ларін стверджував, що організація розслідування – це раціональний вибір, розміщення і застосування сил, знарядь і засобів, які має слідчий, створення і використання оптимальних умов для досягнення цілей судочинства [2, с. 59]. В. Шепітько дає лаконічне визначення: організація розслідування – це комплекс необхідних