

РОЗДІЛ 6. ПЕРСПЕКТИВНІ НАПРЯМИ РОЗВИТКУ ПРЕДМЕТА РЕГУЛЮВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-244-2-2-10>

Дроздович Н. Л.

кандидат юридичних наук,

*науковий консультант відділу забезпечення роботи секретаря
та суддів судової палати управління забезпечення роботи
першої судової палати*

*Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду
м. Київ, Україна*

ПРОЦЕСУАЛЬНА АНАЛОГІЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У роботі розглядається місце, роль та значення аналогії як правового явища у кримінальному процесуальному праві України. Аналізуються теоретичні та законодавчі аспекти її правової природи. Обґрунтовується використання терміну «процесуальна аналогія» як найбільш коректного та такого, що охоплює поняття «аналогія закону» та «аналогія права», оскільки доктринальні положення та судова практика констатують допустимість обох видів аналогії у вітчизняному кримінальному процесі. Одночасно надається характеристика процесуальної аналогії як найбільш оперативного способу усунення прогалин у праві. Використовуючи теоретичні та судово-практичні дані, визначаються умови, за яких процесуальна аналогія допустима у кримінальному провадженні, а також зазначено й про умови, за яких застосування правових норм за аналогією не допускається. Теоретичні положення з даного приводу проілюстровано прикладами судової практики суду касаційної інстанції із сформульованими правовими висновками щодо окремих питань

застосування чи недопустимості застосування процесуальної аналогії у кримінальному провадженні. На підставі проаналізованої судової практики виокремлено типові напрямки застосування процесуальної аналогії. При цьому всі вони класифіковані за критеріями тих прав і свобод, у сфері яких мають свою реалізацію, та стосуються: предмету апеляційного оскарження; кола осіб, наділених це право реалізувати; тлумачення певних норм КПК.

Вступ

З набранням чинності Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК) 2012 року внесено багато суттєвих змін до вітчизняного судочинства та функціонування правоохоронної системи. Реформа торкнулася практично всіх стадій кримінального процесу, а відтак це потребує зміни в переосмисленні багаточисленних правових інститутах кримінального процесу. Наукова спільнота також отримала свій мотиваційний імпульс у зв'язку із законодавчою регламентацією окремих інститутів кримінального процесу, які попередньо функціонували на доктринальному рівні. Одним із таких інститутів є аналогія у кримінальному провадженні України. З огляду на особливості законодавчої техніки та використані юридичні конструкції КПК вказане правове явище потребує розгляду в багатоаспектній площині та формулюванні висновків, які спростовують або підтверджують вже існуючі напрацювання з даного питання.

1. Поняття аналогії у кримінальному провадженні: її місце, роль і значення

Інститут аналогії має давню історію, що пов'язується з історією становлення та розвитку системи права. Зазвичай гостра потреба в аналогії виникала в період ґрунтовної зміни в системі суспільних відносин внаслідок значних подій (війна, революція тощо), коли органи правозастосування вимушені вирішувати завдання та діяти в умовах ситуацій, не врегульованих законом. У період стабільності суспільних відносин, а відповідно і їх нормативного врегулювання, потреба в аналогії знижується, однак не зникає повністю. Сучасний стан розвитку суспільних відносин та державності в Україні доводить це з переконливістю, а відтак поява аналогії у змісті КПК не є

випадковою та яка також долучається до законодавчо визначених механізмів забезпечення ефективності права.

Як відомо, ефективність права визначається трьома основними факторами: якістю нормативного акту; відповідністю правореалізації та правозастосування; рівнем правосвідомості та правової культури [1, с. 93]. Безперечно, що всі ці фактори є однаково необхідними та важливими для забезпечення ефективності права. Водночас якість нормативного акту, особливо в тій сфері суспільних відносин, яка врегульована за принципом «дозволено тільки те, що передбачено законом», відіграє особливу роль, оскільки саме в змісті нормативного акту закладена воля законодавця, мета правового врегулювання суспільних відносин та правильний спосіб її досягнення. Норми кримінального процесуального права, що є охоронними за своїм змістом, містять значний, у порівнянні з іншими галузями права, ступінь державного примусу, у зв'язку з чим будь-який недолік у механізмі кримінального процесуального врегулювання тягне за собою труднощі в правозастосовній діяльності та інші негативні наслідки.

Слід пам'ятати й про те, що законодавче унормування певних суспільних відносин є досить тривалим у часі й процес законотворення не є достатньо оперативним, як того вимагають потреби практичного правозастосування; а в деяких випадках законодавець первинно й не мав об'єктивної можливості регламентувати виникнення того чи іншого питання.

Під прогалиною в праві розуміють відсутність у чинній системі законодавства норми права, відповідно до якої має вирішуватися питання, що потребує правового регулювання. Як правило, прогалини виникають в силу того, що законодавець не зміг охопити формулюваннями нормативного акту всі життєві ситуації, що вимагають правового регулювання; внаслідок недоліків юридичної техніки; або ж внаслідок постійного розвитку суспільних відносин. Очевидно, що єдиним способом усунення прогалин у праві є прийняття відповідним повноважним органом відсутньої норми або групи норм права. Проте такий спосіб не усуває проблему у правозастосуванні настільки оперативно, наскільки того вимагають виниклі правовідносини для прийняття рішення у конкретному кримінальному провадженні. Тому за відсутності потрібної норми права способом подолання прогалин є аналогія.

Можливість використання аналогії за наявності прогалини нормативного врегулювання обумовлюється наявністю правової норми, що регулює подібні, схожі відносини, такі, що у своїй структурі мають спільні риси, елементи. У тих же випадках, коли спеціальні норми, що регулюють подібні відносини, відсутні, рішення приймається, виходячи із загальних принципів, основних засад і змісту відповідної галузі права або права загалом, тобто застосовується аналогія права. Водночас слід наголосити, що наведене не є підставою для визнання аналогії у будь-якій галузі права способом подолання прогалин, оскільки 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 норми. Правомірність застосування аналогії для подолання прогалин легітимується принципом рівності, ґрунтується на уявленні про системність і внутрішню послідовність права: якщо б законодавець передбачав цей випадок, то вноормував би його так само, як унормовано схожі з ним за сутністю випадки.

Отже, первинне розуміння аналогії як правового інституту полягає у встановленні його ідентичної ролі у правовій системі у порівнянні із суміжними або ж подібними іншими правовими явищами. І така роль полягає у сприянні оперативному подоланню (а не усуненню, що є функцією законодавця) прогалин правового регулювання.

Також з'ясування правової природи аналогії пов'язане з необхідністю відрізнити її від інших правових явищ та інших схожих правових прийомів, зокрема тлумачення правових норм. Так, у разі тлумачення правової норми суб'єкт правозастосування розкриває закладений у неї законодавчий зміст. Коли ж йдеться про аналогію, передбачається, що законодавець свідомо допустив прогалину у правовому регулюванні і підлягає застосуванню права норма подібна, але не передбачена законодавцем для певних правовідносин.

Аналогія є правовим інститутом, що притаманний різним галузям права. Так, статтею 8 Цивільного кодексу України визначено: якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють

подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права).

Частиною 9 статті Цивільного процесуального кодексу України встановлено: якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права).

Можливість застосування аналогії закону передбачена і частиною другою статті 305 Господарського кодексу України, згідно з якою у частині, не врегульованій Господарським кодексом України, іншими, прийнятими відповідно до нього нормативно-правовими актами, до агентських відносин можуть застосовуватися відповідні положення Цивільного кодексу України, якими регулюються відносини доручення.

Частиною шостою статті 4 Господарського процесуального кодексу України передбачено: у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї.

Застосування аналогії закону та аналогії права передбачено також і Сімейним кодексом України. Зокрема, статтею 10 вказаного Кодексу визначено: якщо певні сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу, які регулюють подібні відносини (аналогія закону). Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного законодавства (аналогія права).

Згідно з положеннями статті 8 Кодексу адміністративного судочинства України суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого, зокрема, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини.

Водночас, відповідно до частини четвертої статті 3 Кримінального кодексу України застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено. Це положення узгоджується з нормами міжнародних договорів про права людини.

Тривалий час позиція законодавця щодо застосування аналогії у сфері кримінального провадження залишалась і залишається доволі невизначеною (закон не містив ані дозволу на застосування аналогії, ані прямої заборони).

Так, КПК УРСР 1922 року у ст. 2 містив норму, що забороняла суду зупиняти розгляд справи у зв'язку з відсутністю, неповнотою, незрозумілістю або суперечністю законів, тим самим непрямо спонукаючи суд до застосування аналогії. Незважаючи на відсутність у КПК України 1960 року положень стосовно можливості застосування аналогії, а в чинному КПК – наявність лише в загальному виді задекларованої можливості застосування аналогії під час здійснення кримінального провадження, питання щодо правомірності застосування процесуальної аналогії вже давно позитивно вирішено більшістю учених-процесуалістів у процесуальній теорії та науці.

Реформа кримінального процесу систематизувала й закріпила засади кримінального судочинства в єдиному галузевому кодифікованому акті. І вперше в сучасній історії української незалежної державності на законодавчому рівні серед засад кримінального провадження вперше унормовано інститут аналогії. Так, ст. 9 КПК, що присвячена принципу законності, у своєму змісті містить положення про те, що у випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 КПК.

Саме у такий спосіб, хоча і без введення у змісті закону категорії аналогії, законодавець визначив існування у кримінальному провадженні такого інституту. І, як і будь-яка нова законодавча регламентація певної групи суспільних відносин, запровадження вказаних норм КПК породжує ряд практичних та методологічних запитань, тому важливим є визначення місця інституту аналогії в КПК 2012 року з огляду на застосовану юридичну техніку та системно-структурний аналіз засад кримінального провадження.

Свого часу проблемі застосування цього інституту у кримінальному процесі в радянський період приділяли увагу такі вчені, як М.С. Строгович, М.М. Гродзинський, Р.Д. Рахунов, Л.Б. Зусь та ін. З початком 2000-х років з огляду на сучасне розуміння права, виходячи з підвищених вимог до якості закону, правової визначеності, сучасних досягнень законодавчої техніки, дослідники стали знову повертатися до цих традиційних проблем та розглядати їх на новому парадигмальному рівні (В. О. Белоносов, М. О. Громов, В. В. Лазарев, Д. Ю. Сільченко, О.В. Капліна та ін.). При цьому вчені-процесуалісти висловлювали полярні точки зору на питання можливості застосовування процесуальної аналогії як засобу подолання прогалин нормативного регулювання. Зокрема, одні науковці (П.С. Елькінд, М.С. Строгович, П.В. Пашкевич) вважали, що прогалини у кримінальному процесуальному праві можуть бути подолані за допомогою аналогії, посиляючись на те, що кримінальна процесуальна галузь права, на відміну від матеріальних, стикається з більш ширшим спектром життєвих ситуацій, тому без її існування неможливо забезпечити рух кримінального провадження по стадіях, захистити права та законні інтереси осіб, що приймають участь у кримінальному судочинстві [2 с. 127; 3, с. 84; 4, с. 25]. Інші вчені (Н.А. Власенко, Т.М. Добровольська, В.І. Камінська) категорично заперечують можливість застосовування кримінального процесуального закону (права) за аналогією. Така точка зору аргументована тим, що у всіх випадках, коли законодавець допускає можливість застосування аналогії, він прямо вказує на це в законі [5, с. 37; 6, с. 158].

В решті сучасні вітчизняні науковці інститут аналогії досліджували через призму розуміння прогалин у праві, способів їх усунення в загальній теорії права та у площині інших галузей права, в тому числі кримінальних процесуальних відносин (М.І. Бажанов, Ю.М. Грошевой, В.М. Савицький, В.К. Случевський, Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко, П.М. Рабинович, О.Ф. Скакун, З.А. Тростюк, Ю.С. Шемшученко та ін.).

Попередньо вже згадувалося про те, що в чинному КПК ч. 6 ст. 9 пов'язана із принципом законності. Розкриваючи зміст засади законності, законодавець зобов'язує суд, слідчого суддю, прокурора, керівника органу досудового розслідування, слідчого, інших службових осіб органів державної влади до неухильного додержання вимог кримінального процесуального закону (ч. 1

ст. 9 КПК), водночас допускаючи застосування загальних засад кримінального провадження, коли положення КПК не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження. То чи є таке положення, як закріплене в ч. 6 ст. 9 КПК самостійним принципом кримінального провадження, чи законодавцем аналогія розглядається як елемент принципу законності? Важливість з'ясування цього обумовлене визначенням місця процесуальної аналогії в механізмі регламентації кримінальних процесуальних відносин та способів і умов її використання, особливо в тій сфері суспільних відносин, яка врегульована за принципом імперативності.

З цією метою варто окреслити поняття принципів, зокрема кримінального провадження, та критерії їх виокремлення.

Принципам права загалом, як і кримінального процесуального права зокрема, приділяється достатньо багато уваги в навчальній та науковій літературі. В теорії, науці кримінального процесу ця проблематика незмінно висвітлюється у відповідних підрозділах підручників, навчальних посібників, присвячені їй і окремі монографічні дослідження як у контексті системи принципів кримінального процесу загалом, так і в розрізі дослідження окремих із них (зокрема, С.А. Альперта, А.В. Гриненка, Ю.М. Грошевого, А.Я. Дубинського, Т.М. Добровольської, П.М. Давидова, І.Л. Зіначенко, Г.К. Кожевникова, А.В. Кочури, О.П. Кучинської, Л.М. Лобойка, В.Т. Маляренка, М.А. Маркуш, М.М. Михеєнка, В.В. Навроцької, В.Т. Нора, Д.А. Пешего, В.П. Попелюшка, В.М. Тертишника, Л.Д. Удалової, В.П. Шибіка, М.Л. Якуба, О.Г. Яновської та інших). У роботах цих та інших авторів засади (принципи) кримінального провадження досить широко та різнобічно досліджені на різних етапах розвитку вітчизняної кримінальної процесуальної науки.

У кримінальному процесуальному законодавстві не закріплено визначення засад кримінального провадження, лише наведено їх перелік. Наукою до сьогодні одноставно не визначено сутність цих понять. Науковці ніяк не дійдуть згоди у співвідношенні термінів «засади» і «принципи». Більшість ототожнюють ці два поняття, оскільки їх лексичне значення є дуже близьким. Принцип – це основне вихідне положення наукової системи, теорії, ідеологічного напрямку; спосіб створення або здійснення; переконання, норма, правило у житті і поведінці. Засада – основа, підґрунтя; вихідне головне

положення, принцип; основа світогляду, правило поведінки; спосіб, метод здійснення будь-якої діяльності [7].

Дійсно, більшість авторів вважають поняття «принципи» і «засади» тотожними, оскільки і засади, і принципи мають наскрізний характер і діють в усіх стадіях кримінального провадження [8, с. 18; 9, с. 23; 10, с. 35; 11, с. 31].

Наведене є значущим з огляду на те, що законодавець як в Конституції України (ст. 129), так і в КПК (глава 2) використовує поняття «засади», яке, як вже з'ясовано, є тотожне доктринально використовуваному поняттю «принципи».

Питання щодо класифікації засад (принципів) також є досить дискусійним у кримінальній процесуальній науці. Наразі відсутня єдність думок щодо структури та елементів системи принципів кримінального провадження.

Прикладами класифікації засад (принципів) кримінального провадження можуть бути дослідження наступних вчених.

Л.М. Лобойко одним із критеріїв класифікації виділяє поширюваність принципів кримінального провадження на галузі права і визначає загальноправові принципи (ті, що діють у всіх галузях права), міжгалузеві (діють у кількох процесуальних галузях права) та галузеві (діють лише в межах кримінального провадження). Серед загальноправових принципів автор виділяє принцип законності, однак в галузевих принципах ані про особливості його реалізації, ані про аналогію права (закону) в його класифікації не йдеться [12, с. 45-99].

В.М. Тertiшник пропонує відносити до системи принципів кримінального процесу такі засади, як: гарантованість доступу до правосуддя; презумпція добропорядності людини, забезпечення безпеки учасників кримінального процесу; незалежність слідчого; незалежність суддів; допустимість застосування примусових і запобіжних заходів лише в разі крайньої необхідності; пропорційності; заборона зловживання правами; допустимість розгляду справи тільки в межах пред'явленого обвинувачення; свобода оскарження процесуальних дій і рішень; документованість процесу; забезпечення встановлення об'єктивної істини; справедливість; реабілітація незаконно обвинувачених та осіб, щодо яких відбулося порушення їх прав [13, с. 19].

В.Я. Тацій класифікує загальні засади (принципи) кримінального провадження залежно від їх поширюваності стосовно галузей права на загальноправові, загальнопроцесуальні та

кримінальні процесуальні. В жодній із груп не йдеться про аналогію права (закона) [14, с. 63].

Ю.П. Аленін, В.К. Волошина погоджуються, що систему принципів кримінального провадження складають загально-правові, міжгалузеві, галузеві принципи кримінального провадження та принципи, які властиві досудовому та судовому провадженню. А також, окрім засад, передбачених ст. 7 КПК, систему принципів вони доповнюють такими принципами як всебічність, повнота та неупередженість дослідження обставин кримінального провадження, незалежність та недоторканність суддів, здійснення правосуддя тільки судом [15, с. 86-89].

Аналіз цих досліджень засвідчує, що система засад (принципів) кримінального провадження не є вичерпним переліком і вона не обмежується виключно тими положеннями, які зазначені в КПК; в юридичній літературі допускається розширене тлумачення їх переліку. Водночас, показовим є те, що жоден із авторів не виокремлює аналогію в якості самостійного принципу.

Якщо ж звернутися до критеріїв, які є підставою визнання окремих положень засадами (принципами) кримінального провадження, то загально визнано, що для того, щоб окреме правове положення могло вважатися принципом кримінального провадження, воно має відповідати низці пропонованих до принципів кримінального процесу вимог. Розглядаючи проблему критеріїв, О.П. Кучинська зазначає, що до них необхідно відносити такі вимоги, як соціальна обумовленість, нормативність, регулятивність, основоположність, системність, універсальність, непорушність [16, с. 52-56].

М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.П. Шибіко вважають, що критеріїв визначення конкретного положення принципу кримінального процесу варто віднести таку сукупність якостей:

1) це найбільш загальні, вихідні положення, ідеї, які мають фундаментальне значення для кримінального процесу і які визначають його спрямованість, побудову в цілому, форму і зміст стадій та інститутів;

2) принципи відображають пануючі в даній державі політичні та правові ідеї, які стосуються завдань, способу формування і здійснення правосуддя по кримінальних справах;

3) вони мають бути закріплені в нормах права (окремих або декількох);

4) принципи повинні діяти у всіх або декількох стадіях кримінального процесу й обов'язково на його центральні стадії – стадії судового розгляду;

5) порушення якого-небудь принципу означає незаконність рішення у справі та обов'язкове його скасування [17, с. 29].

Цей підхід до визначення критеріїв принципів кримінального провадження є загальноприйнятним і використовується в дослідженнях із розробки загальних проблем принципів кримінального провадження та дослідженні окремих принципів кримінального провадження.

З наведеного очевидно, що на даний час відсутні підстави вважати аналогію самостійною засадою (принципом) кримінального провадження ані з огляду на законодавчу техніку, ані з точки зору доктринальних досліджень. Та обставина, що положення ч. 6 ст. 9 КПК законодавець розмістив у змісті принципу законності, свідчить про те, що процесуальна аналогія є одним із способів досягнення та реалізації саме цього принципу, оскільки визначає порядок застосування процесуальних норм у разі прогалин чи правових колізій.

Врешті речт, визначивши місце і роль інституту аналогії у регламентації кримінальних процесуальних відносин, варто окреслити й елементи самого поняття аналогії у цій галузі права. Передусім складність такого визначення пов'язана із відсутністю чіткого визначення, який саме вид аналогії законодавець передбачив у КПК.

В доктрині кримінального процесу розрізняють аналогію права і аналогію закону. Аналогія закону – це специфічний спосіб прийняття юридично значущого рішення у разі прогалин у законодавстві, що стосується відповідного конкретного випадку, який передбачає застосування закону, яким регламентуються аналогічні чи подібні за змістом суспільні відносини. Аналогія права – це застосування щодо суспільних відносин, не регламентованих у правовому порядку безпосередньо, загальних принципів національного чи міжнародного права [18, с. 105].

Жоден із цих термінів в КПК не використовується, однак зміст ч. 6 ст. 9 КПК свідчить, що законодавець при регулюванні кримінальних процесуальних відносин прямо допускає аналогію права. Водночас таке твердження не означає відсутність аналогії закону чи заборону її застосування. За таких обставин для належить визначитися із тим, використання якої саме категорії

аналогії найбільше відповідає змісту і духу кримінального процесуального закону.

Як вказується в науково-практичних коментарях КПК, встановлюються правила застосування аналогії кримінального процесуального закону щодо правовідносин, які не врегульовані або неоднозначно врегульовані нормами КПК України або іншими законами чи підзаконними актами [19, с. 46].

При цьому слід зазначити про те, що аналогія права у сфері кримінального провадження, на відміну від аналогії закону, не мала і не має великої кількості прихильників, як така, що суперечить самій ідеї законності, адже однією з головних умов законності й обґрунтованості застосування норм кримінального процесуального права є точна відповідність норми її змісту і фактичним обставинам конкретного випадку, у зв'язку з яким норма права застосовується [20, с. 248].

Також варто звернути увагу й на те, що в судовій практиці мають місце як застосування аналогії права, так і застосування аналогії закону. Прикладом можуть слугувати правові висновки Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ККС ВС) щодо кола суб'єктів, які мають право на апеляційне оскарження окремих судових рішень. Вища судова інстанція у судових рішеннях неодноразово зазначила, що висновок про право застосування норм ст. 7, ст. 9 ч. 6, ст. 24 КПК щодо права на оскарження судового рішення до суду вищого рівня міститься в постанові Верховного Суду України від 3 березня 2016 року в справі № 5-347к15, прийнятій за результатами розгляду справи з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм права, передбачених КПК, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Зокрема, у постанові зазначено, що відсутність «інших осіб» у вичерпному переліку суб'єктів оскарження, передбаченому ст. 394 КПК, за умови, що судові рішення стосується їх прав, свобод та інтересів, не є перешкодою у доступі до правосуддя та звернення до суду вищої інстанції, що передбачено ч. 2 ст. 24 КПК (постанова від 11 квітня 2019 року, справа № 357/3311/18) [21]. У такий спосіб має місце прояв аналогії права.

Про цей же вид процесуальної аналогії свідчать і правові висновки у кримінальних провадженнях, де ККС ВС підкреслив, що в апеляційному порядку можуть оскаржуватися ухвали слідчого судді у випадках, передбачених ч. 3 ст. 392 КПК, оскільки

такі рішення про надання дозволу на проведення позапланової перевірки, не передбачені КПК, тому відсутні і дозволи, і заборони щодо такого оскарження, у зв'язку із чим слід керуватися загальними засадами кримінального провадження (для прикладу: постанова від 19 березня 2019 року, справа № 686/20143/16-к) [22].

Поряд із цим судовій практиці касаційного суду притаманне застосування й аналогії закону. Так, у постанові ККС ВС від 12 грудня 2018 року (справа № 185/1021/18) визнано, що рішення слідчого судді про залишення без розгляду скарги заявника на бездіяльність посадових осіб прокуратури, що полягала у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного державного реєстру досудового розслідування (далі – ЄРДР), хоча безпосередньо і не передбачено кримінальним процесуальним законом, за своїми правовими наслідками є аналогічним наслідкам рішень про повернення скарги на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора або відмову у відкритті провадження по ній, оскільки скарга не розглядається по суті. За таких обставин, з урахуванням положень пунктів 1, 2, 17 ч. 1 ст. 7 КПК у системному зв'язку з положеннями ч. 2 ст. 309 КПК, суд апеляційної інстанції під час вирішення питання про відкриття апеляційного провадження в даному випадку мав би виходити із того, що ухвала слідчого судді про залишення без розгляду скарги на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора підлягає апеляційному оскарженню. Тому посилення суду апеляційної інстанції на положення ч. 4 ст. 399 КПК при відмові у відкритті апеляційного провадження за апеляційною скаргою заявника у цьому кримінальному провадженні не можна визнати обґрунтованими з точки зору таких засад кримінального провадження, як верховенство права та законність [23]. Таким є прояв аналогії закону.

Як підсумок у питанні щодо використовуваних понять аналогії права чи закону слід зазначити, що доктринальні положення та судова практика доводять факт існування обох видів аналогії при здійсненні кримінального провадження незалежно від обраної законодавцем юридичної техніки.

За таких обставин для забезпечення єдності у використанні понять виправданим є використання категорії з більш широким змістом, яка охоплюватиме як термін «аналогія права», так і термін «аналогія закону», що буде запорукою коректного

найменування даного інституту для наукових і практичних потреб. Таким компромісним варіантом загального змісту пропонується «процесуальна аналогія» [24, с. 119].

2. Умови застосування процесуальної аналогії у кримінальному провадженні

Норми кримінального процесуального права, як і будь-які інші види правових норм, діють системно, тобто взаємодіють з іншими нормами як в межах самої галузі права, так і поза нею. При цьому динамічність цих норм та імперативний характер кримінального процесуального регулювання не є гарантією цілковитої ефективності права з огляду на багатоаспектність сфери кримінального провадження, кількість факторів, які впливають на її результативність, дієвість правових приписів у межах цієї діяльності. Все вищевикладене переконує у тому, що досягти ідеального стану, коли суспільні відносини чітко врегульовуються законодавством, навряд чи можливо. Водночас прогалини у законодавстві є хоча і негативним, проте об'єктивним явищем, що означає можливість з'ясування їх причин та вироблення механізмів подолання. «Переваги» об'єктивності будь-якого правового явища в тому, що воно може бути досліджене на теоретичному та практичному рівні, а отже, можливо накопичити емпіричний матеріал задля забезпечення найефективнішого вирішення конкретної правової ситуації та для гарантування дотримання засад справедливого кримінального судочинства у разі відсутності певної кримінальної процесуальної норми. Визначення умов, за яких процесуальна аналогія допустима у кримінальному провадженні, має свої надбання.

У теорії права виокремлюють такі умови, за наявності яких можливо застосувати процесуальну аналогію:

- 1) лише у випадку наявності прогалини в законодавстві;
- 2) стосовно обставин, що знаходяться у сфері правового регулювання;
- 3) у тих галузях та інститутах права, де вона не заборонена законом чи іншим нормативним актом;
- 4) тільки судовими органами в межах наданих їм повноважень;
- 5) у суворій відповідності з матеріальними та процесуальними нормами;

6) враховуючи в кожному випадку близькі за змістом норми, загальні положення, принципи відповідного інституту та галузі права;

7) керуючись практикою вирішення подібних справ;

8) ретельно обґрунтовуючи винесене рішення з фактичного та юридичного боку [25].

Визначаючи умови допустимості застосування кримінальної процесуальної аналогії, Е. Ш. Кемуларія наголошує, що необхідно враховувати особливості, притаманні нормам процесуального права. До них науковець відносить такі:

1) швидкість процесу застосування процесуальних норм, оскільки від неї прямо залежить своєчасне провадження у справі;

2) здійснення правозастосування посадовою особою, яка з огляду на свій процесуальний статус заінтересована в результатах встановлення наявності чи відсутності необхідних процесуально-правових фактів, оскільки такі прямо визначають подальші дії та рішення цієї посадової особи;

3) можливість певного тактичного маневрування для досягнення в чітких межах процесуального закону об'єктивної істини у справі [26, с. 91-93].

Однак це ще не вичерпний перелік.

Зокрема, М.Л. Якуб доповнює зазначений перелік такими особливостями: надання законом дозволу на використання засобів для досягнення цілей кримінального судочинства; максимальна ефективність; економність [27, с. 76].

М.С. Строгович вважав, що застосування кримінально-процесуального закону за аналогією передбачає суворе дотримання таких умов:

1) передбачений процесуальним законом випадок має бути однорідним з тим, до якого закон застосовується за аналогією;

2) використання процесуального закону за аналогією в жодному випадку не повинно вести до обмеження процесуальних прав учасників процесу чи до покладення на них не передбачених законом обов'язків;

3) застосування процесуального закону за аналогією не повинно зумовлювати вчинення органами дізнання, досудового слідства, прокуратури чи суду процесуальних дій, не передбачених нормами кримінально-процесуального закону [28].

Досліджуючи питання аналогії, П.С. Елькінд зазначала, що доти, поки існує аналогія, необхідне точне дотримання

конкретних умов її застосування. На її думку, використання процесуальної аналогії можливе:

1) тільки тоді, коли фактичні обставини конкретного випадку хоча прямо, безпосередньо і не передбачені законом, але, безумовно, впливають із його основних положень;

2) у суворій відповідності до завдань кримінального судочинства, до того ж лише тоді, коли це викликано необхідністю забезпечити швидке і повне розкриття злочину, визначити та усунути причини й умови, що сприяли вчиненню злочину, викрити і справедливо покарати винних тощо;

3) за умови дотримання всіх основних принципів кримінального процесу;

4) повного та точного дотримання всіх процесуальних прав учасників кримінального судочинства [29].

М.М. Гродзинський виокремлював три умови застосування аналогії в кримінально-процесуальному праві:

1) відсутність закону, що безпосередньо вирішує це питання;

2) подолання прогалини має відбуватись у суворій відповідності до тих завдань, які стоять перед кримінально-процесуальними нормами. Ці завдання полягають у тому, щоб забезпечити повне та всебічне розслідування та правильне вирішення кожної кримінальної справи;

3) необхідно повністю дотримуватись прав, які кримінально-процесуальний закон гарантує учасникам процесу [30].

Видається, що таке формулювання умов допустимості застосування процесуальної аналогії у сучасному кримінальному судочинстві є досить вузьким, оскільки не встановлює тих вимог, які забезпечують дотримання законності, охорону прав та інтересів учасників кримінального судочинства під час кримінального провадження. Так, слід критично оцінити віднесення до умов застосування процесуальної аналогії необхідність усунення правової прогалини в регулюванні кримінальних процесуальних відносин. Вже зазначалось, що правозастосовний орган не має можливості усунути прогалину, він лише долає її у кожному конкретному випадку і така необхідність не є правилом. Подолання прогалин правозастосовувачами шляхом застосування процесуальної аналогії можливе, однак їх усунення – функція законодавця.

Однією з умов допустимості процесуальної аналогії, безумовно, має бути й дотримання принципів кримінального

процесу. Необхідно, щоб її застосування не порушувало систему діючих принципів.

Говорячи про критерії допустимості аналогії у кримінальному судочинстві, слід звернути увагу на те, що вона не застосовується до виняткових, особливих випадків, які виходять за межі звичайного застосування кримінального процесуального права, а також там, де визначені межі застосування норм права. Така вимога пояснюється особливим місцезнаходженням норм, що регулюють виняткові випадки, неможливістю їх поширення на інші ситуації. Прикладом наведеного можна назвати провадження у справах про застосування примусових заходів медичного характеру, зокрема, коли душевнохворим особам не пред'являється обвинувачення, щодо них не складається обвинувальний акт. Таке правило не може поширюватись на інші фізичні захворювання.

О.В. Капліна, дотримуючись такої ж думки, пише, що застосування аналогії неприпустиме, коли закон формулює положення, що є винятком із загального правила провадження у кримінальній справі, якщо в самих нормах окреслюється сфера їх дії, встановлюються межі застосування конкретних норм [31, с. 57].

Підсумовуючи викладене, можна запропонувати такий перелік умов допустимості застосування процесуальної аналогії у кримінальному судочинстві:

1) передбачений кримінальним процесуальним законом випадок повинен бути однорідним з тим, до якого закон (право) застосовується за аналогією. Тобто ситуація, яка вирішується за допомогою процесуальної аналогії, має характеризуватись однаковими або схожими рисами, ознаками з тією, яка врегульована законом (правом);

2) застосування процесуальної аналогії повинно відбуватись у суворій відповідності до завдань, які стоять перед кримінальним провадженням (ст. 2 КПК). При цьому обов'язково повинні додержуватись як ті завдання, що характерні для всіх стадій кримінального процесу, так і для кожної з них зокрема;

3) дотримання принципів кримінального процесу. Необхідність запровадження такої умови зумовлена зокрема тим, що тільки належне дотримання принципів кримінального провадження може забезпечити виконання його завдань;

4) застосування процесуальної аналогії в жодному випадку не повинно обмежувати процесуальних прав учасників процесу чи покладати на них не передбачені законом обов'язки;

5) використовуючи процесуальну аналогію, органи дізнання та досудового слідства, прокурор і суд, дотримуючись порядку провадження у кримінальній справі, не повинні вчиняти процесуальні дії, не передбачені нормами кримінального процесуального права.

Поряд із умовами допустимості застосування процесуальної аналогії, згенерованими на доктринальному рівні, так само вироблені умови, за яких застосування правових норм за аналогією буде недопустимим.

Передусім не допускається використання процесуальної аналогії для визначення підстави для застосування юридичної відповідальності, зокрема і застосування заходів кримінальної процесуальної відповідальності, що суперечило би принципу правової визначеності.

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

Такі твердження підтримуються і судовою практикою.

Зокрема, у постанові ККС ВС від 13 грудня 2018 року (справа № 367/3872/17, провадження № 51-3205км18) [32] констатовано, що апеляційний суд, встановивши, що у відповідності до вимог п. 2 ч. 4 ст. 309 КПК у прокурора відсутні підстави для оскарження вироку місцевого суду на підставі угоди про примирення між потерпілим та обвинуваченою, дійшов висновку про відмову у відкритті апеляційного провадження, керуючись положеннями ч. 4 ст. 399 КПК.

Колегія суддів касаційного суду погодилася з таким висновком апеляційного суду, оскільки вирок суду першої інстанції на підставі угоди про примирення може бути оскаржений обмеженим колом суб'єктів та з чітко визначених законом підстав, зазначених у ч. 3 ст. 394 КПК. Зокрема, відповідно до положень зазначеної статті, прокурор може оскаржувати таке судове рішення виключно з підстав

затвердження судом угоди у кримінальному провадженні, в якому згідно з ч. 3 ст. 469 КПК угода не може бути укладена.

У той же час, в апеляційній скарзі прокурор не вказував на порушення ч. 3 ст. 469 КПК, натомість зазначав про порушення судом першої інстанції вимог п. 1 ч. 3 ст. 314 та п. 1 ч. 7 ст. 474 КПК, які з огляду на положення п. 3 ч. 3 ст. 394 КПК не давали йому право на оскарження вироку на підставі угоди про примирення.

Окрім того, неприйнятним визнано й покликання у касаційній скарзі прокурора на необхідність застосування правила, закріпленого у ч. 6 ст. 9 КПК, згідно із яким у випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 цього Кодексу.

Враховуючи вимоги засади диспозитивності (ст. 26 КПК) і те, що п. 3 ч. 3 ст. 394 КПК та ч. 4 ст. 399 КПК чітко регламентують питання спеціальних підстав для оскарження прокурором вироку за угодою про примирення, а також підстав та порядку відмови у відкритті провадження апеляційним судом (у тому числі й у випадках оскарження вироків за угодами), застосування положень ч. 6 ст. 9 КПК для розширення можливостей оскарження прокурором вироку на підставі угоди про примирення виключається.

Таким чином, йдеться про неприпустимість застосування положень ч. 6 ст. 9 КПК для розширення можливостей оскарження прокурором вироку на підставі угоди.

Як і не може бути розглянута по суті апеляційна скарга на судові рішення, яке не підлягає апеляційному оскарженню, лише з посиланням на ч. 6 ст. 9 КПК. Так, у постанові ККС ВС від 4 квітня 2019 року (справа № 494/6/18, провадження № 51-9701км18) [33] визнано законним і обґрунтованим висновок суду апеляційної інстанції про те, що чинним кримінальним процесуальним законом не передбачено оскарження ухвали суду про відмову у затвердженні угоди про визнання винуватості та повернення обвинувального акту прокурору для продовження досудового розслідування.

Процесуальна аналогія як спосіб подолання прогалин є ефективним та дієвим способом забезпечення якісного правового регулювання, й зокрема у сфері кримінальних

процесуальних відносин. Водночас це досягається уразі чіткого дотримання умов допустимості застосування даного інституту, роль якого не варто переоцінювати, адже універсалізація цього інституту є шлях до конкуренції із процесуальною формою, що завжди на сторожі правової визначеності та передбачуваності при застосуванні державно владного примусу.

3. Сучасний стан реалізації процесуальної аналогії у судовій практиці

Сучасний стан правозастосування інституту аналогії у кримінальному провадженні характеризується недостатнім рівнем вивчення сучасної судової практики застосування процесуальної аналогії у кримінальному судочинстві, що пояснюється, в тому числі об'єктивними причинами – нетривалий до цього часу період функціонування процесуальної аналогії в якості норми права, передбаченої чинним КПК. Забезпечення єдності судової практики є однією із функцій вищої судової інстанції – Верховного Суду, вивчення результатів діяльності якого є найбільш інформативним задля визначення тенденцій оптимального застосування норм процесуальної аналогії у кримінальному провадженні, а також для встановлення того, чи ефективний такий спосіб подолання прогалин кримінального процесуального закону.

За період роботи ККС ВС застосування у його судовій практиці положень ч. 6 ст. 9 КПК простежується у понад 200 судових рішеннях, серед яких можливо виділити окремі напрями втілення на практиці процесуальних норм щодо аналогії. Зокрема, процесуальна аналогія у кримінальному провадженні має прояв у постановках ККС ВС для обґрунтування права на апеляційне оскарження, а саме,

- щодо предмету апеляційного оскарження;
- щодо кола осіб, наділених це право реалізувати.

При цьому, аналіз постанов касачіного суду щодо предмету апеляційного оскарження засвідчив можливість виокремлення ряду векторів використання ч. 6 ст. 9 КПК для визначення тих категорій судових рішень, які, попри їх відсутність у переліку оскаржуваних, переглядаються судом цієї інстанції.

Так, судова практика вищої судової інстанції виробила послідовні та усталені правові висновки про можливість апеляційного оскарження судових рішень, прийняття яких не

передбачено КПК. Найбільшу групу серед них становлять судові рішення слідчих суддів про надання дозволів на проведення позапланових перевірок у різних сферах життєдіяльності. Із цього приводу Велика Палата Верховного Суду в постанові від 23 травня 2018 року у справі за касаційною скаргою представника юридичної особи на ухвалу Апеляційного суду Донецької області від 30 серпня 2017 року про відмову у відкритті провадження за апеляційною скаргою на ухвалу слідчого судді про надання дозволу на проведення комплексної позапланової перевірки щодо законності та цільового використання земельної ділянки посадовими особами суб'єкта господарювання надала наступні орієнтири суд апеляційної інстанції під час вирішення питання про відкриття провадження за апеляційною скаргою на рішення слідчого судді про надання дозволу на проведення позапланових перевірок, яке не передбачено КПК, повинен керуватися приписами ч. 6 ст. 9 КПК щодо застосування загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 КПК, до яких, зокрема, віднесено забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності (п. 17 ч. 1 ст. 7, ст. 24 КПК) [34]. Таким чином, згідно з висновком, викладеним у згаданій постанові Великої Палати Верховного Суду, апеляційні суди зобов'язані відкривати апеляційне провадження за скаргами на ухвали слідчих суддів про надання дозволу на проведення позапланових перевірок.

Окрім наведеного, наразі маємо в судовій практиці сформульовані правові висновки щодо можливості апеляційного оскарження наступної групи судових рішень, прийняття яких не передбачено КПК:

- затвердження місцевим судом угоди про визнання винуватості і звільнення від кримінальної відповідальності [35];
- повернення прокурору клопотання про арешт тимчасово вилученого майна у порядку ч. 3 ст. 172 КПК [36];
- надання дозволу на примусове відібрання зразків погрудних зображень (фото) для проведення судово-портретної експертизи [37];
- скасування постанови про оголошення в розшук [38];
- передача майна на відповідальне зберігання та в оперативне управління [39];
- надання дозволу на інспекційне відвідування підприємства [40];

- скасування застосованого арешту майна і його передача [41];
- задоволення скарги на бездіяльність прокурора, скасування постанови про закриття кримінального провадження і зобов'язання його вчинити певні дії [42].

Наведені приклади судової практики касаційного суду засвідчили, що положення ч. 6 ст. 9 КПК широко використовуються як гарантія забезпечення реалізації права на апеляційне оскарження тих видів судових рішень слідчого судді, оскарження яких безпосередньо у відповідних (спеціальних) главах КПК не передбачено, однак задекларовано у ст. 24 КПК та інших загальних нормах. Виправданість такого вектору судової практики, зокрема щодо реалізації права на апеляційне оскарження окремих видів рішень слідчих суддів, підтверджується практикою Конституційного Суду України в подальшому, особливо стосовно останнього виду судових рішень у вищенаведеній класифікації. А саме, 17 червня 2020 року було прийнято рішення № 4-р (П)/2020, яким визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення ч. 3 ст. 307 КПК щодо заборони оскарження ухвали слідчого судді за результатами розгляду скарги на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань після отримання заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення [43]. Відтоді судова практика судів загальної юрисдикції, окрім застосування процесуальної аналогії, має додатковий аргумент – посилення на рішення Конституційного Суду України. Не зайвим буде відмітити, що така тенденція у судовій практиці розпочалася ще в 2019 році, з прийняття цим же судом рішення № 4-р/2019 у справі за конституційною скаргою Глуценка В.М. щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. 2 ст. 392 КПК. В ньому визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), положення ч. 2 ст. 392 КПК щодо унеможливлення окремого апеляційного оскарження ухвали суду про продовження строку тримання під вартою, постановленої під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судового рішення по суті [44]. Судова практика судів загальної юрисдикції відповідно одразу втілила це тлумачення кримінального процесуального закону,

наприклад у постанові від 21 січня 2020 року, однак посилання на положення ч. 6 ст. 9 КПК зберігається [45].

Що ж стосується такого напрямку забезпечення права апеляційного оскарження, як право «інших осіб», інтересів яких стосується судове рішення, що став можливим у зв'язку із застосуванням загальних засад кримінального провадження, то основні доводи при застосуванні ч. 6 ст. 9 КПК зводяться до такого.

Виходячи зі змісту положень Конституції України, статей 7, 24 та 394 КПК у їх взаємозв'язку, особа, яка не була учасником кримінального провадження, має право на апеляційне оскарження судового рішення за умови, що воно стосується її прав, свобод та інтересів. Цей підхід підтверджений постановою Верховного Суду України від 03 березня 2016 року (справа № 5-347к15), де зазначено, що відсутність «інших осіб» у вичерпному переліку суб'єктів оскарження, передбаченому ст. 394 КПК, за умови, що судове рішення стосується їх прав, свобод та інтересів, не є перешкодою у доступі до правосуддя та звернення до суду вищої інстанції, що передбачено ч. 2 ст. 24 цього Кодексу [46].

Подібні правові висновки містяться у ряді постанов ККС ВС.

А також на себе звертає увагу й постанова ККС ВС від 18 грудня 2018 року, правовий висновок якої також належить до цієї групи застосування ч. 6 ст. 9 КПК, хоча він і стосується права «інших осіб», інтересів яких стосується судове рішення, однак не апеляційного, а касаційного оскарження. Зокрема, обґрунтовується, що хоча перелік ч. 3 ст. 424 КПК не передбачає права на касаційне оскарження вироку на підставі угоди іншими особами, проте, на переконання колегії суддів, виходячи із основоположних принципів, гарантованих Конституцією України, а також загальних засад кримінального провадження, такого права не можуть бути позбавленні особи, прав, свобод та інтересів яких стосується судове рішення. Так, згідно п. 17 ч. 1 ст. 7, ст. 24 КПК 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 [47].

Водночас на підставі аналізу практики застосування положень ч. 6 ст. 9 КПК касаційним судом варто окремо зазначити про застосування процесуальної аналогії в процесі тлумачення певних норм КПК як один із способів подолання існуючих прогалин у кримінальному процесуальному регулюванні.

Зокрема, у справі № 483/1186/16-к ККС ВС скасував ухвалу апеляційного суду та призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції, який допустив неправильне встановлення змісту диспозиції статей 177, 178, 194, 196 КПК щодо понять «застосування запобіжного заходу» та «обрання запобіжного заходу». А саме, у постанові від 13 грудня 2018 року касаційний суд вдався до тлумачення вказаних термінів, визначивши, що у змісті кримінального процесуального закону вони використовуються як синонімічні (тотожні за своїм правовим значенням). Своє рішення ККС ВС обґрунтував тим, що у ст.177 КПК йдеться про мету й підстави застосування запобіжного заходу, а у ст. 178 КПК – про обставини, що враховуються при обранні запобіжного заходу. Аналізуючи також положення статей 194, 196 КПК, суд констатував, що чіткого розмежування між поняттями «застосування запобіжного заходу» та «обрання запобіжного заходу», який би мав різні процесуальні наслідки, кримінальний процесуальний закон не містить. Крім того, у КПК не передбачено іншого процесуального документа, крім ухвали про застосування запобіжного заходу (ст. 196 КПК) при вирішенні питань, пов'язаних із такими заходами. За таких обставин касаційний суд визнав, що при постановленні ухвали про відмову у відкритті провадження та про повернення апеляційної скарги поза увагою залишено й вимогу ч. 6 ст. 9 КПК, що є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону та відповідно до положень п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК є підставою для скасування оскарженої ухвали [48].

Так само має місце тлумачення окремих норм кримінального процесуального закону в постанові ККС ВС від 06 червня 2019 року, в якій, хоча і без посилання на ч. 6 ст. 9 КПК, проте вища судова інстанція здійснила тлумачення глави 34 КПК для вирішення питання, які судові рішення можуть бути предметом перегляду за нововиявленими обставинами, а тому звернулася до загальних засад кримінального провадження. Зокрема мотиви касаційного суду зводяться до такого. Системне тлумачення глави 34 КПК призводить до висновку, що перегляд за

нововиявленими обставинами є надзвичайним (екстраординарним) переглядом судових рішень у виняткових випадках, коли після завершення розгляду кримінальної справи в звичайному порядку (в судах першої, апеляційної і касаційної інстанції) виявлені обставини, що могли суттєво вплинути на прийняті судові рішення, і внаслідок завершення кримінального провадження, розгляд цих обставин у звичайному порядку кримінального провадження став недоступним. Цей висновок підтверджується, крім іншого, і самим текстом статті 459 КПК, а тому нововиявлені обставини мають стосуватися лише вироку або судових рішень, що постановлені щодо цього вироку, тобто судового рішення по суті кримінального обвинувачення.

Зі змісту глави 34 КПК та загальних засад кримінального провадження вбачається, що кримінальне провадження за нововиявленими обставинами є формою перегляду рішень суддів, які набрали законної сили. За своїм змістом ця стадія кримінального процесу виступає як механізм, що доповнює звичайні заходи забезпечення правосудності судових рішень у кримінальних провадженнях. Цей вид провадження має резервне значення та використовується лише у випадках, коли вичерпані всі інші допустимі засоби процесуально-правового захисту [49].

Не менш цікавими, що заслуговують на увагу, є інші способи застосування ч. 6 ст. 9 КПК в судовій практиці ККС ВС.

Так, процесуальна аналогія у кримінальному провадженні використовується при вирішенні питання про повноваження апеляційного суду щодо дослідження доказів за власною ініціативою. Щодо цього касаційний суд зазначив, що той факт, що жодна зі сторін не заявляла клопотання про повторне дослідження доказів, не виключало права апеляційного суду безпосередньо дослідити докази, керуючись загальними засадами кримінального провадження. Так, згідно ч. 6 ст. 9 КПК у випадках коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені у ч. 1 ст. 7 цього Кодексу. Тобто, якщо апеляційний суд при перегляді кримінального провадження убачає можливу недоведеність винуватості особи, він повинен за власною ініціативою забезпечити повноту дослідження доказів, адже до цього спонукають завдання кримінального провадження, вказані у ст. 2 КПК, та необхідність дотримання інших його засад,

зокрема, верховенства права, презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини, і це не суперечить такій засаді кримінального провадження, як диспозитивність [50].

А також процесуальна аналогія касаційним судом використана щодо повноважень цього суду змінити судові рішення шляхом збільшення розміру моральної шкоди [51; 52; 53; 54].

Наведена судова практика підкреслює вагомість процесуальної аналогії у кримінальному судочинстві та констатує ефективність її застосування без суперечностей та колізій з іншим положеннями кримінального процесуального закону. Також це свідчить про те, що застосування процесуальної аналогії є не шаблонним, а фактично творчим процесом, що обумовлене пошуками оптимальних способів та шляхів втілення ч. 6 ст. 9 КПК.

Висновки

Інститут аналогії у сучасному кримінальному процесуальному праві – не лише доктринальне явище, а й законодавчо зафіксований факт у положеннях ч. 6 ст. 9 КПК. На підставі наведених правових норм очевидно, що кримінальний процесуальний закон допускає як застосування аналогії закону, так і аналогії права, не визначаючи принципової різниці їх видів. З огляду на таке пропонується «універсальне» поняття для означення цього правового явища у кримінальному провадженні – «процесуальна аналогія».

З'ясування правової природи процесуальної аналогії переконує у тому, що це юридичний засіб, метою якого є сприяння у подоланні прогалин на підставі засад (принципів) кримінального провадження. При цьому наразі відсутні підстави вважати процесуальну аналогію самостійним принципом кримінального провадження. Водночас вказане не є основною функцією процесуальної аналогії, оскільки за її допомогою прогалини не усуваються, а лише долаються у кожному конкретному кримінальному провадженні для вирішення конкретної правової ситуації; їх заповнення та ліквідація здійснюється виключно законодавчим органом. Окрім того, процесуальна аналогія має свої умови допустимості для її застосування, оскільки її застосування межує із вимогами процесуальної форми, яка у кримінальній процесуальній сфері є

гарантією забезпечення від свавільного використання владного державного примусу.

В судовій практиці застосування процесуальної аналогії знайшло своє переконливе відображення. Так, сучасна судова практика суду касаційної інстанції, що визначає вектор вітчизняної судової практики в цілому, містить достатню кількість прикладів різної категорії судових рішень, які відображають втілення процесуальної аналогії у вирішенні певної правової ситуації.

Література:

1. Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. Москва : Зерцало-М, 2002. 288 с.
2. Элькин П. С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. Москва : Юридическая литература, 1968. 192 с.
3. Строгович М. С. Природа советского уголовного процесса и принципы состязательности. Москва : Юридическое издательство НКЮ СССР, 1939. 152 с.
4. Пашкевич П. Ф. Судебная практика и уголовный процесс. Судебная практика в советской правовой системе. Москва : Юрид. лит., 1975. 226 с.
5. Власенко Н. А. Об аналогии в современном процессуальном праве. *Российская юстиция*. 2005. № 7. С. 32-36.
6. Каминская В. И., Добровольская Т. Н. [Рецензия]. *Советское государство и право*. 1968. № 1. Рец. на кн.: Элькин П. С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. Москва : Юридическая литература, 1968. 192 с.
7. Академічний тлумачний словник української мови (1970-1980). URL: <http://sum.in.ua/s/pruneur/> (дата звернення: 23.01.2019).
8. Тертишник В. М. Кримінально-процесуальне право України : підручник. 4-ге вид., перероб. та доп. Київ : А.С.К., 2003. 1120 с.
9. Навроцька В. В. Засади диспозитивності та її реалізація в кримінальному процесі України : монографія. Львів : Львівський держ. ун-т внутрішніх справ, 2010. 440 с.
10. Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України : підручник. 2-ге вид., перероб. та доп. Київ : Либідь, 1999. 536 с.

11. Назаров В. В., Омельяненко Г. М. Кримінальний процес України: навч. посіб. 2-ге вид., перероб. та доп. Київ : Атіка, 2007. 584 с.
12. Лобойко Л. М. Кримінальний процес України : підручник. Київ : Істина, 2014. 432 с.
13. Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Київ : Алерта, 2014. 768 с.
14. Кримінальний процес : підручник / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін. ; за ред.: В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. Харків : Право, 2013. 824 с.
15. Аленін Ю. П., Волошина В. К. Поняття та система принципів кримінального провадження. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2014. Т.14. С. 78–89.
16. Кучинська О. П. Принципи кримінального провадження в механізмі забезпечення прав його учасників : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2013. 288 с.
17. Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України : підручник. Київ : Либідь, 1992. 413 с.
18. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Київ : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1998. Т. 1 : А–Г. 672 с.
19. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. коментар / відп. ред.: С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, Ю. Захарченко. Харків : Одісей, 2013. 1104 с.
20. Бондар О. В. Поняття і значення застосування аналогії в кримінальному судочинстві. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2009. Вип. 21. С. 246–251.
21. Постанова Верховного Суду України від 11.04.2019 р., справа № 357/3311/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81234850> (дата звернення: 14.03.2020).
22. Постанова Верховного Суду України від 19.03.2019 р., справа № 686/20143/16-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80555776> (дата звернення: 14.03.2020).
23. Постанова Верховного Суду України від 12.12.2018 р., справа № 185/1021/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78680663> (дата звернення: 14.03.2020).
24. Дроздович Н. Л. Процесуальна аналогія: самостійний принцип кримінального провадження чи елемент законності.

Слово національної школи суддів України. 20196 № 3 (28). С. 115–126.

25. Карташов В. Н. Институт аналогии в советском праве (вопросы теории): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Саратов, 1976. 24 с.

26. Кемулария Э. Ш. Проблемы применения уголовно-процессуального закона по аналогии: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 1983. 161 с.

27. Якуб М. Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. Москва: Юридическая литература, 1981. 145 с.

28. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса: в 2 т. Москва: Изд-во «Наука», 1968. Т. 1: Основные положения науки советского уголовного процесса. 468 с.

29. Элькинд П. С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Ленинград: Издательство ЛГУ, 1963. 171 с.

30. Гродзинский М. М. Аналогия в советском уголовно-процессуальном праве. *Ученые записки Харьковского юридического института.* 1948. Вып. 3. С. 3–24.

31. Капліна О. До питання про аналогію кримінально-процесуального закону. *Юридична Україна.* 2005. № 1. С. 55–60.

32. Постанова ККС ВС від 13.12.2018 р. (справа № 367/3872/17, провадження № 51-3205км18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77968952> (дата звернення: 07.11.2019).

33. Постанова ККС ВС від 04.04.2019 р. (справа № 494/6/18, провадження № 51-9701км18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81013253> (дата звернення: 07.11.2019).

34. Постанова Великої Палати ВС від 23.05.2018 р. (справа № 243/6674/17-к, провадження № 13-16сво18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74475959> (дата звернення: 07.11.2019).

35. Постанова ККС ВС від 16.10.2018 р. (справа № 439/1344/17, провадження № 51-6922км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77249045> (дата звернення: 07.11.2019).

36. Постанова ККС ВС від 20.11.2018 р. (справа № 297/1176/17, провадження № 51-1705км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78044717> (дата звернення: 07.11.2019).

37. Постанова ККС ВС від 13.09.2018 р. (справа № 285/1673/17, провадження № 51-797км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76822780> (дата звернення: 07.11.2019).

38. Постанова ККС ВС від 02.10.2018 р. (справа № 522/15961/17, провадження № 51-231км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76972457> (дата звернення: 07.11.2019).

39. Постанова ККС ВС від 10.04.2018 р. (справа № 522/20851/16-к, провадження № 51-265км18 (в ЄАСД ВС під номером 17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73469580> (дата звернення: 07.11.2019).

40. Постанова ККС ВС від 15.01.2019 р. (справа № 635/1845/17, провадження № 51-5424км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79314101> (дата звернення: 15.04.2020).

41. Постанова ККС ВС від 15.05.2019 р. (справа № 760/25546/18, провадження № 51-10322км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81841836> (дата звернення: 15.04.2020).

42. Постанова ККС ВС від 26.02.2019 р. (справа № 757/12583/17-к, провадження № 51-3251км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80178316> (дата звернення: 15.04.2020).

43. Рішення Конституційного Суду України від 17.06.2020 р. № 4-р/(П)/2020 URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/30504> (дата звернення: 09.03.2021).

44. Рішення Конституційного Суду України від 13.06.2019 р. № 4-р/2019 URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/2487> (дата звернення: 09.03.2021).

45. Постанова ККС ВС від 21.01.2020 р. (справа № 404/1248/19, провадження № 51-4043км19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87179223> (дата звернення: 09.03.2021).

46. Постанова Верховного Суду України від 03.03.2016 р. (справа № 5-347к15) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/56939749> (дата звернення: 11.11.2020).

47. Постанова ККС ВС від 18.12.2018 р. (справа № 227/1325/18, провадження № 51-7724км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78979788> (дата звернення: 11.11.2020).

48. Постанова ККС ВС від 13.12.2018 р. (справа № 483/1186/16-к, провадження № 51-4991км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78627978> (дата звернення: 11.11.2020).

49. Постанова ККС ВС від 06.06.2019 р. (справа № 1304/10570/12, провадження № 51-6716км18). URL:

<https://reyestr.court.gov.ua/Review/82449947> (дата звернення: 11.11.2020).

50. Постанова ККС ВС від 18.12.2018 р. (справа № 659/579/16-к, провадження № 51-2073км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78979785> (дата звернення: 11.11.2020).

51. Постанова ККС ВС від 31.01.2019 р. (справа № 527/876/16-к, провадження № 51-5891км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/796408454> (дата звернення: 30.06.2020).

52. Постанова ККС ВС від 29.01.2019 р. (справа № 741/1135/16, провадження № 51-4591км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79639379> (дата звернення: 30.06.2020).

53. Постанова ККС ВС від 13.06.2019 р. (справа № 758/11085/15-к, провадження № 51-227км19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82450005> (дата звернення: 30.06.2020).

54. Постанова ККС ВС від 06.06.2019 р. (справа № 425/3850/15, провадження № 51-5428км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82316329> (дата звернення: 30.06.2020).