

СУДДІВСЬКИЙ РОЗСУД ПІД ЧАС ВСТАНОВЛЕННЯ СУПЕРЕЧНОСТІ ПОЛОЖЕНЬ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

Автор порушує питання про можливість реалізації судом повноважень, не визначених кримінальним процесуальним законом, проте передбачених Конституцією України. Такі дилеми виникають, якщо суд прийде до переконання, що певне положення кримінального закону не відповідає Конституції України. За формальним підходом кримінальний процесуальний закон не наділяє суд повноваженнями оцінювати кримінальний закон на відповідність Конституції України. Через концепцію допустимого суддівського активізму автор доводить, що у випадках, коли застосування кримінального закону буде порушувати Конституцію України, суд повинен обґрунтовано встановити таку суперечність із Основним Законом та не застосовувати відповідне положення. Цей підхід вимагає формулювання методології казуального оцінювання конституційності положень кримінального закону, щоб запобігти свавільному застосуванню універсальних цінностей та категорій конституційного права в процесі судового розгляду кримінального провадження.

Ключові слова: принцип законності, точність, визначеність, неконституційність кримінального закону.

Постановка проблеми. Процес внесення змін до Кримінального кодексу України (далі – КК України) має супроводжуватися якісним опрацюванням відповідності пропонованих змін Конституції України. Як свідчить практика законотворчої діяльності, непоодинокими є випадки відвертого нехтування зауваженнями відповідних підрозділів Апарату Верховної Ради України, у яких ідеться про порушення вимог законодавчої техніки під час формулювання диспозицій нових складів злочинів. Такі дії можуть призводити до порушення принципів кримінального права, які мають конституційну природу. Одним із таких принципів є принцип законності, який охоплює вимоги до точності та визначеності положень кримінального закону, їх доступності, передбачуваності практики їх застосування і заборону зворотної дії кримінального закону, який погіршує становище особи¹. Розглянемо на його прикладі проблему відсутності законодавчої регламентації дій суду в процесі судового розгляду кримінального провадження під час встановлення суперечності положень КК України Конституції України.

Стан дослідження проблеми. Питанню змісту та реалізації принципу законності в кримінальному праві присвячено дослідження

П. Андрушка, В. Гацелюка, О. Дудорова, М. Мазура, В. Навроцького, М. Панова, В. Тулякова, М. Хавронюка, С. Хилюк та ін. Казуальний конституційний контроль був предметом нещодавніх розвідок А. Єзерова та Д. Терлецького², С. Різника³. Питання ролі Конституції України в кримінальному праві досліджували О. Кузембаєв⁴ та О. Ус⁵. У цій статті ми сприймаємо загальний підхід до суддівського активізму під час оцінювання якості закону, викладений у фундаментальних працях Л. Фуллера⁶ та А. Барака⁷. Аналіз наукової літератури свідчить, що проблематиці, яка порушується в цій статті, не було приділено окремої уваги.

Виклад основного матеріалу. Невідповідність положень КК України Конституції України

² Альберт Єзеров, Дмитро Терлецький, «Суди загальної юрисдикції та Конституційний Суд України: питання взаємодії», *Право України* 2020/08 (2020): 223, <https://doi.org/10.33498/loou-2020-08-223>.

³ Сергій Різник, «Конституційність нормативно-правових актів (сутність, методологія оцінювання та система забезпечення в Україні)» (дис. д-ра юрид. наук, ІДП НАН України, 2021).

⁴ Олександр Кузембаєв, «Конституція України і джерела кримінального права України», *Актуальні проблеми держави і права* 60 (2011): 51–7.

⁵ Ольга Ус, *Теорія та практика кримінально-правової кваліфікації* (Харків: Право, 2018).

⁶ Лон Фуллер, *Мораль права* (Київ: Центр учебной литературы, 2021).

⁷ Аарон Барак, *Судейское усмотрение* (Київ: КНТ, 2021).

¹ Jerome Hall, "Nulla Poena Sine Lege," *Yale Law Journal* 47, no. 2 (1937): 165, <https://doi.org/10.2307/791967>.

в теорії кримінально-правової кваліфікації розглядають як колізію. Щоб усунути цю колізію, О. Ус пропонує встановити, чи ґрунтується кримінально-правова норма на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права, а також чи відповідає ця норма положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України⁸. Проте алгоритму чи порядку здійснення такого оцінювання вчена не пропонує.

Конституційний Суд України (далі – КС України) вирішує питання про відповідність Конституції України законів України (ч. 1 ст. 147 Конституції України). Однак Кодекс адміністративного судочинства України (у ч. 4 ст. 7), Цивільний процесуальний кодекс України (у ч. 6 ст. 10) та Господарський процесуальний кодекс України (у ч. 6 ст. 11) врегульовують дії суду у випадках, якщо він дійде висновку про суперечність положення правового акта Конституції України – таке положення не застосовується, а також направляється звернення до Верховного Суду (далі – ВС) стосовно внесення до КС України подання щодо конституційності правового акта. Ці приписи доволі чітко вказують на те, що судді можуть оцінювати відповідність правових актів Конституції України, а неконституційні (на позицію суду) правові акти застосовувати не слід.

КПК України таких положень не містить. Постанова Пленуму ВС України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» № 9 від 1 листопада 1996 р., з одного боку, рекомендує судам під час розгляду конкретних справ оцінювати зміст будь-якого нормативно-правового акта на його відповідність Конституції, а також застосовувати Конституцію як акт прямої дії, але, з іншого боку, наголошує на тому, що у разі невизначеності в питанні про те, чи відповідає Конституції України нормативно-правовий акт, суд повинен зупинити розгляд справи і звернутися з мотивованою ухвалою (постановою) до ВС України. Також у ній вказано, що суд не може, застосувавши Конституцію як акт прямої дії, визнати неконституційними правові акти, оскільки це є виключною компетенцією КС України⁹. З наведеного вище випливає, що суддя повинен оцінювати законодавчі акти на відповідність Конституції України, однак не може визнавати їх неконституційними, а також може не застосовувати їх під час

винесення рішення у справі. Якщо ж суд не впевнений у конституційності чи неконституційності певного закону, потрібно ініціювати відповідне питання в порядку ст. 150 Конституції України.

Можливість суду встановлювати суперечність положення певного правового акта Конституції України вступає в суперечність із принципом презумпції конституційності, який означає, що закон може бути визнаний неконституційним виключно на таких підставах, які передбачають чітке, недвозначне, поза розумним сумнівом порушення конституції, а не в результаті сумнівних аргументативних маніпуляцій; цей принцип прямо не закріплений у Конституції України (має імпліцитний характер), але його значення визнають усі сучасні конституційні держави¹⁰. Водночас намір законодавця наділити суди такими повноваженнями підтверджується внесеними змінами до Основного Закону. Микола Мельник у контексті цих змін наголошував на тому, що така зміна національної моделі конституційного судочинства може спричинити дублювання повноважень судів та Конституційного Суду України, а також створює передумови для підміни судами загальної юрисдикції виключних повноважень КС України, а відтак і зменшення рівня захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина; в довгостроковій перспективі це може призвести, зокрема, до збільшення випадків виходу судами загальної юрисдикції за межі їхньої компетенції¹¹.

Таку критичну позицію поділяють не всі науковці. Альберт Єзеров та Дмитро Терлецький необхідність оцінювання правових актів на відповідність Конституції України обґрунтовують обов'язком судів витлумачити їх у такий спосіб, який би узгоджувався з Конституцією, а якщо це неможливо зробити – відмовлятися від їх застосування і застосовувати норми Конституції як норми прямої дії¹². Сергій Різник, висловлюючи подібну позицію, деталізує, що виникнення в судді лише сумніву в конституційності закону не спричиняє юридичних наслідків, адже для того, щоб не застосовувати відповідний закон під час розгляду конкретної справи, суддя має однозначно визначитися та бути переконаним у своєму висновку про наявність суперечності між законом і Конституцією¹³.

⁸ Ус, *Теорія та практика кримінально-правової кваліфікації*, 131.

⁹ Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя, Постанова Пленуму ВС України № 9, 01 листопада 1996, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96>.

¹⁰ Окрема думка судді Конституційного Суду України Лемака В. В., 11 жовтня 2018, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc07d710-18#Text>.

¹¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М. І., 01 лютого 2016, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na02d710-16>.

¹² Єзеров, Терлецький, «Суди загальної юрисдикції та Конституційний Суд України», 233.

¹³ Різник, «Конституційність нормативно-правових актів», 141.

Ми підтримуємо позицію згаданих вище науковців щодо можливості та доцільності посилення ролі судів загальної юрисдикції як суб'єктів проміжного (конкретного, або казуального) конституційного контролю. Механізм, визначений у згаданих вище процесуальних кодексах, належним чином унормовує застосування давно існуючого принципу прямої дії норм Конституції України в галузях адміністративного, цивільного та господарського судочинства. Однак звернемося до кримінально-правових реалій.

Необхідність безпосереднього застосування положень Конституції України в процесі судового розгляду кримінального провадження також підтверджують положення ч. 1 ст. 3 КК України, якими презюмується, що КК України ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. На думку О. Кузембаєва, конституційні норми можуть виконувати роль формального джерела кримінального права у разі виявлення прогалин у праві або за наявності в суду сумнівів щодо конституційності положення кримінального закону, однак верховенство кримінального закону є базовим принципом кримінального права. У разі конкуренції принципів Конституції України та принципів кримінального права на практиці виграє верховенство кримінального права, оскільки ще жоден суд загальної юрисдикції не розглянув жодної кримінальної справи, посилаючись на норми Конституції у кваліфікації скоєного підсудним чи в обґрунтуванні процедури судового розгляду¹⁴.

Наведене вище твердження складно визнати повною мірою правильним. Дійсно, посилення судів загальної юрисдикції на положення Конституції України при кваліфікації кримінальних правопорушень навряд чи можна визнати доцільним (крім справи експрезидента-втікача, де оцінюються його повноваження, які містяться в Основному Законі), адже кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки КК України (ч. 3 ст. 3 КК України). Водночас застосування Конституції України може бути в тих випадках, коли суд за власною ініціативою або за обґрунтованим клопотанням учасника кримінального провадження змушений буде оцінити відповідність (невідповідність) окремих положень кримінального закону Конституції України. Це твердження також узгоджується з позицією В. Навроцького: якщо

невідповідність Конституції та кримінального закону виявлено в процесі правозастосування, справа має вирішуватися відповідно до положень Основного Закону, який має пряму дію¹⁵.

Можемо змодельовати ситуацію, коли сторона захисту заявить перед судом клопотання про незастосування спеціальної конфіскації до активів обвинуваченого через те, що відповідні положення КК України не відповідають Конституції України (текст відповідного подання наявний на сайті КС України, тобто будь-яка особа може скористатися аргументами авторів подання провадження в цій справі; конституційне провадження у справі відкрито, що свідчить про те, що подання не є очевидно необґрунтованим). Суд, розглядаючи це клопотання, може покласти в основу свого рішення презумпцію конституційності правових актів, а також те, що він не має повноважень оцінювати правові акти на конституційність. Такий підхід можна вважати правильним у тих випадках, коли суд не прийде до переконання щодо неконституційності відповідного законодавчого положення. Іншим випадком, який вартий аналізу, може бути ситуація, коли суд вважатиме, що певне положення КК України не відповідає Конституції України.

Слушною в цьому контексті вважаємо думку А. Барака, який наголошує, що суддя, приймаючи рішення у «складній справі», формує політику, а тому повинен спиратися на фундаментальні цінності суспільства. У таких справах він виконує свої функції в межах рівняння, в якому одну сторону становить правління більшості, а іншу – фундаментальні цінності суспільства. Суддя не повинен відступати від фундаментальних цінностей суспільства на користь правила більшості, оскільки при цьому він би діяв проти демократичних принципів. Але там, де фундаментальні цінності суперечать одна одній, а суддя повинен ухвалити рішення та врівноважити їх відповідно до їхньої власної ваги та сили, йому слід брати до уваги те, що демократія – це не просто фундаментальні цінності, а й правління більшості. Не можна забувати, що правління більшості є принциповою складовою частиною демократії, а не антидемократичною вимогою¹⁶. Автор у цій праці акцентує увагу саме на проблемі оцінювання конституційності закону судом загальної юрисдикції, який не має таких повноважень відповідно до писаного закону. Адже прийнятий у демократичний спосіб законодавчий акт є проявом свободи розсуду

¹⁴ Кузембаєв, «Конституція України і джерела кримінального права України», 53–5.

¹⁵ В'ячеслав Навроцький, ред., *Українське кримінальне право. Загальна частина* (Київ: Юрінком Інтер, 2013), 57.

¹⁶ Барак, *Судейское усмотрение*, 266.

парламенту. Встановлення його суперечності з Конституцією та незастосування судом буде проявом свободи розсуду суду. Однак за умови, коли з положення процесуального кодексу не вбачається, що суддя має такі повноваження, постає питання дотримання балансу між гілками влади та дій судів поза межами компетенції.

Необхідність оцінювати якість положень кримінального закону в процесі його застосування не є абстрактною. Такі дії суду є обов'язковими з огляду на зобов'язання України виконувати положення Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція), а також практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), адже «Конвенція є живим інструментом, що, як справедливо підкреслила Комісія, має тлумачитися у світлі сучасних умов»¹⁷. Саме через тлумачення ЄСПЛ розвиває окремі положення цього нормативного акта, тому її врахування та застосування судами України є невідокремною складовою сумлінного виконання Конвенції¹⁸. Питання вимог ст. 7 Конвенції до якості кримінального закону слід дослідити докладніше в наступних студіях.

Додатковим аргументом до ствердної відповіді на питання про наявність у суду повноважень оцінювати положення кримінального закону (правової норми, на підставі якої особа притягується до відповідальності) на відповідність Конституції України є врегулювання конфлікту між належною правовою процедурою та правами людини. Питання належної правової процедури добре розроблене в теорії кримінального процесуального права. Як відомо, до завдань кримінального провадження належить застосування до кожного учасника кримінального провадження належної правової процедури (ст. 2 КПК України). При цьому її дотримання під час здійснення кримінальної процесуальної діяльності (форми) можна розглядати лише як додаткову гарантію якісного правосуддя, проте не як самоцінність у відриві від змісту цієї діяльності¹⁹.

Розрізняють процесуальний (наявність гарантій забезпечення прав людини при здійсненні кримінального провадження) та матеріальний (забезпечення якості закону, що регулює відповідні суспільні відносини) аспекти належної

правової процедури²⁰. Ми погоджуємося з тими авторами, які вважають, що матеріальний аспект процесуальної форми повинен апелювати до забезпечення якості кримінального процесуального закону як гарантії обмеження прав держави в процесі захисту прав людини.

Віра Михайленко обґрунтовує, що проблема дискреції учасників кримінального провадження і судового розсуду та можливість судового тлумачення застосування правових норм за наявності відповідних прогалин перебуває у площині належної правової процедури, адже дії процесуальних суб'єктів мають виникати з наявних повноважень і перебувати в адекватному співвідношенні з конкретним процесуальним завданням, яке виникає в певний момент досудового розслідування і судового розгляду кримінального провадження. Це приводить нас до принципу пропорційності, доктринальні характеристики якого зводяться до такого: мета встановлення певних обмежень має бути легітимною й істинною; обмеження, спрямовані на досягнення істинної мети, мають бути об'єктивно виправданими і обґрунтованими; у разі застосування обмежень має забезпечуватися розумний баланс приватних і публічних інтересів²¹.

Якщо суд першої інстанції не має повноважень здійснювати оцінювання відповідності положення кримінального закону Конституції України, то це свідчить про відсутність у сторони захисту можливості ефективно відстоювати позицію про неконституційність положень, на підставі яких особу притягують до кримінальної відповідальності, що свідчить про обмеження відповідних прав. Щодо гіпотетичних закидів про існування інституту конституційної скарги зазначимо, що однією з умов прийнятності конституційної скарги, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 77 Закону України «Про Конституційний Суд України», є вичерпання всіх національних засобів юридичного захисту. На нашу думку, необхідність очікувати винесення рішення судом першої інстанції, а потім на результати перегляду в апеляційному та касаційному провадженні не узгоджується із засадами ефективності заходів правового захисту та верховенства права, оскільки наявні механізми повинні дозволяти суду першої інстанції оцінювати якість кримінального закону під час винесення рішення у справі. Крім цього, однією із засад

¹⁷ *Tyrer v. The United Kingdom*, judgment of 25 April 1978, § 31.

¹⁸ Мазур та ін., «Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України», 268.

¹⁹ Віра Михайленко, «Застосування належної правової процедури як завдання кримінального провадження», *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»* 1(21) (2020): 6, <http://lj.oa.edu.ua/articles/2020/n1/20mvvzpk.pdf>.

²⁰ Володимир Трофименко, «Теоретичні та правові основи диференціації кримінального процесу України» (дис. д-ра юрид. наук, НЮУ імені Ярослава Мудрого, 2017), 60.

²¹ Михайленко, «Застосування належної правової процедури як завдання кримінального провадження», 6.

кримінального провадження є розумність строків: кожен має право, щоб обвинувачення щодо нього в найкоротший строк стало предметом судового розгляду або щоб відповідне кримінальне провадження щодо нього було закрито (ч. 5 ст. 28 КПК України).

Аксіологічна характеристика процесуальної форми дає змогу відійти від буквального тлумачення чинного законодавства й апелювати до цінностей, які мають захищатися в процесі здійснення кримінального провадження. Закріплення принципу верховенства права в системі загальних засад кримінального провадження має змінити підхід правозастосовників до проблеми процесуальної форми і процесуального формалізму, позбавивши правозастосування юридичного формалізму²². З огляду на це можна стверджувати, що ефективним способом захисту прав людини буде відхід від буквального розуміння положень кримінального процесуального закону та застосування положень Конституції України як норм прямої дії у тих випадках, коли суд встановить, що положення КК України, на підставі якого особа притягується до кримінальної відповідальності, суперечить конкретним нормам Основного Закону.

За умови, якщо вважати суд мовчазним виконавцем закону, без можливості оцінювати його якість, а також, коли за наявності істотних недоліків якості закону застосовувати такі методи інтерпретації, результат використання яких не буде передбачуваним, постає низка питань. Перше з них стосується нівелювання ролі положень ч. 2, 3 ст. 8 Конституції України про пряму дію її норм, а також вимоги відповідності всіх нормативно-правових актів Конституції України. Друге питання – практичне значення положень ч. 1 ст. 129 Основного Закону про те, що суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права. Третє питання стосується змістового наповнення положень ст. 3 Конституції України про те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Дилема між застосуванням неправового закону та можливістю суддів оцінювати якість закону має розв'язуватися через призму принципу верховенства права та прав людини.

Такі висновки підкріплюються також студіями відомого філософа права Г. Радбруха. Він вказує, що позитивне і гарантоване приписами та силою

право має пріоритет навіть тоді, коли воно за змістом несправедливе і недоцільне. Винятками є лише випадки, коли суперечність чинного закону та справедливості сягає настільки нестерпного масштабу, що закон як «несправедливе право» поступається справедливості. Коли до справедливості навіть не прагнуть, коли рівність, що є її основою, свідомо заперечується в правотворчому процесі, тоді закон є не лише «несправедливим правом», а й більше того – він є неправовим за своєю природою, бо право, в тому числі й позитивне, не можна визначити інакше, аніж як порядок і сукупність законів, покликаних за своєю суттю слугувати справедливості²³.

Застосування цієї концепції до оцінювання справедливості законодавчих актів – доволі складне заняття, сповнене суб'єктивізму оцінювача. Водночас, якщо оцінювати дотримання вимог принципу законності в кримінальному праві, з погляду Г. Радбруха, то можна дійти висновку, що у разі, коли дотримання цих вимог навіть не ставиться за мету під час прийняття відповідного закону, парламент свідомо допускає їх порушення в законотворчому процесі – такий закон можна з високим рівнем певності вважати неправовим та таким, що не підлягає застосуванню.

Висновки про можливість незастосування судом положень кримінального закону у випадку, коли він дійде висновку про його невідповідність Конституції України, породжують інший конфлікт: необхідність «забезпечення соціальної безпеки» (саме цьому завданню слугує кримінальний закон) та захист прав підозрюваного, обвинуваченого, засудженого. Його можна продемонструвати такими прикладами.

Вироком Октябрського районного суду м. Полтави від 31 серпня 2018 р. у справі № 554/674/17 дії особи було перекваліфіковано з ч. 3 ст. 369² КК України на ч. 1 ст. 190 та ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 190 КК України. При цьому суд першої інстанції виходив з такого: 1) чинна редакція ст. 369² КК України сформульована занадто узагальнено та не містить уточнень, за допомогою яких законодавець недвозначно виражав би свою волю, й основну ідею криміналізації зловживання впливом; 2) у разі, коли уповноважена на виконання функцій держави особа при зловживанні впливом не задіяна в корупційному процесі, склад злочину, передбачений ст. 369² КК України, не узгоджується з поняттям корупції, визначеним у ст. 1 Закону

²² Трофименко, «Теоретичні та правові основи диференціації кримінального процесу України», 78.

²³ В'ячеслав Бігун, «Густав Радбрух – видатний німецький філософ права», *Проблеми філософії права* 2 (2004): 33–48, 41–2.

України «Про запобігання корупції»; 3) всупереч ст. 12 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією і ст. 18 Конвенції ООН проти корупції, ст. 369² КК України сформована таким чином, що неправомірність переваги не є обов'язковою; 4) примітка ст. 369² КК України відсилає до нечинного Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції»²⁴. Апеляційний перегляд цього вироку триває, однак ідентичний за своїми мотивами вирок, ухвалений Павлоградським міськрайонним судом Дніпропетровської області 18 липня 2019 р. у справі № 185/4714/17²⁵, був скасований з тих мотивів, що суд не встановив усіх ознак кримінального правопорушення, передбаченого ст. 190 КК України.

Суди першої інстанції вчинили такі дії під приводом застосування принципу правової визначеності, а також положень ч. 3 ст. 62 Конституції України. Їх можна проаналізувати щодо правильності розв'язання конфлікту між належною процесуальною формою та правами людини, з огляду на положення, зазначені в цій статті раніше.

Нині однією із загроз принципу верховенства права є корупція. Парламентська асамблея Ради Європи у 2013 р. акцентувала увагу на корупції як явищі, що ставить під загрозу нормальне функціонування державних установ та відволікає органи державної влади від їхнього призначення, яке полягає в служінні суспільним інтересам²⁶. Сучасні тенденції використання невизначених кримінально-правових положень для збільшення свободи розсуду правозастосовних органів і суду, щоб забезпечити безпеку суспільства, значною мірою послаблюють суворі вимоги законності в кримінальному праві²⁷. Погоджуючись із цим, вважаємо, що під приводом забезпечення соціальної безпеки чи подолання глобальних проблем суспільства приймаються такі законодавчі акти, які мають приховані цілі – реалізацію певних політичних амбіцій чи домовленостей. Тому такі нормативні акти потребують ретельного аналізу щодо їх відповідності принципам та цінностям правової системи. На противагу цьому можуть бути зловживання

з боку іншої гілки влади, коли під гаслами захисту прав людини суди ухвалюватимуть рішення із сумнівним тлумаченням принципів права та Конституції України. Це порушує питання про алгоритм перевірки положення правового акта на відповідність Основному Закону.

Методологію оцінювання законодавчих актів щодо їх конституційності розробляв С. Різник. Сутнісними критеріями конституційності нормативних актів науковець вважає конституційні норми (правила поведінки, діяльності для суб'єктів суспільних правовідносин), а також конституційні принципи і цінності із застереженням, що застосування принципу верховенства права (та його складових елементів) має відбуватися розумно, повноцінно, з адекватним запозиченням закордонного досвіду, найперше практики ЄСПЛ, але без копіювання та штучного «прилаштування» до національних обставин і особливостей²⁸.

Справді, щодо використання практики ЄСПЛ в Україні виокремлюють такі проблеми: використання цитат із рішень ЄСПЛ, які Суд сформулював за принципово інших обставин, або таких, які обґрунтовують інші правові висновки, яких дійшов Суд; застосування їх поза межами аналогії або схожості; неврахування відмінностей національного законодавства, яке бралось до уваги при вирішенні певної справи ЄСПЛ; недоречне або непотрібне (надмірне) застосування практики ЄСПЛ; «маніпулятивне» застосування практики ЄСПЛ²⁹. У зв'язку з цим потрібно дуже уважно вивчати рішення ЄСПЛ, зміст якого вважається за доцільне використати для обґрунтування позиції про невідповідність положенням Конституції України або ж її цінностям (звернення до Конвенції та практики ЄСПЛ при встановленні змісту цінностей Конституції України є дискусійним питанням, однак вважаємо таке доречним з огляду на сучасний стан розвитку національної правової системи).

Сергій Різник пропонує алгоритм встановлення змістової юридичної невизначеності норми права, що є підставою для визнання її неконституційною, структурувати шляхом послідовних відповідей на такі запитання: 1) чи є норма неоднозначною, нечіткою за змістом,

²⁴ Октябрський районний суд м. Полтави, справа № 554/674/17, 31 серпня, 2018, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76172417>.

²⁵ Павлоградський міськрайонний суд Дніпропетровської області, справа № 185/4714/17, 18 липня, 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83121067>.

²⁶ Резолюція Парламентської асамблеї Ради Європи № 1943 (2013) «Корупція як загроза верховенству права», [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/mpz/docs/1786_rez_1943_\(2013\).html](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/mpz/docs/1786_rez_1943_(2013).html).

²⁷ Erik Claes, Wouter Devroe, and Bert Keirsbilck, «The Limits of the Law», in *Facing the Limits of the Law* (Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2008), 1–24, https://doi.org/10.1007/978-3-540-79856-9_1.

²⁸ Різник, «Конституційність нормативно-правових актів (сутність, методологія оцінювання та система забезпечення в Україні)», 223, 226.

²⁹ Расім Бабанли, Павло Пушкар, «До питання про (не)релевантне застосування практики Європейського суду з прав людини: практичні поради», *Судебно-юридическая газета*, травень 17, 2019, <https://sud.ua/ru/news/blog/140972-do-pitannya-pro-ne-relevantne-zastosuvannya-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-praktichni-poradi>.

що має наслідком її неоднозначне тлумачення, а отже неможливість однозначного прогнозування наслідків своїх дій суб'єктом нормозастосування? 2) чи є серед варіантів інтерпретації норми такий, що, в разі його реалізації, може призвести до порушення прав людини? 3) чи є серед варіантів інтерпретації норми такий, що, в разі його реалізації, не призводить до порушення прав людини? Якщо відповідь на останнє запитання ствердна, то, на переконання С. Різника, підстав для визнання норми неконституційною немає³⁰. За підходом, обраним у цитованому дослідженні, зміст принципу правової визначеності настільки уподібнюється до обраного в нашому дослідженні підходу до визначення змісту принципу законності в кримінальному праві, що вважаємо за можливе застосувати цей алгоритм для реалізації нашого дослідницького завдання.

У своїх наукових розвідках ми підтримуємо підхід об'єктивного (визначеність тексту відповідного законодавчого положення, можливість з'ясування його змісту виключно з цього тексту або ж у сукупності із всім законом, а також сталість судової практики щодо застосування відповідних положень) та суб'єктивного (можливість особи з огляду на своє професійне або інше становище розумно передбачати, що її діяння можуть бути кримінально-караними навіть у випадку, коли кримінальний закон є недостатньо чітким) аспектів точності та визначеності кримінального закону. На основі цього підходу, із використанням напрацювань методології оцінювання конституційності нормативного акта, здійснених С. Різником, пропонуємо такий алгоритм оцінювання дотримання точності та визначеності положення кримінального закону як вимоги принципу законності.

Перевірка дотримання об'єктивного аспекту: аналіз буквального тлумачення положення (чи з тексту правового положення можна зробити висновок про те, що певний варіант поведінки однозначно потрапляє під дію кримінальної заборони, чи можливий інший результат тлумачення); аналіз практики застосування відповідних правових положень (чи однозначна практика судових та інших уповноважених органів щодо з'ясування терміна, зміст якого викликає сумніви; чи належним чином практика опублікована).
Перевірка дотримання суб'єктивного аспекту: зміст закону, сфера, яку він регулює, кількість і статус тих, кому він адресований (чи закон

передбачає кримінальну відповідальність за діяння осіб, які працюють у тій сфері, для якої підвищена складність нормативного регулювання є звичною діловою практикою); можливість усунення сумнівів у його застосуванні через звернення за професійною консультацією до юриста. У разі, якщо об'єктивний та суб'єктивний аспекти вказують на те, що зміст закону є невизначеним, особа з огляду на її статус та знання не могла встановити, що її дії будуть кримінально-караними, то такий закон не може застосовуватися, а суд повинен констатувати його суперечність Конституції України, зокрема принципу верховенства права.

Невизначеність законодавчих положень може проявитися щодо конкретної ситуації, яка буде оцінюватися судом. Адже абстрактна точність і визначеність положення кримінального закону не свідчать про те, що в конкретному кримінальному провадженні його зміст буде з'ясовано належним чином і засудження особи на його підставі буде правомірним. У таких випадках суд повинен з'ясувати, чи буде застосування закону до особи в цій конкретній ситуації відповідати вимогам принципу законності. Можливо, саме в цій ситуації виникли проблеми неправильного тлумачення положень закону правозастосовними органами, чи розвиток суспільних відносин пішов настільки вперед, що положення кримінального закону, без динамічного їх тлумачення, не охоплюватимуть діяння, вчинення якого інкримінують особі.

Як приклад можна навести постанову ВС у справі № 705/2583/17. Суд визнав законним виправдувальний вирок суду апеляційної інстанції з тих підстав, що обвинувачена є віруючою людиною – прихожанкою Храму Різдва Пресвятої Богородиці, яка через свої релігійні переконання протягом тривалого часу користується поточним розрахунковим рахунком, оскільки відмовилася від обробки персональних даних, у строк, визначений Законом № 1700-VII. Як суб'єкт декларування відповідно до положень ст. 45 зазначеного Закону надіслала до НАЗК декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за 2016 рік на паперових носіях. Отже, встановлено відсутність суб'єктивних ознак складу злочину, передбаченого ст. 366-1 КК України³¹.

Подібний підхід простежується у вирокі Вищого антикорупційного суду від 3 червня 2020 р.

³⁰ Різник, «Конституційність нормативно-правових актів», 236, 261.

³¹ Верховний Суд, справа № 705/2583/17, провадження № 51-2136км19, 28 січня 2020, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87365886>.

у справі № 760/22550/19. Колегія суддів дійшла висновку про те, що, встановлюючи ті чи інші правила поведінки, держава має насамперед дбати про потреби людей, утримуючись за можливості від встановлення таких правил, які негативно сприйматимуться тими чи іншими групами суспільства. Встановлення таких правил може бути виправдане тільки наявністю переважачих суспільних інтересів, які неможливо задовольнити в інший спосіб, але і в цьому разі має бути дотримано принципу пропорційності. Крім того, висуваючи вимогу подання електронної декларації для осіб, які є суб'єктами декларування, тільки з використанням електронного підпису, що пов'язаний з криптографічними алгоритмами, і водночас не передбачаючи альтернативи для електронної ідентифікації, крім як за допомогою електронного підпису, держава в перспективі обмежує право доступу до таких посад осіб, які мають релігійні чи інші переконання, що несумісні з отриманням цими особами таких засобів електронної ідентифікації³².

Різні приклади безпосереднього застосування норм Конституції України для розв'язання кримінально-правового конфлікту залишають по собі різне враження. Наведені раніше в цій статті вироки районних судів, у яких стверджувалося про недоліки диспозиції ст. 369² КК України, викликають сумніви щодо якості аналізу відповідності цих положень принципам кримінального права. Адже правомірність притягнення до відповідальності за цією статтею підтверджена практикою, зокрема ВС, та зауважень щодо її відповідності Конституції України (або ж міжнародним нормативним актам) не виникало. Дії районних судів щодо констатації невідповідності ст. 369² КК України положенням Конституції України породили очікування у громадян, що судді в інших справах вчинятимуть ідентично (як на це вказував Л. Фуллер). Такий приклад свідчить про необхідність звернення до питання запобігання свавіллю під час оцінювання судами відповідності положень КК України Конституції України.

Запобігання суддівському свавіллю щодо довільного трактування положень Конституції України, принципів кримінального права є вкрай складним питанням. З огляду на обсяг і завдання цієї наукової публікації, ми його не розкриваємо докладно. Зазначимо лише, що «запобіжниками» свавільного застосування верховенства права в процесі розгляду кримінальних

проваджень можуть бути: 1) апеляційний та касаційний перегляд судових рішень; 2) можливість притягнення до кримінальної відповідальності за умисне вчинення дій, що виходять за межі суддівських повноважень, у разі заподіяння ними шкоди та наявності інших ознак складів кримінальних правопорушень; 3) наявність якісних і вичерпних узагальнень судової практики, яку здійснює ВС.

Крім цього, вважаємо за доцільне звернути увагу, що загальним мірилом правомірності використання таких повноважень судом буде якість судових рішень, їх аргументації. У разі, коли в судовому рішенні простежується виключно цитування положень законодавства, практики КС України чи ЄСПЛ із мінімальним (або взагалі відсутнім) аналізом фактичних обставин справи у світлі відповідних позицій, то таке судове рішення викликає сумнів у дійсності мотивів його автора. Коли ж у судовому рішенні чітко викладено всі особливості та аспекти застосування певного принципу, його вимог та трактування з глибоким аналізом фактичних обставин справи, тоді до такого рішення не виникатиме запитань навіть у того учасника кримінального провадження, який залишився незадоволеним під час судового розгляду.

Висновки

КПК України не містить положень про повноваження суду під час судового розгляду кримінального провадження вирішувати питання про відповідність Конституції України певного положення КК України. Водночас пряма дія норм Основного Закону, наявність положень про те, що суд при вирішенні справи повинен керуватися принципом верховенства права, дає змогу стверджувати, що судді повинні ретельно аналізувати відповідність нормативних актів Конституції України, а також принципам права (зокрема кримінального). Принцип законності в кримінальному праві має конституційну природу, а отже недотримання його вимог під час конструювання положень кримінального закону вказуватиме на порушення законодавцем Конституції України.

Конфлікт між відсутністю повноважень судді оцінювати якість кримінального закону та необхідністю забезпечувати дотримання прав людини слід вирішувати з огляду на аксіологічну характеристику належної правової процедури, а саме на користь прав людини. У такому випадку постає питання запобігання зловживанням судами при довільному трактуванні принципів права та їх суб'єктивному застосуванні під час

³² Вищий антикорупційний суд, справа № 760/22550/19, 03 червня, 2020, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89620139>.

розгляду та вирішення кримінальних справ. «Запобіжниками» цього може бути як апеляційний та касаційний перегляд судових рішень, можливість притягнення до кримінальної відповідальності за зловживання службовим становищем, так і якісна аргументація судового рішення. Питання оцінювання правильності застосування принципів права та конституційних положень має бути предметом іншої наукової розвідки.

Утім, вважаємо за можливе запропонувати такий алгоритм оцінювання положення КК України на відповідність принципу законності в кримінальному праві: буквальне тлумачення положення (наявність більш як одного варіанта тлумачення свідчатиме про невизначеність), аналіз практики його застосування (наявність

неузгодженої практики на рівні касаційної інстанції свідчить про невизначеність). Також потрібно оцінити складність сфери, якої стосується положення КК України, можливість усунення сумнівів у його застосуванні через звернення за професійною консультацією до юриста. У разі формулювання бланкетної диспозиції додатково треба вивчити наявність повноважень на прийняття норми, на яку здійснює посилання кримінальний закон, та її визначеність.

У наступних розвідках слід приділити більше уваги вразливим моментам національної моделі оцінювання якості кримінального закону, а також запобіганню потенційним зловживанням судів під час розгляду кримінальних проваджень.

Список використаної літератури

- Бабанли, Расім, Павло Пушкар. «До питання про (не)релевантне застосування практики Європейського суду з прав людини: практичні поради». *Судебно-юридическая газета*, травень 17, 2019. <https://sud.ua/ru/news/blog/140972-do-pitannya-pro-ne-relevantne-zastosuvannya-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-praktichni-poradi>.
- Барак, Аарон. *Судейское усмотрение*. Київ: КНТ, 2021.
- Бігун, В'ячеслав. «Густав Радбрух – видатний німецький філософ права». *Проблеми філософії права* 2 (2004): 33–48.
- Єзеров, Альберт, Дмитро Терлецький. «Суди загальної юрисдикції та Конституційний Суд України: питання взаємодії». *Право України* 2020/08 (2020): 223. <https://doi.org/10.33498/loiu-2020-08-223>.
- Кузембасв, Олександр. «Конституція України і джерела кримінального права України». *Актуальні проблеми держави і права* 60 (2011): 51–7. <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/3129>.
- Мазур, Микола, Сагід Тагієв, Андрій Беніцький та Віталій Кострицький. *Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України*. Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006.
- Михайленко, Віра. «Застосування належної правової процедури як завдання кримінального провадження». *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»* 1 (2020). <http://lj.oa.edu.ua/articles/2020/n1/20mvvzpk.pdf>.
- Навроцький, В'ячеслав, ред. *Українське кримінальне право. Загальна частина*. Київ: Юрінком Інтер, 2013.
- Окрема думка судді Конституційного Суду України Лемака В. В., 11 жовтня 2018. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc07d710-18#Text>.
- Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М. І., 01 лютого 2016. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na02d710-16>.
- Різник, Сергій. «Конституційність нормативно-правових актів (сутність, методологія оцінювання та система забезпечення в Україні)». Дис. д-ра юрид. наук, Інститут держави і права ім. В. М. Корещького НАН України, 2021.
- Трофименко, Володимир. «Теоретичні та правові основи диференціації кримінального процесу України». Дис. д-ра юрид. наук, НЮУ імені Ярослава Мудрого, 2017.
- Ус, Ольга. *Теорія та практика кримінально-правової кваліфікації*. Харків: Право, 2018.
- Фуллер, Лон. *Мораль права*. Київ: Центр учебной литературы, 2021.
- Claes, Erik, Wouter Devroe, and Bert Keirsbilck. "The Limits of the Law." In *Facing the Limits of the Law*, 1–24. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2008. https://doi.org/10.1007/978-3-540-79856-9_1.
- Hall, Jerome. "Nulla Poena Sine Lege." *Yale Law Journal* 47, no. 2 (December 1937): 165. <https://doi.org/10.2307/791967>.

Bibliography

- Babanly, Rasim, and Pavlo Pushkar. "Do pytannya pro (ne) relevantne zastosuvannya praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny: praktychni porady" ["On the issue of (in) relevant application of the case law of the European Court of Human Rights: practical advice"]. *Sudebno-iuridicheskaia gazeta [Judicial-legal newspaper]*, May 17, 2019. <https://sud.ua/ru/news/blog/140972-do-pitannya-pro-ne-relevantne-zastosuvannya-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-praktichni-poradi> [in Ukrainian].
- Barak, Aharon. *Judicial Discretion*. Kyiv: KNT, 2021 [in Russian].
- Bihun, Viacheslav. "Gustav Radbruch – the prominent German legal philosopher." *Problems of Philosophy of Law* 2 (2004): 33–48. <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/9662/04-Bihun.pdf?sequence=1> [in Ukrainian].
- Claes, Erik, Wouter Devroe, and Bert Keirsbilck. "The Limits of the Law." In *Facing the Limits of the Law*, 1–24. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2008. https://doi.org/10.1007/978-3-540-79856-9_1.
- Fuller, Lon. *The Morality of Law*. Kyiv: Centr uchebnoj literatury, 2021 [in Russian].
- Hall, Jerome. "Nulla Poena Sine Lege." *Yale Law Journal* 47, no. 2 (December 1937): 165. <https://doi.org/10.2307/791967>.
- Kuzembayev, Oleksandr. "Constitution of Ukraine and source of law of Ukraine." *Actual Problems of State and Law* 60 (2011): 51–7. Accessed December, 2015. <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/3129> [in Ukrainian].
- Mazur, Mykola, Sagid Tagiyev, Andriy Benitsky, and Vitaliy Kostrytsky. *Tlumachennia ta zastosuvannia Konventsii pro zakhyst prav liudyny y osnovopolozhnykh svobod Yevropeiskym sudom z prav liudyny ta sudamy Ukrainy. [Interpretation and application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by the European Court of Human Rights and the courts of Ukraine]*. Luhansk: RVV LDUVS, 2006 [in Ukrainian].
- Mykhailenko, Vira. "The application of «due process» as a task of criminal proceedings." *Casopis NaUOA. Seria "Pravo"*, 1

- (2020). <http://lj.oa.edu.ua/articles/2020/n1/20mvvzpk.pdf> [in Ukrainian].
- Navrotskyi, Viacheslav, editor. *Ukrainske kryminalne pravo. Zahalna chastyna [Ukrainian criminal law. General part]*. Kyiv: Yurinkom Inter, 2013 [in Ukrainian].
- Okrema dumka suddi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy Lemaka V. V. [Dissenting opinion of the judge of the Constitutional Court of Ukraine V. V. Lemak]. October 11, 2018. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc07d710-18#Text> [in Ukrainian].
- Okrema dumka suddi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy Melnyka M. I. [Dissenting opinion of the judge of the Constitutional Court of Ukraine M. I. Melnyk]. February 1, 2016. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na02d710-16> [in Ukrainian].
- Riznyk, Serhii. "Constitutionality of legal acts: essence, evaluation methodology and providing system in Ukraine." Diss. Doctor of Law, V. M. Koretsky Institute of State and Law of NAS of Ukraine, 2021 [in Ukrainian].
- Trofimenko, Volodymyr. "Theoretical and legal bases of differentiation of criminal process of Ukraine." Diss. Doctor of Law, Yaroslav Mudryi National Law University, 2017 [in Ukrainian].
- Us, Olga. *Theory and practice of criminal law qualification*. Kharkiv: Pravo, 2018 [in Ukrainian].
- Yezerov, Albert, and Dmytro Terletskyi. "General jurisdiction courts and the Constitutional Court of Ukraine: interaction issues." *Law of Ukraine* 2020/08 (2020): 223. <https://doi.org/10.33498/louu-2020-08-223> [in Ukrainian].

Pavlo Demchuk

JUDGE'S DISCRETION IN IDENTIFYING CONTRADICTION IN PROVISIONS OF THE CRIMINAL CODE TO THE CONSTITUTION OF UKRAINE

This article addresses the problem of the possibility of exercising implicit powers of the court that are not defined by the criminal procedure law but are provided by the Constitution of Ukraine. Such dilemmas arise in cases when the court comes to the conclusion that a certain provision of the criminal law does not comply with the Constitution of Ukraine. According to the formal approach, the criminal procedure law does not give the court the power to assess the criminal law for compliance with the Constitution of Ukraine.

The main hypothesis is that the conflict between a judge's lack of power to assess the quality of criminal law and the need to ensure respect for human rights should be resolved in the light of the axiological nature of due process, namely human rights. Through this concept, the author argues that in cases where the application of the criminal law will violate the Constitution of Ukraine, the court must reasonably establish such a contradiction with the Basic Law and not apply the relevant provision. This approach requires the formulation of a methodology for the casual assessment of the constitutionality of the provisions of criminal law in order to prevent the arbitrary application of universal values and categories of constitutional law in the course of criminal proceedings.

The author considers it possible to propose the following algorithm for assessing the provisions of the Criminal Code of Ukraine for compliance with the principle of legality in criminal law: literal interpretation of the provision (more than one interpretation will indicate uncertainty), analysis of its application (inconsistent practice at the cassation level indicates uncertainty). It is also necessary to assess the complexity of the area covered by the provisions of the Criminal Code of Ukraine, the possibility of eliminating doubts about its application by seeking professional advice from a lawyer. In the case of the formulation of a blanket disposition, it is necessary to additionally study the existence of powers to adopt the norm to which the criminal law refers and its certainty.

Keywords: legality, accuracy, certainty, unconstitutionality of criminal law.

Матеріал надійшов 28.09.2021



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)