

**О. О. Дудоров,**

завідувач науково-дослідної лабораторії  
з проблем попередження, припинення та розслідування злочинів  
територіальними органами Національної поліції України  
Луганського державного університету внутрішніх справ  
імені Е. О. Дідоренка, доктор юридичних наук, професор,  
заслужений діяч науки і техніки України

## ДО ПИТАННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ВИМІР КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

1. Свого часу у відгуку офіційного опонента на дисертацію учня Станіслава Сергійовича Яценка В. О. Гацелюка «Реалізація принципу законності кримінального права України (загальні засади концепції)» я написав, що в юридичній літературі суперечливо вирішуються питання про необхідність виокремлення спеціальних (галузевих) принципів кримінального права, їхню кількість (перелік), зміст і роль у кримінально-правовому регулюванні суспільних відносин, а також чи варто відповідні концептуальні засади втілювати у законодавчу матерію. Констатувалося мною і недостатнє висвітлення кримінально-правового значення Конституції України із закріпленням у ній положенням про верховенство права. Відзначалося також, що полеміка, яка ведеться у науці з приводу переліку принципів кримінального права і змісту окремих із них, як і перекручення окремих фундаментальних засад у правозастосуванні, значною мірою є результатом контекстуального закріплення принципів кримінального права, коли суть останніх не завжди чітко впливає з відповідних нормативних положень. «... забезпечення текстуальної форми закріплення принципів у КК як необхідна умова закріплення та реалізації принципів у кримінальному праві є сьогодні одним із першочергових завдань законодавця» [1, с. 119]. На втілення цієї конструктивної ідеї в життя спрямована пропозиція О. С. Олійник включити у Загальну частину чинного КК України розділ 1<sup>1</sup> «Принципи закону про кримінальну відповідальність» [2,

с. 28—30]. З огляду на сказане, задум розробників проєкту нового КК України (далі — проєкт КК) нормативно визначити принципи кримінального закону заслуговує схвальної оцінки.

2. У тезах, пропонованих увазі читача, йтиметься про окремі кримінально-правові аспекти принципу верховенства права. Як відомо, питання співвідношення принципів верховенства права і законності особливо гостро стоїть саме у галузі кримінального права, яке характеризується (за загальним правилом) імперативним методом правового регулювання і високим рівнем формально-юридичної визначеності. Автор цих рядків вже звертався до вказаної проблематики [3, с. 26—30; 4; 5], поступово змінюючи свою позицію і врешті-решт зробивши висновок про безпідставність як протиставлення принципів законності і верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність, так і викривленого (однобічного) тлумачення конституційного положення про керування верховенством права при здійсненні правосуддя. Вітчизняні правники не повинні сприймати проблему спрощено, схилившись до однієї з крайностей: або до визнання повної переваги принципу законності перед принципом верховенства права на етапі правозастосування, або, навпаки, до переконання у тому, що суддя може у будь-який момент відмовитися від застосування закону під приводом власних уявлень про справедливість. Відхід суду від «букви» закону можливий, але робити це слід украй вважено. Своєчасність чергового з'ясу-

вання кримінально-правової специфіки верховенства права зумовлена потребою осмислення новітніх наукових здобутків, включаючи відображення зазначеної засади у проєкті КК.

3. Згідно зі ст. 1.2.1 проєкту КК, цей Кодекс, виходячи з верховенства права, обмежує повноваження держави, запобігаючи свавільному втручанням в права і свободи людини. Щодо наведеної дефініції хотів би зробити такі застереження.

По-перше, якщо суть верховенства права зводиться саме і лише до обмеження відповідних повноважень держави, то слова «виходячи з верховенства права» видаються зайвими. Бо створюється враження, що обмеження зазначених повноважень держави — це одне, а принцип верховенства права — щось інше.

По-друге, із наведеного визначення не зовсім зрозуміло, про яку людину йдеться, — порушника кримінально-правової заборони чи, наприклад, потерпілого від злочину, правами та інтересами якого мала би передусім опікуватися держава (до слова, у проєкті КК ця схвальна ідея знаходить послідовне втілення). Показовим у зв'язку зі сказаним є, зокрема, те, що В. О. Навроцький правову визначеність як складову верховенства права «адресує» не лише тому, хто вчинив або може вчинити діяння, передбачене КК України, а й дійсному чи потенційному потерпілому [6, с. 60]. О. С. Олійник, розкриваючи зміст принципу верховенства права, веде мову про «рівний і справедливий масштаб свободи, прав та обов'язків осіб, які мають статус сторони або учасника кримінально-правових відносин» [2, с. 28—29]. Натомість Ю. В. Баулін у своєму визначенні верховенства права конкретизує, що у цьому разі йдеться про обмеження повноважень держави від свавільного втручання у права і свободи саме і тільки особи, яка вчинила злочин [7].

По-третє, у згаданій статті проєкту КК не повною мірою розкриваються суть і значення принципу верховенства права — якщо це взагалі можливо зробити в одному стислому формулюванні, яке втілює (треба так розуміти) «інтегративний» підхід до верховенства права.

Великою мірою, законність, юридична визначеність і рівність перед кримінальним законом (статті 1.2.2—1.2.4 проєкту КК, відповідно) можуть (точніше мають) визнаватися складовими верховенства права («поелементний» підхід). Так, у додатку до доповіді «Верховенство права», схваленої Венеційською комісією на 86-му пленарному засіданні 25—26 березня 2011 р., наводиться контрольний перелік питань (*Rule of Law Checklist*), який дає змогу зрозуміти, чи існує в тій чи іншій державі верховенство права. Першим у цьому переліку є питання, чи діє держава на підставі закону та відповідно до закону. Далі йдеться про юридичну визначеність, заборону свавілля, доступ до правосуддя, дотримання прав людини, заборону дискримінації і рівність перед законом. У сучасній теорії права законність так само розглядається як одна з основних складових верховенства права (поряд із повагою до прав і свобод людини, верховенством конституції, обмеженням дискреційних повноважень, принципами рівноправності та рівності перед законом, розподілу влади, юридичної визначеності, захисту довіри, пропорційності, а також незалежності суду і суддів) [8, с. 361—379]. Цікаво, що, базуючись на документах Венеційської комісії, положеннях Конституції України і враховуючи предмет регулювання кримінального права як матеріальної публічної галузі права, Ю. В. Баулін виділяє такі самі складники верховенства права вже у кримінально-правовому вимірі: законність; юридична визначеність; заборона свавільності; доступ до правосуддя; додержання прав людини; недискримінація та рівність перед кримінальними законом [7].

Видається, що зазначені складники (а в інших джерелах зустрічається і більша їх кількість) характеризують право цивілізованого (демократичного) суспільства загалом; побачити тут якусь кримінально-правову специфіку — проблематично. У цьому сенсі можна зрозуміти А. А. Музику, який у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію Ю. С. Резнік «Принцип гуманізму та

його реалізація в кримінальному праві України» пише, що верховенство права — це, швидше, не принцип, а універсальна ідея, на якій ґрунтуються всі правові принципи. Вчений висловлюється за те, щоб не фіксувати у законодавчому порядку феномена верховенства права як принципу: «Це глобальна цінність, світоглядна практична ідея. Не треба намагатися дати визначення поняття «верховенство права» [9, с. 155]. Прагматичним виглядає підхід К. В. Легких: оскільки норми Конституції України (а в ч. 1 її ст. 8 проголошено, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права) є нормами прямої дії, окремого закріплення в КК України принцип верховенства права не потребує [10, с. 193]. На думку В. О. Гацелюка, принцип верховенства права має свій власний специфічний загальноправовий зміст, а тому навряд чи доцільно конкретизувати його до рівня сукупності положень галузевого принципу [1, с. 140].

Відтак розробникам проекту КК варто замислитися над тим, чи доречно надавати особливий кримінально-правовий зміст конституційному (загально-правовому) принципу верховенства права, який має пронизувати як матеріальне, так і процесуальне публічне право і наповнення якого залишається не до кінця визначеним. Підсумовуючи наші критичні застереження щодо перспектив відбиття принципу (засади) верховенства права, ми з Є. О. Письменським резюмували, що, пропонуючи своє визначення цієї засади, розробники проекту КК завідомо наражають себе на очікувану і, мабуть, справедливую критику при тому, що не пропонують чіткого розв'язання чи не основної в аспекті правозастосування (так нам видається) проблеми, яка постає в контексті закріплення згаданої засади, а саме: чи вправі суд, керуючись принципом верховенства права, діяти поза кримінальним законом або навіть усупереч йому? [11].

4. Зі звернення до новітніх здобутків вітчизняної теорії права і конституційного права впливає ствердна відповідь на поставлене (без перебільшення, світо-

глядне) запитання, хоч і звучить це вкрай незвично (принаймні для правника з традиційно-позитивістським мисленням, побоювання якого пов'язане з тим, що «свавілля законодавця буде замінено свавіллям інтерпретатора»). Своєю чашою автор цих рядків також писав, що надання суду загальної юрисдикції (крім Верховного Суду (далі — ВС)) на підставі ч. 1 ст. 129 Конституції України можливості оцінювати кримінальний закон на предмет того, чи є він правовим (у сенсі справедливим), може призвести до хаосу у правозастосуванні. Обережне (стримане) ставлення до принципу верховенства права, а точніше до його правозастосовного потенціалу простежується у висловлюваннях багатьох знаних представників вітчизняної кримінально-правової науки [4, с. 133].

Водночас, на підтвердження думки про правомірність (за певних умов) зазначеної поведінки судді, можна навести висловлені в юридичній літературі міркування про те, що реалізація правових принципів як самостійного джерела права у межах романо-германської правової системи дозволяє уникнути ототожнення права із законом, запобігає застосуванню несправедливих, свавільних законів. Подолання прогалин у законодавстві, вирішення колізій, невідповідність існуючих нормативно-правових приписів основоположним правам людини — це ті виняткові випадки, в яких суд на підставі відповідної аргументації може виступати як суб'єкт правотворення, діючи поза законом або всупереч закону [8, с. 78, 164, 202].

Відповідно до ч. 2 ст. 8 КПК України принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ. «В прецедентній практиці ЄСПЛ міститься система взаємопов'язаних та усталених принципів, які у своїй сукупності визначають концепцію доктрини верховенства права» [12, с. 49]. На думку ЄСПЛ, судова правотворчість як одне з джерел права є невід'ємною частиною правової традиції держав — членів РЄ, що забезпечує прогресивний розвиток кримінального пра-

ва [13, с. 93, 94]. У світлі сказаного договороказом для вітчизняних суддів у частині змістовного наповнення конституційного принципу верховенства права можуть і повинні стати підходи, обстоювані ЄСПЛ. Вказану обставину чудово усвідомлюють розробники проекту КК, які у ч. 3 ст. 1.2.9 пропонують закріпити таке, узгоджене із здобутками кримінально-правової науки (Ю. Б. Хімяк, О. О. Сорока та ін.) положення: «Цей Кодекс застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини щодо України».

Держава шляхом запровадження інституту конституційної скарги (статті 55 і 151<sup>1</sup> Конституції України, статті 55, 56, 77, 78 Закону України від 13 липня 2017 р. «Про Конституційний Суд України») встановила, яким чином має діяти, зокрема, засуджена особа, яка вважає, що застосоване щодо неї положення КК є неконституційним, бо порушує гарантовані Конституцією України права людини. Частково цей захід може розглядатись як відповідь на запитання В. О. Тулякова про те, як у демократичній державі слід реагувати на неправовий закон та яким чином захищати осіб, засуджених за неправовими законами [14, с. 95]. Водночас, як зазначають М. І. Мельник і С. В. Різник, слід не допустити сприйняття суб'єктами правозастосування звернення до Конституційного Суду України (далі — КСУ) з конституційною скаргою як звільнення судів загальної юрисдикції від обов'язку оцінювати нормативні акти на предмет їх відповідності Конституції України і застосовувати тільки ті з них, які не суперечать її нормам. Традиційна інтерпретація принципу «закон суворий, але він закон» не має більше стояти в основі національного праворозуміння. Вітчизняні суди не повинні займати боязку позицію, приймаючи неправові рішення на шкоду людині тільки через те, що той або інший закон є формально чинним і не визнаний неконституційним. Якщо суд загальної юрисдикції не сумнівається в неконституційності закону, то він зобов'язаний застосувати норми Консти-

туції України, а не відповідного закону; за таких обставин суд не зобов'язаний зупиняти провадження у справі і звертатися до ВС України для подальшого вирішення питання в КСУ [15, с. 153, 158].

С. Д. Шапченко пише, що, на відміну від заборони в кримінальному праві «аналогії права» принципом законності, принцип верховенства права допускає використання такої аналогії. У такому разі застосування аналогії в кримінальному праві має пов'язуватись із використанням загальних положень засад відповідних принципів правових інститутів для вирішення однотипних ситуацій, не врегульованих законодавством. При цьому з усіх допустимих варіантів має обиратися той, який є найбільш сприятливим для особи [16, с. 90—91]. Наведений підхід імпонує О. С. Олійник, яка у проєкті відповідної статті КК пропонує зафіксувати, що принцип верховенства права допускає використання аналогії права для подолання прогалін у джерелах кримінального права [2, с. 29].

На сьогодні викладені вище теоретичні міркування, з яких випливає безпідставність (або щонайменше некоректність) протиставлення вимоги щодо дотримання вимог закону при здійсненні правосуддя і керування при цьому принципом верховенства права, знаходять законодавче підтвердження — передусім у нормах Закону України від червня 2016 р. «Про судоустрій і статус суддів» (ч. 1 ст. 6, ч. 1 ст. 48, ч. 1 ст. 57), не кажучи вже про Конституцію України.

Щоправда, КК застосовується не лише судами, а й органами досудового розслідування, а щодо останніх пріоритет верховенства права над законністю на конституційному рівні не зафіксований. Відповідно, для них законність як правовий принцип зберігає свою значущість. Тим більше, що набрання чинності Законом України від 12 травня 2016 р. «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» не призвело до змін: ні ст. 19 Конституції України, яка зобов'язує органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти лише на

підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України; ні ст. 6 Конституції України, згідно з якою органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України.

5. Сучасна концепція верховенства права, загалом не заперечуючи обов'язковості законодавства, передбачає, що протиставлення останньому судової правотворчості виникає лише у тих виняткових випадках, коли закон сам по собі (чи при його застосуванні в конкретній ситуації) породжує явну несправедливість, призводить до порушення основоположних прав і свобод людини або посягає на інші фундаментальні цінності демократичного суспільства [4, с. 138].

Проілюструю наявний правозастосовний потенціал конституційного принципу верховенства права на прикладі специфічних кримінально-правових наслідків, сукупність яких уособлює спеціальний (жорсткий) режим кримінально-правової протидії корупції та які мають наставати у випадку вчинення корупційного злочину (наразі кримінального правопорушення). Йдеться про обмеження можливості застосування низки пільгових кримінально-правових засобів щодо осіб, які вчинили такі злочини (кримінальні правопорушення), — положень КК, присвячених звільненню від кримінальної відповідальності, звільненню від покарання та його відбування, призначенню більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, і зняттю судимості.

У ст. 1 Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» наводиться дефініція поняття «корупційне правопорушення», яка, своєю чергою, відсилає до розміщеного тут же визначення поняття «корупція», а примітка ст. 45 КК закріплює перелік злочинів (кримінальних правопорушень), віднесених до числа корупційних. При визначенні співвідношення згаданих законодавчих положень слід враховувати застереження, зроблені, відповідно, в ст. 1 За-

кону від 14 жовтня 2014 р. і примітці ст. 45 КК, згідно з якими визначення корупційного правопорушення і корупції вживаються у відповідному значенні «у цьому Законі», а певні злочини визнаються корупційними «відповідно до цього Кодексу». До того ж у ч. 3 ст. 3 КК (прояв принципу законності) недвозначно сказано, що кримінальна протиправність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Звідси випливає, що неузгодженості, які мають місце між дефініцією поняття корупційного правопорушення і переліком корупційних злочинів (кримінальних правопорушень), *de lege lata*, за загальним правилом, не повинні братися до уваги при визначенні кримінально-правових наслідків скоєння того чи іншого корупційного кримінального правопорушення.

Водночас, якраз з огляду на пріоритетність принципу верховенства права (ст. 129 Конституції України) при здійсненні правосуддя, не виключається застосування статей Загальної частини чинного КК, що містять негативні застереження «крім корупційних кримінальних правопорушень», стосовно осіб, які вчинили вказані у примітці ст. 45 КК кримінальні правопорушення, — якщо останні не містять обов'язкових ознак корупційного правопорушення та корупції (наприклад, статті 210 і 320 КК), у зв'язку з чим особи, які вчинили такі діяння, всупереч буквальному тлумаченню примітки ст. 45 КК фактично не є корупціонерами. Така «проадвокатська» точка зору була висловлена автором цих рядків у науково-практичному коментарі КК [17, с. 133].

Цікаво, що під час захисту своєї докторської дисертації «Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні» (Національний університет «Одеська юридична академія», 2018 р.) Д. Г. Михайленко фактично погодився з таким висновком, однак запропонував інтерпретувати розглядувану ситуацію не в аспекті дотримання (порушення) принципу верховенства права, а з погляду телеологічного тлума-

чення примітки ст. 45 КК. Останнє дозволяє стверджувати, що законодавець не мав наміру поширювати спеціальний кримінально-правовий режим протидії корупції на злочини, які не містять у конкретному випадку ознак корупції. Відтак суд може справедливо застосувати відповідні статті КК, витлумачивши їх на основі мети, яку ставив перед собою законодавець.

Як на мене, правовою підставою для відступу суду від «букви» закону і за підходу, обстоюваного Д. Г. Михайленком, все одно виступатиме ч. 1 ст. 129 Конституції України, згідно з якою суддя, здійснюючи правосуддя, керується верховенством права. У будь-якому разі можна сказати, що в цьому разі має місце правова невизначеність, за якої звернення до різних способів і методів тлумачення КК дозволяє дійти різних висновків щодо розв'язання тих чи інших питань його застосування. І така ситуація слугує зайвим аргументом на користь текстуального закріплення кримінально-правових принципів у КК. Останні (як і загально-правові принципи) дозволяють правозастосовувачу розв'язувати складні та суперечливі проблеми (колізійність, прогалини правового регулювання тощо), з якими він неодмінно стикається при застосуванні кримінального закону. Тому заслуговує на підтримку положення про те, що «цей Кодекс застосовується відповідно до принципів, визначених у його статтях 1.2.1—1.2.9» (ч. 2 ст. 1.2.10 проекту КК).

6. Останнім часом багато списів у кримінально-правовій науці ламається навколо переліку корупційних кримінальних правопорушень, визначення поняття останніх та їхнього відмежування від кримінальних правопорушень, пов'язаних із корупцією. Вважаю, що ці дискусії не позбавлені сенсу за умови збереження згаданого спеціального (жорсткого) кримінально-правового режиму протидії корупції. До речі, у проекті КК такий режим відображення не знаходить. *De lege lata* постає запитання: якщо особа вчинила кримінальне правопорушення, вказане у відповідному законодавчому

переліку (примітка ст. 45 КК) і корупційний характер якого не викликає сумнівів, то чи вправі суд проігнорувати застереження щодо корупційних кримінальних правопорушень, зроблені у статтях 45—48, 69, 74, 75, 79, 81, 82, 86, 91 КК, і всупереч «букві» закону застосувати один із пільгових інструментів, передбачених цими кримінально-правовими нормами? Якщо суддя підкорятиметься закону, то відповідь на це запитання, звісно, буде негативною.

Однак якщо суддя керуватиметься верховенством права і, зокрема, такими основоположними принципами права як справедливість і рівність, то відповідь на поставлене запитання вже не виглядає такою однозначною, бо питання про конституційність згаданих (можливо, навіть дискримінаційних) положень КК виникає. І не факт, що суддя, обстоюючи положення про неправовий характер згаданих положень КК як таких, що порушують права людини, не звернеться до аргументації, наведеної у рішенні КСУ № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р. у справі про призначення судом більш м'якого покарання. Нагадаю, що неконституційність ст. 69 КК у частині неможливості застосовувати її положення до осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості, КСУ обґрунтував з-поміж іншого невідповідністю цієї кримінально-правової норми одному з принципів верховенства права — справедливості, а так само обмеженням дії принципів юридичної рівності громадян перед законом та індивідуалізації юридичної відповідальності. При цьому, як слушно зазначає П. С. Берзін, кримінально-правовий зміст принципу верховенства права полягає з-поміж іншого в тому, що КК має ґрунтуватися на Конституції України [18, с. 143].

На мій погляд, *de lege ferenda* спеціальний (жорсткий) кримінально-правовий режим протидії корупції має бути збережений лише стосовно так званих гранд-корупціонерів, заради боротьби зі злочинами яких в Україні і створювалася новітня антикорупційна інфраструктура (НАБУ, САП, ВАКС). Водночас має

рацію Д. Г. Михайленко, який вважає, що і проти такої наукової ідеї можна висловити заперечення на кшталт наведених у згаданому рішенні КСУ. За таких обставин, вважає науковець, методологічну основу для встановлення (скасування) спеціального кримінально-правового режиму протидії корупційним злочинам повинен скласти тест на пропорційність, за яким посилення кримінально-правової репресії щодо гранд-корупціонерів виявиться пропорційним обмеженням прав таких суб'єктів у сфері дії кримінального права, а щодо інших суб'єктів — непропорційним. Така постановка питання, як видається, узгоджується з положенням про те, «що кримінально-правові засоби є крайніми засобами реагування держави на протиправні діяння» (ч. 1 ст. 1.2.5 проекту КК «Пропорційність»).

7. З'ясовуючи кримінально-правове значення принципу верховенства права і допускаючи зумовлений ним вихід суддів за межі писаного права для подолання прогалин і колізій, К. В. Легких пише: «Дотримання суддями принципу верховенства права завжди повинно базуватися на засаді гуманізму, що означає застосування його (принципу) тільки в напрямках звільнення від кримінальної відповідальності або покарання, пом'якшення останнього або значного розширення кола обставин, що виключають злочинність діяння [10, с. 192—193]. Раніше цей підхід озвучив М. І. Панов, який зумовлену дотриманням принципу верховенства права можливість подолати формалізовані рамки закону про кримінальну відповідальність на завершальному етапі кримінально-правового регулювання пов'язував із застосуванням гуманістично-спрямованих статей КК про звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбування, призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, тощо [19]. Загалом поділяючи таку логіку міркувань, водночас зауважу, що у межах викладеного підходу правозастосовний потенціал принципу верховенства права для регламентації кримі-

нально-правових відносин виглядає дещо звуженим.

Спробую проілюструвати свою думку на прикладі ситуації, що стосується взаємовиключності формулювань ч. 1 і ч. 2 ст. 28 КК, які описують групу осіб і групу осіб за попередньою змовою, відповідно. Стосовно цих групових форм співучасті принцип «матрьошки», згідно з яким менш небезпечна форма співучасті своїми ознаками входить до більш небезпечної, не спрацьовує. Така кваліфікуюча ознака як вчинення кримінального правопорушення групою осіб, *de lege lata* не може бути інкримінована, якщо встановлено попередню змову між учасниками групи. При вчиненні кримінального правопорушення (умисного тяжкого тілесного ушкодження, зґвалтування, самовільного зайняття земельної ділянки, хуліганства тощо) за попередньою змовою групи осіб, якщо у відповідному складі кримінального правопорушення як кваліфікуючу ознаку передбачено вчинення його лише «групою осіб», дії співвиконавців мають кваліфікуватися без інкримінування цієї кваліфікуючої ознаки. Однак чи можна вважати справедливою кваліфікацію відповідного кримінального правопорушення за ч. 1 тієї чи іншої статті КК і, відповідно, призначення за нього покарання, якщо кримінальне правопорушення фактично вчинено за попередньою змовою групою осіб, а такої кваліфікуючої ознаки певна стаття КК не містить? На перший погляд, тут має інкримінуватись ч. 1 певної статті КК (за відсутності у скоєному інших кваліфікуючих ознак), адже «всі сумніви, що виникають у процесі інтерпретації норм, які регулюють відносини держави і громадянина, мають тлумачитися на користь громадянина...» [8, с. 262]. Однак такий однозначний висновок можуть робити лише ті, хто викривлено (однобічно) трактує принцип верховенства права.

ЄСПЛ неодноразово наголошував на тому, що не можна очікувати, щоб саме в законі були однозначно вирішені абсолютно всі питання. ЄСПЛ виходить із того, що передбачуваність закону може ви-

тікати не лише з тексту закону, а й зі сталої практики його застосування, навіть якщо сам закон є певною мірою юридично недосконалим чи неповним; закон повинен узгоджуватися зі змінюваними обставинами. На підставі вивчення практики ЄСПЛ Ю. Б. Хім'як слушно стверджує: «Абстрактність побудови нормативного матеріалу дає можливість певну невизначеність юридичних конструкцій закону наповнювати «живим» правом у правових відносинах. Тому принцип передбачуваності закону як його якісну характеристику необхідно з'ясовувати в єдності законодавства та юридичної практики... недостатня конкретність законодавчих формулювань може бути доповнена їх судовим тлумаченням, конкретизацією з урахуванням обставин справи» [12, с. 65, 87].

Виявляється також, що з практики ЄСПЛ із застосування ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція) впливає другорядність такого критерію допустимості поширювального тлумачення як «не на шкоду особи». ЄСПЛ вказує на допустимість криміналізації діяння шляхом поширювального тлумачення кримінально-правової норми, якщо це узгоджується із суттю правопорушення та є розумно передбачуваним. Якщо формулювання кримінально-правових положень дають підстави для альтернативних варіантів тлумачення (при цьому обидва варіанти є передбачуваними та узгоджуються з суттю правопорушення), то вибір судом варіанту, який є менш сприятливим для особи, що підлягає кримінальній відповідальності, не порушує гарантії, передбачені ст. 7 Конвенції [13, с. 94, 95]. Таким чином, у розглядуваній ситуації прибічник принципу верховенства права, швидше за все, залишиться на позиції усталеної (стабільної) судової практики, яка всупереч буквальному тлумаченню КК і позиції частини теоретиків кримінального права є досить передбачуваною, а отже, кваліфікуватиме вчинене за тією частиною статті КК, яка передбачає відповідальність за групове вчинення кримінального правопорушення.

8. Ще одним прикладом усунення у порядку судової правотворчості притаманної кримінальному закону невизначеності (причому «на шкоду» порушнику кримінально-правової заборони), що, на мій погляд, узгоджується з дотриманням конституційного принципу верховенства права і правовими позиціями ЄСПЛ, може слугувати рішенням ВС, яким той визнав обґрунтованою позицію більшості членів НКР стосовно того, що зміст поняття «особи, уповноважені на виконання функцій держави» у контексті застосування ст. 369<sup>2</sup> КК може бути визначений і без звернення до тексту «морально застарілої» примітки цієї статті. Тим самим ВС заперечив висловлену в юридичній літературі точку зору, згідно з якою він не вправі був виправляти відповідну законодавчу ваду, бо це означало б порушення ч. 4 ст. 3 КК (заборона застосування кримінального закону за аналогією), а «забезпечення розвитку права в такому разі потребує внесення змін до закону про кримінальну відповідальність» [20, с. 209]. Свого часу я з приводу цього спірного питання кримінально-правової характеристики зловживання впливом писав, що з урахуванням підпорядкованої (допоміжної) ролі приміток статей КК і, головним чином, пріоритетності при здійсненні правосуддя принципу верховенства права сумнівність примітки ст. 369<sup>2</sup> КК не повинна перешкоджати застосуванню цієї статті КК, покликаної забезпечувати протидію «фоновій» корупції [21].

Сприймавши такий теоретичний підхід, ВС вирішив, що наявність у примітці ст. 369<sup>2</sup> КК у період з 26 квітня 2015 р. до 20 березня 2020 р. посилання на нечинний Закон (Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції») не означала нечинності ст. 369<sup>2</sup> КК у цілому, а вимагала лише застосування вузького підходу до тлумачення поняття «особи, уповноважені на виконання функцій держави». При цьому належність прокурорів і суддів до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, з огляду на їхній конституційний і законодавчий статус і повноваження, не



може викликати сумніву не тільки у фахових юристів, але й у будь-якої іншої особи. Відтак ВС вирішив, що зміст диспозиції ч. 2 ст. 369<sup>2</sup> КК був достатньо ясним і передбачуваним для засудженого, який не міг не розуміти, що одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення прокурорами і судьями є кримінально караним діянням.

З-поміж іншого, ВС в обґрунтування свого рішення доречно послався на практику ЄСПЛ, зокрема на його рішення у справі «Веренцов проти України», згідно з яким гарантія, встановлена у ст. 7 Конвенції, є істотним елементом верховенства права і посідає визначне місце у системі захисту за Конвенцією. Забороняючи поширювати сферу застосування існуючих покарань за правопорушення на дії, що до цього не вважалися кримінальними правопорушеннями, Конвенція встановлює принцип, за яким кримінальне законодавство не повинно застосовуватися поширювально на шкоду обвинуваченого, наприклад, за аналогією. При цьому ЄСПЛ під поняттям «закон», вжитим у ст. 7 Конвенції, обстоюючи його сутнісне, а не формальне значення, розуміє як акти нижчого, ніж закони, рівня, так і неписане право. Особа із тексту відповідного законодавчого положення та, у разі необхідності, за допомогою його тлумачення судами, повинна знати, які дії та бездіяльність призводять до кримінальної відповідальності та яке покарання буде призначено за дію та/або бездіяльність, про яку йдеться. Закон відповідатиме вимозі передбачуваності, навіть якщо особа має звернутися за відповідною юридичною консультацією для того, щоб оцінити (тією мірою, що є розумною за цих обставин) наслідки, до яких може призвести ця дія. У своїй практиці ЄСПЛ послідовно визнає, що, як би чітко не було положення сформу-

льоване, у будь-якій галузі права, включно з кримінальним правом, існуватиме неминучий елемент судового тлумачення. Завжди існуватиме потреба у роз'ясненні нечітких норм або тих, що потребують пристосування до обставин, які змінюються. Функція здійснення правосуддя, закріплена за судами, полягає саме у подоланні сумнівів щодо тлумачення, які залишаються [22].

Таким чином, для вирішення конкретних кримінально-правових проблем бажано мати чіткі нормативні і правозастосовні орієнтири, засновані на здобутках доктрини. При цьому нездатність законодавця оперативної та якісної реагувати на вказані проблеми слугує чинником розповсюдження (посилення) судової правотворчості. Запровадження конституційного положення про те, що суддя, здійснюючи правосуддя, керується верховенством права, враховуючи творчий характер правозастосування і розширюючи суддівський угляд, є законним наслідком конвергенції різних правових систем і зумовленим цим процесом збагаченням джерел права (зокрема, кримінального), кроком на шляху європеїзації кримінального права України. Водночас покладання на суддю суду загальної юрисдикції обов'язку керуватись у кримінальному провадженні верховенством права (замість обов'язку підкорятись закону), незважаючи на прогресивність і потрібність такого кроку (адже він передбачає врахування при здійсненні правосуддя правових принципів, правових позицій ЄСПЛ і КСУ тощо), ускладнює досягнення єдності і передбачуваності судової практики, необхідної в контексті забезпечення юридичної визначеності як одного з аспектів верховенства права. Важливу роль у забезпеченні такої прогнозованості покликані відігравати правові позиції ВС.

### Список використаної літератури

1. Кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. А. С. Веніцького, В. С. Гуславського, О. О. Дудорова, Б. Г. Розовського. Київ: Істина, 2011. 1112 с.
2. Олійник О. С. Принципи кримінального права: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук: 12.00.08. Дніпро, 2020. 36 с.

3. Дудоров О. О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2017. 872 с.
4. Дудоров О. О., Мазур М. В. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність: постановка проблеми, міжнародний і зарубіжний досвід. Юридичний електронний науковий журнал. 2017. № 5. С. 129—140.
5. Дудоров О. О. Верховенство права: окремі кримінально-правові аспекти. Актуальні питання розвитку державності та правової системи в сучасній Україні: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 27—28 жовтня 2017 р. / за заг. ред. Т. О. Коломоець. Запоріжжя: ЗНУ, 2017. С. 77—85.
6. Навроцький В. Правова визначеність і забезпечення її реалізації у кримінальному праві України. Право України. 2017. № 2. С. 59—67.
7. Баулін Ю. В. Верховенство права у кримінально-правовому вимірі. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/article/verhovenstvo-prava-u-kryminalno-pravovomu-vumiri-i60> (дата звернення: 14.12.2020).
8. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2016. 392 с.
9. Музика А. А. Деякі міркування про оновлення кримінального законодавства України: положення Загальної частини. Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України: матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 17—19 жовт. 2019 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), А. П. Гетьман, Ю. В. Баулін та ін. Харків: Право, 2019. С. 154—160.
10. Легких К. В. Елементи принципу верховенства права у кримінальному праві: роль судді у тлумаченні та застосуванні. Юридичний бюлетень. 2019. Вип. 11. Ч. 2. С. 188—193.
11. Дудоров О., Письменський Є. Комплексне реформування кримінального законодавства України. Перший вагомий крок зроблено. Юридичний вісник України. 27 листопада — 3 грудня 2020 р., № 47.
12. Хім'як Ю. Б. Гармонізація кримінального права України з практикою Європейського суду з прав людини: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2011. 270 с.
13. Хилюк С. В. Lex stricta як складова принципу законності у кримінальному праві в інтерпретації Європейського суду з прав людини. Часопис Академії адвокатури України. 2014. Т. 7. № 3. С. 92—103.
14. Туляков В. О. Кримінальне неправо. Матеріали Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції «Актуальні проблеми кримінальної законотворчості та практики правозастосування» (Одеса, 27 грудня 2016 р.) / відп. ред. В. О. Туляков. Одеса: Одеський університет «Одеська юридична академія», 2016. С. 91—95.
15. Мельник М., Різник С. Про межі конституційної юрисдикції та пряму дію норм Конституції України. Вісник Конституційного Суду України. 2016. № 4—5. С. 149—159.
16. Шапченко С. Д. Принцип верховенства права і Кримінальний кодекс України 2001 р.: деякі теоретичні, законодавчі та правозастосовні проблеми. Законодавство України. Науково-практичні коментарі. 2002. № 5. С. 85—92.
17. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., перероб. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1368 с.
18. Берзін П. С. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник: у 3-х т. Т. 1. Загальні засади. 2-ге вид., виправ. та доп. Київ: ВД «Дакор», 2019. 562 с.
19. Панов М. Принцип верховенства права та його реалізація в кримінальному регулюванні. Юридичний вісник України. 28 вересня — 4 жовтня 2018 р., № 39.
20. Книженко О. О. До питання про виключну правову проблему як одну з підстав для передачі кримінального провадження на розгляд Великої Палати Верховного Суду. Доступ до правосуддя у контексті судової реформи: матеріали Загальнонаціонального юридичного форуму (м. Северодонецьк, 25 травня 2018 р.). Київ: Ваіте, 2018. С. 207—209.
21. Дудоров О. Зловживання впливом: проблеми кваліфікації (судова практика). Юридичний вісник України. 24—30 травня 2019 р., № 21.
22. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 3 червня 2020 р. у справі № 722/28/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89763057> (дата звернення: 14.12.2020).