

СПІВВІДНОШЕННЯ РІЗНИХ РОЗУМІНЬ ПРАВА ПІД ЧАС ПРАВАЗАСТОСОВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ. ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИЙ ПОГЛЯД

Аналізується процес формування нормативної правозастосовної практики, коли з позицій різних розумінь права у разі відсутності законодавчо оформленої норми судді, використовуючи дискреційні повноваження, за умов дотримання загальноприйнятих норм і принципів створюють відповідні правила та норми. Зазначена практика має безперечно важливе значення в умовах сучасної України, оскільки відповідає фундаментальним засадам права як такого, сприяє розробці ефективних практичних механізмів усунення прогалин у кримінальному процесі.

Ключові слова: *типи праворозуміння, аспекти існування права, прогалини нормативного регулювання, аналогія права, обґрунтування та прийняття процесуальних рішень, природно-правове, ненормативістське соціологічне праворозуміння, дискреційні повноваження, нормативна процесуальна практика, створення норм права.*

Анализируется процесс формирования нормативной правоприменительной практики, когда с позиций разных пониманий права, в случае отсутствия законодательно оформленной нормы судьи, используя дискреционные полномочия, при условии соблюдения общеобязательных норм и принципов создают соответствующих правила и нормы. Указанная практика имеет бесспорно важное значение в условиях современной Украины, поскольку отвечает фундаментальным основам права как такового, содействует разработке эффективных практических механизмов устранения пробелов в уголовном процессе.

Ключевые слова: *типы правопонимания, аспекты существования права, пробелы нормативного регулирования, аналогия права, обоснование и принятие процессуальных решений, природно-правовое, ненормативистское, социологическое право понимание, дискреционные полномочия, нормативная процессуальная практика, создание норм права*

In article is analysed process of the forming normative law application practice, when from position various law understandings, in the event of absence legislative executed norm judges, using discretionary authorities, at condition of observance general norms and principles, creates the corresponding rules and norms. This specified practice has undoubtedly great importance in conditions of the modern Ukraine, because accords substantial bases of the law as such, renders the assistance to development efficient practical mechanisms removal of the gaps in criminal process.

Key words: *types law understandings, aspects existence law, gaps of the normative regulation, analogy of the law, grounding and acceptance procedural decisions, natural-legal, nonnormative, sociological law understanding, discretionary authorities, normative procedural practice, making the legal norms.*

Останнім часом особливого значення набула проблема співвідношення та взаємодії різних аспектів функціонування права як цілісного феномена під час правозастосовної, у т.ч. кримінально-процесуальної практики. Насамперед це пов'язано із суттєвим ускладненням відповідних процесуальних відносин на сучасному етапі їх реформування, а також недосконалістю, невизначеністю багатьох положень чинного законодавства, що не встигає за швидкими змінами, які виникають у суспільних відносинах і відображаються у відповідній правовій реальності. Це створює жорсткі об'єктивні умови щодо необхідності усунення

наявних прогалин уже безпосередньо під час практичної діяльності, при вирішенні конкретних справ і ситуацій, які потребують юридичного регулювання.

За таких умов беззаперечними залишаються вимоги застосування для вирішення конкретних фактів правового характеру норм, визначених чинним законодавством і систематизованих у відповідних нормативно-законодавчих актах. Проте під час практичної правозастосовної діяльності виникає значна кількість фактів суто юридичного характеру щодо яких відсутні будь-які норми закону і які, тим не менш, враховуючи їхню важливість і актуальність, вимагають негайного регулювання вже на даний момент.

У літературі майже не приділяється уваги концептуальному аналізу фактично існування правових норм, сформованих або створених з метою усунення наявних прогалин чи суперечностей у законодавстві альтернативним шляхом, поза межами правотворчої процедури вищого законодавчого органу.

У працях сучасних російських та українських теоретиків і філософів права, зокрема С.С. Алексєєва, Д.А. Керимова, Г.В. Мальцева, В.С. Нерсисянца, О.В.Мартиншин, О.Е. Лейста, А.В. Полякова, С.І. Максимова, П.М. Рабіновича та ін.¹ досить широко представлена тема з різних питань розуміння права, різноманітних методологічних підходів до пізнання права та поглядів щодо онтологічних підстав його існування.

Водночас наявні дослідження фактично не відображають існуючих проблем співвідношення та взаємодії різних розумінь права, які відображають різні аспекти об'єктивного функціонування права, їх використання в якості підстав для вибору норми права й вирішення певної юридичної ситуації, обґрунтування та прийняття рішень під час правозастосовної, у т.ч. кримінально-процесуальної, діяльності.

При дослідженні вказаних питань актуального значення набуває насамперед існування т.з. «спонтанного порядку правового регулювання», тобто створення правових норм для вирішення тих чи інших казусів безпосередньо під час відповідної правозастосовної процесуальної практики. На думку Ф.А. Хайєка, таке право як «продукт людської дії» може створюватись, виходячи з практичних потреб, без будь-якого попереднього плану на підставі вільного, спонтанного, самостійного прояву волі учасників суспільних правових відносин².

Визначальним при цьому стає фактор праворозуміння, тобто розуміння посадовими особами, що застосовують право, його сутності та конститутивних ознак, внаслідок чого фактично створюються, у разі їх відсутності, нові правові норми стосовно фактів, які вимагають правового регулювання.

Викладене можна визначити таким єдиним терміном, як нормативна практика правозастосовних (правоохоронних) органів. Як окремих та найпоширеніший її випадок можна зазначити про існування відповідної судової практики, за результатами якої не тільки тлумачаться чинні законодавчі норми (позитивного права), а й фактично створюються нові правові норми.

При цьому створення та формування нових правових норм (як, до речі, і тлумачення вже існуючих) відбувається за допомогою тих чи інших критеріїв. Зокрема, до них можна віднести: застосування аналогії з чинними нормами законодавства, що регулюють схожі, ідентичні факти та правові ситуації; застосування положень загальної частини Кримінально-процесуального кодексу, що визначають основоположні засади та принципи кримінального судочинства; використання міжнародно-правових або конституційних, що значною мірою є втіленням останніх, норм і принципів; застосування природно-правових принципів, тобто

увялень про ідеальне право та його найвищі, основоположні засади; використання мотивів досягнення найоптимальнішої доцільності та ефективності регулювання певних відносин; використання певних сталих і чітко визначених дій, рішень або відносин учасників процесу, сформованих під час відповідної правозастосовної практики у порядку «спонтанного регулювання», яким надається характер загальнозначущих обов'язкових правил; використання, як якості прецедентів, як окремих випадок сформованих вищевказаною практикою норм, судових рішень, що вже застосовувалися для вирішення аналогічних ситуацій.

Перший із зазначених критеріїв відомий як «аналогія закону».

Безпосереднє застосування положень загальної частини Кримінально-процесуального кодексу, а також міжнародно-правових або конституційних норм і принципів можна віднести до дії т.з. «аналогії права». У таких випадках розсуд правозастосовувача обмежується усвідомленням загальних начал і сенсу права, у т.ч. процесуального права як такого.

Як свідчить правозастосовна практика, зазначені способи усунення прогалин у законодавстві широковідомі та загальновизнані. Однак вони використовуються не тільки для оцінки та вирішення окремих справ. У ситуаціях, не врегульованих чинним законодавством, вони застосовуються для формування правил поведінки учасників процесуальних відносин, які раніше не існували та фактично мають характер і значення правових норм.

Вибір кожного із названих критеріїв залежить від способу сприйняття права та правових норм, поглядів на сутність і смисл права, надання першорядного значення тим чи іншим сторонам (аспектам) буття права як соціального явища, виділення із вищезазначеною метою певних аспектів права в якості ключових і пріоритетних. Тобто такий вибір залежить від типу праворозуміння, який використовується для оцінки правозастосувачем ситуації, що має правові наслідки, а також для використання вже існуючих і формування нових відповідних правових норм, необхідних для її регулювання.

При цьому в зазначений спосіб інституалізуються наявні домінуючі тенденції теоретичної та професійної правосвідомості щодо сутності права та його визначальних ознак. Крім того, реалізуються внутрішньо притаманні, тобто апіорні антропологічні, характеристики свідомості щодо необхідності знаходження смислу і значення права та правових норм з одночасним наданням їм зовнішніх, об'єктивно окреслених форм, необхідних для вирішення конкретних фактів у разі відсутності законодавчо визначених норм.

Так, створення та застосування правових норм за аналогією з нормами чинного законодавства, що регулюють схожі, ідентичні факти та правові ситуації, відбувається, виходячи з пріоритетного значення позитивістського розуміння права.

Частково таке саме праворозуміння діє при застосуванні положень загальної частини Кримінально-процесуального кодексу. Проте, враховуючи, що в загальній частині КПК знаходять своє відображення фундаментальні, у т.ч. конституційні, принципи права як такого, його основоположні засади, що в даному випадку регулюють певні процесуальні відносини, мова може йти і про домінування природно-правового розуміння.

Аналогічно на змішаному позитивістському та природно-правовому розумінні права ґрунтуються використання, з метою формування нових правил і вирішення казусів, вже існуючих конституційних чи міжнародно-правових норм і принципів.

Використання пов'язаних із конституційними положеннями ідеальних уявлень про основи права як такого та його фундаментальні, визначальні принципи свідчить про перевагу природно-правового розуміння права.

У разі використання правил, що вже сформовані внаслідок певних сталих дій та рішень учасників процесуальних відносин, набули для них загальнообов'язкового характеру, або норм, сформованих внаслідок відповідної судової або іншої правозастосовної практики, пріоритет надається соціологічному розумінню права, визначальним рисам, що його характеризують. Процес легітимації відбувається внаслідок визнання суб'єктами процесуально-правових відносин підстав для певних типізованих дій та рішень, а також визнання відповідних повноважень або прав та обов'язків інших учасників цих відносин, які застосовуються для вирішення тієї чи іншої ситуації, не врегульованої чинним законодавством.

Використання судових рішень (прецедентів), які застосовувалися для вирішення інших справ, у т.ч. використання рішень вищих судових інстанцій, що ґрунтуються на аналізі відповідної практики та мають характер «керівних роз'яснень», у багатьох випадках свідчить про змішане соціологічне та природно-правове розуміння права.

Пріоритет «психологічному» праву, тобто логічно визначеним деонтологічним засадам формування взаємних прав та обов'язків надається при створенні правових норм з позицій їхньої найбільшої доцільності та ефективності в регулюванні певних відносин. Мова йде не тільки про раціональне, суто «інструментальне» створення правових норм для найефективнішого досягнення мети нормативного регулювання, а й досягнення такої ефективності через певний ціннісний зміст створюваних норм. Подібні норми формуються правосвідомістю та безпосередньо застосовуються для вирішення конкретного факту, виходячи з понять належного або уявлень про важливість зобов'язуючої поведінки, виконання певних обов'язків на користь інших осіб. Тому формування норм із критерієм їхньої доцільності може одночасно ґрунтуватись як на психологічному, так і на природно-правовому розумінні права.

Основним загальним критерієм або головним принципом при використанні під час правозастосовної діяльності різних пізнаних аспектів права як цілісного соціального явища є вибір або створення (формування), у разі її відсутності, найбільш значущої, домінуючої норми для врегулювання не тільки певного факту чи конкретної справи, а й для вирішення всіх аналогічних справ чи казусів й надалі.

Сформовані за допомогою вищезазначених критеріїв правила, наділяючи учасників процесуальних правовідносин, що вони регулюють, певними та чітко визначеними правами й обов'язками, набувають загального значення, а відтак стають загальнообов'язковими при використанні судами та іншими правозастосовними органами, тобто отримують всі необхідні та притаманні нормам права ознаки.

Таким чином, йдеться про механізм формування альтернативних законодавству джерел права. Основою такого механізму є визнання сформованих у вищевказані способи норм і правил у якості правових іншими суб'єктами процесуально-правових відносин. Їх визнання може відбуватися лише внаслідок інтерсуб'єктивної, комунікативної взаємодії учасників процесу з метою вирішення нагальних практичних завдань процесу, що мають актуальний, вкрай важливий характер. Подібне загальне визнання та систематичне, постійне застосування для вирішен-

ня інших ідентичних справ є визначальними щодо легітимациі вказаних правових норм та їх впровадження у процесуальну практику реальних відносин як альтернативи законодавчим нормам.

Надання під час практичної діяльності вказаним нормам значення та смислу правових, тобто найважливіших, загальнообов'язкових правил, що регулюють суспільні відносини, які складаються у процесі кримінального судочинства, сприяє та допомагає вирішенню фундаментальних, базових цілей і завдань процесу.

Вказане відображає саме динаміку існування, буття права як феномена, постійну взаємодію та взаємозалежність різних його вимірів, незведенність права до «застиглої», засталеї визначеної єдиної головної ознаки, що могла б використовуватися для нормативного врегулювання будь-якої ситуації. Це ж підтверджує і «незакіненість» права лише на його позитивістському аспекті. Така динамічна парадигма права може бути покладена в основу й так званого інтегративного розуміння права, на актуальності якого все частіше акцентується увага.

Тим більше, що альтернативні традиційному способи формування правових норм надалі допомагають доповнювати та змінювати положення чинного законодавства. Так, сформовані судовою практикою і визначені в рішенні Конституційного Суду та постанові пленуму Верховного Суду України положення щодо можливості оскарження постанови правоохоронних органів з приводу порядку, приводів і підстав порушення кримінальних справ як щодо конкретних осіб, так і за фактами, згодом було оформлено в якості окремих статей, якими доповнено Кримінально-процесуальний кодекс³.

Про подібну тенденцію свідчать і напрями сучасного розвитку й удосконалення діяльності вищих судових установ інших країн континентального права, у т.ч. з розвинутою юридичною культурою, у яких в умовах домінування закону зростає і самостійна роль судового прецеденту. К. Цвайгерт і Х. Кьотц зазначають, що на континенті такого роду «керівні принципи» та «резюме», що викладаються перед надрукованим судовим рішенням вищих судових інстанцій, «часто зовсім не пов'язані з обставинами справи і надаються самостійно у вигляді відшліфованих формулювань, так що в юридичній практиці їх застосовують як норми закону»⁴.

Деякі норми, сформовані судовою практикою, застосовуються одночасно із нормами діючого процесуального законодавства. Наприклад, подібним чином у слідчій та судовій практиці застосовується передбачене постановою пленуму Верховного Суду України, однак відсутнє у КПК, положення, яким визначаються підстави та умови обмеження строків ознайомлення обвинуваченого та його захисника з матеріалами кримінальної справи у разі зловживань останніх цим правом на стадії досудового слідства.

Йдеться про правотворюючу діяльність, що виражає доповнюючу до закону роль судової практики. При цьому вказана діяльність не зводиться до загальноновідомого застосування інституту аналогії закону чи права, а фактично виходить за його межі. У даному випадку суд у конкретній життєвій ситуації за допомогою притаманних йому інструментарія та засобів компенсує існуючі «порожнини», прогалини нормативного регулювання, тобто заповнює те, що можна було б очікувати у подібній ситуації від закону. Причому таке доповнення стосується не тільки окремої юридичної справи, але й набуває загального нормативного значення. Реальне існування такої нормативної практики отримує все більше визнання

в сучасному правознавстві⁵.

Як слушно зауважує С.С. Алексєєв, доповнення судами положень закону призводить до того, що поряд із законом отримує життя особлива нормативна реальність. Як тільки створені судами правові положення починають застосовуватися не лише для даної юридичної справи, а й у якості типізованого рішення інших відповідних життєвих ситуацій, тобто як тільки вказані «нормативні реальності» набувають «загального значення», перед нами – справжні юридичні норми⁶.

Створення правових норм вказаним альтернативним шляхом та існування подібної нормативної реальності виникає насамперед через необхідність усунення під час правозастосовної діяльності наявних прогалин і суперечностей у законодавстві, безпосередньо пов'язане з наданням, залежно від того чи іншого типу праворозуміння, окремим аспектам права як цілісного явища пріоритетного, переважного значення. При цьому різні фундаментальні ознаки права виділяються й актуалізуються з метою використання в якості підстав для вирішення тих чи інших фактів, що потребують юридичного врегулювання.

1. Алексєєв С.С. *Философия права*. – М.: Издательство НОРМА, 1997. – 336 с.; *Политико-правовые ценности: История и современность* / Отв. ред. Нерсеянц В.С. – М.: Эдиториал УРСС, 2000. – 256 с.; *Мартиншин О.В.* Совместимы ли основные типы понимания права? // *Государство и право*. – 2003. – № 6. – С. 13; *Лейст О.Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – 288 с.; *Поляков А.В.* *Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций*. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 845 с. 2. *Хайек Ф.А.* Пагубная самонадеянность. – М.: Новости, 1992. – С. 22. 3. Рішення Конституційного Суду України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.scourt.gov.ua. 4. Алексєєв С.С. *Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи*. – М.: Статут, 2000. – С. 132. 5. Там само. – С. 117-118. 6. Там само. – С. 120-121.