

*Музика А.А.,  
професор, д.ю.н.,  
провідний науковий співробітник  
Державного науково-дослідного інституту МВС України*

*Музика Л.А.,  
доцент, д.ю.н.,  
доцент кафедри приватного права  
факультету правничих наук  
Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

## **ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК РЕАЛЬНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ І ПРАВозАСТОСУВАННІ (В АСПЕКТІ DE LEGE FERENDA)**

1. Верховенство права – планетарна соціальна цінність, в основі якої лежать інтереси, права та свободи людини. Цей феномен-ідеал може слугувати (як метод) у науковому пізнанні функціонування інститутів права і держави у конкретній країні. Сьогодні ми маємо практичну можливість зрозуміти, що таке верховенство права в реальному вимірі. Цьому слугує «Мірило правовладдя» («Rule of Law Checklist») як інструмент для різноманітних суб'єктів, що вирішати здійснювати таке оцінювання. Верховенство права вже «виросло» з традиційних форм правового принципу і заслуговує на нове трактування і реалізацію як метод наукового пізнання (юридичного методу дослідження). Прикладний характер цього методу дозволяє запровадити його в ужиток як в процесуальних, так і в матеріальних галузях права. Функцію методики (своєрідного «провідника») у застосуванні нового методу, як зазначено вище, забезпечуватиме «Rule of Law Checklist» [1, с. 79 – 100; 243 – 267].

Застосування юридичного методу дослідження необхідно для: а) пояснення можливості пізнання тих процесів, що відбуваються у сфері державотворення, законодавства та юридичної практики, крізь призму оцінки дотримання верховенства права; б) розуміння тих причин, які зумовлюють настання негативних наслідків у відповідних правовідносинах через нехтування верховенством права.

2. Розділ 1.2 проєкту Кримінального кодексу України (далі – проєкт) присвячений принципам цього Кодексу. Тут спостерігається певна непослідовність і суперечність. Принцип верховенства права згадується в ст. 1.1.1 проєкту, натомість серед принципів Кодексу його немає. Вважаємо такий підхід не прийнятним. Беручи до уваги, що законність і юридична визначеність (вони пропонуються як принципи Кодексу), згідно з документом Венеційської комісії «Rule of Law Checklist», є складовими принципу верховенства права, їх виокремлення у такий спосіб видається не коректним.

Враховуючи складність визначення поняття верховенства права і водночас неприпустимість його ігнорування як принципу, пропонуємо розділ 1.2 доповнити статтею:

### **«Стаття... Верховенство права**

**Кримінальний кодекс України ґрунтується на соціально-правовому ідеалі – верховенстві права, зміст якого визначила Венеційська комісія (доку-**

мент «Rule of Law Checklist»)).

Водночас для усунення суперечливих положень, що містить стаття 1.1.1 «Кримінальний кодекс», її частину першу доцільно викласти у такій редакції: «Кримінальний кодекс України є єдиним законом України, який на засадах верховенства права **і Конституції України** (далі – за текстом)». Відповідно перше речення ч. 2 цієї статті необхідно вилучити.

3. В юридичній спільноті гостродискусійним є питання щодо усвідомлення винуватим протиправності вчинюваних діянь. Утім для Робочої групи вирішення цього питання має стати принциповим. Згідно з ч. 1 ст. 1.1.3 проекту, «в Україні діє презумпція знання положень Кримінального кодексу», що є цілком виправданим. Натомість далі спостерігаємо відступ від цього концепту: низка статей містить вимогу щодо необхідності усвідомлення особою протиправного характеру своєї дії чи бездіяльності (статті 2.2.2 – 2.2.4; 2.3.2, 2.3.3). Окрім зазначеного, це також суперечить Конституції України: «незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності» (ч. 2 ст. 68).

4. Робоча група визнає як цінність «пріоритет інтересів потерпілого від злочину». Тому було б коректним положення ст. 1.2.6 (гуманізм) викласти в іншому порядку: спочатку частини 2 і 4 (про потерпілого), а потім – частини 1 і 3 (про особу, яка вчинила кримінально каране діяння).

5. Необхідно взяти до уваги, що ст. 1.4.6 проекту визначає переважно юрисдикційний аспект поняття «місце вчинення діяння». Зокрема, залишаються нерозкритими особливості встановлення місця продовжуваних, тривалих і дистанційних злочинів. Найголовнішим є те, що досягти правильного розуміння загального поняття «місце вчинення діяння» (у кримінально-правовому аспекті, на відміну від процесуального чи криміналістичного) вдається винятково через застосування просторово-часового підходу. А саме він проігнорований. Феномен місця вчинення злочину не може бути позачасовим. Пропонуємо повернутися до обговорення цього питання. У кримінально-правовому розумінні видається доцільним таке визначення аналізованого поняття: **«Місцем вчинення діяння визнається факультативна ознака об'єктивної сторони складу злочину чи проступку, яка характеризує певну територію України (зокрема й рухому територію, а в окремих випадках, визначених кримінальним законом, – територію, що знаходиться за межами України), де суб'єкт під час перебування на ній вчинив передбачену Кримінальним кодексом України дію або бездіяльність»**. Неприпустимим слід визнати підхід, за якого місце вчинення діяння визначається як територія, де настали наслідки вчинення кримінального правопорушення.

6. У проєкті широко використовується термін «ризик вчинення нового злочину»; його пропонується розуміти в правозастосовному аспекті як «імовірність вчинення особою нового злочину, що впливає на застосування виду та міри кримінально-правового засобу, визначена з урахуванням психологічних, соціальних та правових характеристик особи» (п. 54 ч. 2 ст. 1.3.1). Фактично йдеться про різновид надзвичайно складного явища – кримінально-правові ризики. Але це не просто імовірність чогось, а власне *усвідомлена ймовірність небезпеки* настання певного наслідку тим, хто обирає варіант якогось рішення. Спеціалісти наголошують, що існує безліч визначень поняття ризику. Пояснюється це, зокрема, тим, що феномен ризику є притаманним усім сферам нашого життя. Складність цього явища Ніклас Луман охарактеризував у такий образний спосіб: «Якщо намагаєшся визначити поняття ризику, то враження таке, ніби заїхав у густий туман, де видимість не далі бампера машини. Навіть в основоположних працях проблема ніколи не досягається належним чином» [1, с. 139].

На нашу думку, більш вдалим може бути таке визначення цього поняття: «54) **ризик вчинення нового злочину** – усвідомлена спеціалістами ймовірність небезпеки вчинення особою нового злочину в разі ухвалення чи відмови від ухвалення судом відповідного рішення для досягнення позитивного результату визначена на підставі врахування низки об'єктивних і суб'єктивних факторів».

Об'єктивно зазначена можливість настання такого суспільно небезпечного наслідку існує, наприклад, у разі безпідставного притягнення або непритягнення особи до кримінальної відповідальності чи призначення несправедливого покарання. Це ж стосується й незаконного застосування (незастосування) інституту звільнення від покарання та його відбування, інститутів амністії та помилування [2].

7. Ми залишаємося непохитними у своєму ставленні до необхідності законодавчого регламентування кримінально-правового виду примусового лікування. Відповідна аргументація з цього приводу вже неодноразово спільно оприлюднювалась членами робочої групи О. П. Горохом та А. А. Музикою (запрошений до участі в діяльності робочої групи як експерт з відповідних питань). Уникаємо повторення й акцентуємо лише на принциповому положенні про те, що зважувати на права людини у цій проблемі (права осіб, які вчинили кримінальне правопорушення і страждають на соціально небезпечне захворювання) слід розглядати в системному зв'язку з порушенням прав інших людей, суспільства в цілому. Окрім того, якщо сприйняти як аргумент окремих членів робочої групи на кшталт «примусове лікування не є ефективним», то його значною мірою можна поширити і на квазіефективність кримінального покарання. Але ж ми не відмовляємося від останнього.

Серед цінностей робочої групи проголошено таке: «Ніхто не має монополії на істину. При прийнятті рішення вирішальне значення має вагомість аргументів, а не будь-які інші фактори; жодне питання не вважаємо вирішеним остаточно». Тому пропонуємо критично оцінити аналізовану проблему і розв'язати її відповідно до потреб сьогодення, спираючись, зокрема, на Основи законодавства України про охорону здоров'я (ст. 53), міжнародно-правовий досвід, практику зарубіжного законотворення.

8. «Олівець зачепився» за такий текст ст. 3.6.3 (примусова психіатрична допомога): «... 2. Під час визначення виду примусової психіатричної допомоги особі, яка вчинила протиправне діяння, суд, крім відомостей, зазначених у частині 2 статті 3.6.2 цього Кодексу, враховує: ... б) **вірогідність** вчинення нею нового протиправного діяння» (виділено нами – А. М., Л. М.).

За словником української мови, вірогідність – це те, що не викликає сумніву; достовірне (на відміну від імовірності, тобто можливості). Очевидно, саме останнє поняття (імовірність) треба використовувати в цьому тексті.

#### Список використаних джерел:

1. Музика Л. А. Концепція цивільно-правової політики України: монографія. Київ: ПАЛІВОДА А. В., 2020. 504 с.
2. Луман Н. Понятие риска / Пер. А. Ф. Филиппова. THESES. 1994. № 5. С. 135 – 160.
3. Музика Анатолій. Про кримінально-правові ризики: загальний огляд проблеми. Право України. 2020. № 2. С. 97 – 118.