

правило, шляхом прийняття окремого закону про внесення змін до цього Кодексу, який також може містити положення про зміни до КПК, КВК або КУпАП (пункти 1, 2 ч. 2 ст. 1.1.3).

Для забезпечення стабільності кримінального закону Проект передбачає ускладнений порядок внесення змін до КК. Так, зміни до цього Кодексу вносяться, як правило, не частіше одного разу протягом однієї сесії Верховної Ради України; одна і та сама стаття (частина статті, пункт статті) цього Кодексу, як правило, не може бути змінена раніше, ніж через 12 місяців із дня набрання чинності законом про попередні зміни до неї (пункти 3, 4 ч. 2 ст. 1.1.3).

Закон про внесення змін до цього Кодексу набирає чинності через 30 днів із дня його офіційного опублікування, якщо більш тривалий строк не передбачений самим законом. Закон, який скасовує кримінальну відповідальність за діяння або поліпшує правовий статус особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, набуває чинності з дня, наступного за днем його офіційного опублікування, а закон, яким змінюється розмір розрахункової одиниці, – з 1 січня року, наступного за роком, у якому цей закон був офіційно опублікований (п. 5 ч. 2 ст. 1.1.3). Водночас передбачається, що положення першого речення п. 5 ч. 2 ст. 1.1.3, а також ч. 2 ст. 1.2.9 цього Кодексу (про надання висновку Пленумом Верховного Суду щодо відповідності проекту Закону про внесення змін до КК) можуть не застосовуватися в особливий період і в умовах надзвичайного стану (ч. 3 ст. 1.1.3).

## **1.5. Принципи КК та його застосування**

У Проекті КК (Розділ 1.2 «Принципи Кримінального кодексу та його застосування») члени Робочої групи визнали необхідним визначити вісім принципів, яким мають відповідати і КК на час його ухвалення, і всі наступні зміни до нього, а також подальша практика його застосування.

Це принципи: законності; юридичної визначеності; рівності; пропорційності; індивідуальності; гуманізму; однократності застосування кримінально-правових засобів; сумлінного виконання міжнародних зобов'язань.

Зазначене викликає необхідність розв'язання низки питань.

### **1.5.1. Необхідність визначення принципів КК**

У чинному КК принципи як такі не визначено. У ньому містяться лише окремі складові принципу законності (частини 1, 3, 4 ст. 3), сумлінного виконання міжнародних зобов'язань (ч. 5 ст. 3), гуманізму

(ч. 3 ст. 50), а також принцип *non bis in idem* (ч. 2 ст. 2). Відомо, що розробники Проекту цього Кодексу, прийнятого у 2001 році, не змогли дійти згоди щодо переліку та змісту його принципів, а тому залишили ці питання для доктрини.

Проте альтернативний проєкт КК, підготовлений у свій час робочою групою Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби зі злочинністю, у статтях 2–5 визначав принципи законності, рівності перед законом, особистої відповідальності та вини<sup>1</sup>.

Багато хто з українських вчених погоджувався з думкою М.Й. Коржанського, що відсутність принципів, на яких побудовано Кодекс, – це його велика вада<sup>2</sup>. Водночас висловлювались різні, іноді полярні, думки щодо переліку відповідних принципів, що мають бути визначені у КК, та змісту кожного з них. Аналіз цих думок, а також положень міжнародних договорів і КК інших держав ще у 2006 році дозволив нам запропонувати вісім нових статей чинного КК, в яких сформульовано визначення принципів законності, рівності, гуманізму та ін.<sup>3</sup>

У Проєкті КК Робоча група вирішила визначити принципи, на яких мають ґрунтуватися всі його положення та їх застосування, виходячи з того, що вони:

- є відправними ідеями, що пронизують весь текст Кодексу, без яких він був би ідеологічно й змістовно неповноцінним;
- пов'язують усі норми кримінального права та положення КК з моральними засадами суспільства і засадами конституційного ладу;
- підкреслюють його людиноцентричну природу;
- є захисною оболонкою для кожного з інших його положень, яка оберігає їх від викривленого тлумачення; використовується під час юридичної аргументації і формує правову думку;
- фактом закріплення у КК сприяють його більшій стабільності;
- наразі можуть бути сформульовані й не ідеально, але у майбутньому їх розуміння, однак, може змінитися під впливом різних факторів, а зміст кожного з них може бути уточнено. Але не почавши, не можна очікувати й на удосконалення.

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України. Проєкт. Внесений народним депутатом України Матковським О.Б. К., 1994. Реєстраційний № 41 від 03.08.1995 року С. 2-3.

<sup>2</sup> Коржанський М. Визначення окремих понять у Кримінальному кодексі України. *Право України*. 2002. № 10. С. 83.

<sup>3</sup> Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. К.: Юрисконсульт, 2006. С. 484-487, 612-614.

### **1.5.2. Щодо відмови від визначення у КК інших принципів**

Робоча група відмовилась від ідеї визначити у КК принцип верховенства права, керуючись такими аргументами:

- 1) верховенство права нами не забуте: Проект КК починається з положення, що «Кримінальний кодекс України на засадах верховенства права регулює...» певні відносини (ч. 1 ст. 1.1.2);
- 2) верховенство права не є у звичайному розумінні принципом і тим більше воно не є галузевим принципом, який кримінологи могли б «привласнити». Верховенство права – це ідея такого ж порядку, як, скажімо, ідея демократії, ідея незалежності чи ідея європейської ідентичності;
- 3) члени Робочої групи у своїй більшості виявились прихильниками «поелементного» підходу до розуміння верховенства права, запровадженого у доповіді «Верховенство права», схваленій Венеційською комісією у 2011 році, згідно з яким цей феномен являє собою сукупність важливих засад, серед яких принципи законності, юридичної визначеності, рівності тощо;
- 4) навряд чи Робочій групі вдасться визначити, та ще й виключно у кримінально-правовому контексті, зміст верховенства права краще, ніж це можуть зробити всесвітньо відомі фахівці з філософії і теорії права. Негативним є приклад розробників чинного КПК, які у його ст. 8 звузили розуміння верховенства права лише до слів про те, що «людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави». До того ж логічним здається те, що у правовій державі зміст верховенства права не просто визначається в законі, а стане результатом спільних зусиль законодавця, судів і вчених-правників;
- 5) суддя, здійснюючи правосуддя, керується саме верховенством права (ч. 1 ст. 129 Конституції України) – і в кримінальному процесі робить це незалежно від того, чи міститься визначення верховенства права у КК.

Чи можна стверджувати, що відсутність у Проекті КК визначення інших, крім верховенства права, принципів означає їх невизнання? Ні. Причини відмови від визначення у КК інших принципів є різними.

Так, принцип справедливості, хоч і неодноразово згадувався у рішеннях КСУ, зокрема у Рішенні №15-рп від 2 листопада 2004 року у справі про призначення судом більш м'якого покарання, в якому зазначено, що принцип верховенства права є основоположною

засадою права, яку не можна понизити до галузевого принципу. У цьому ж Рішенні зазначено, що всі елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості. До того ж, визначення у КК принципу справедливості було б неможливим без певного дублювання, оскільки за своїм змістом цей принцип охоплює принципи пропорційності, рівності, гуманізму, *non bis in idem*.

Принцип добросовісності, який передбачає сумлінну реалізацію прав, повноважень та старання виконання обов'язків<sup>1</sup>, стосується лише окремих положень КК – тих, в яких йдеться про зловживання правом, повноваженнями чи їх перевищення. Тому він не може претендувати на визнання його галузевим принципом. Але він є загальним принципом права і підлягає врахуванню під час застосування відповідних положень КК.

Невідворотність відповідальності, про яку також згадують як про принцип кримінального права, насправді складно визнати таким. Навіть якщо його зміст обмежити положенням, що будь-яке кримінальне правопорушення не повинне залишатися без негативних наслідків для правопорушника<sup>2</sup>, однак не можна не досягти вважати принципом. А про недосяжність слід стверджувати з огляду на вельми високий рівень латентності кримінальних правопорушень і дуже низький показник відповідних справ, розглянутих судами, порівняно з кількістю кримінальних проваджень, в яких особам повідомлено про підозру. Фактично далеко не всі особи, які вчиняють кримінальні правопорушення, відчувають негативні правові наслідки цього.

### **1.5.3. Зміст кожного із визначених у Проекті КК принципів**

Робоча група, визначаючи, який зміст вкласти у визначення принципів у Проекті КК, насамперед враховувала відповідні положення Конституції України, міжнародних договорів та актів Європейського Союзу.

Так, в Конституції України визначено, у загальному вигляді, принципи:

- законності (п. 22 ч. 1 ст. 92 – статті «Виключно законами України визначаються... діяння, які є злочинами... та відповідальність за них»; ч. 2 ст. 58 – «Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення»);
- гуманізму (ст. 3 – «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою

<sup>1</sup> Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. К.: ВАПТЕ, 2015. С. 74-75.

<sup>2</sup> Там само. С. 307.

соціальною цінністю»; ст. 21 – «Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними»; ст. 28 – «Кожен має право на повагу до його гідності. Ніхто не може бути підданий жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, покаранню», та ін.);

- сумлінного виконання міжнародних зобов'язань (ст. 9 – «Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України»; ч. 1 ст. 151 – «Конституційний Суд України за зверненням... надає висновки про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість»);
- рівності (ст. 21 – «Усі люди є вільні й рівні у своїй гідності та правах»; ч. 1 ст. 24 – «Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом»; п. 1 ч. 2 ст. 129 – «Основними засадами судочинства є... рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом»);
- *non bis in idem* (ч. 1 ст. 61 – «Ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення»);
- індивідуальної відповідальності (ч. 2 ст. 61 – «Юридична відповідальність особи має індивідуальний характер»).

У Міжнародному пакті про громадянські й політичні права визначено принцип *non bis in idem* (ч. 7 ст. 14), у Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини (ст. 7) – принцип законності. Римський статут Міжнародного кримінального суду деяким принципам кримінального права присвячує окремі статті: *ne bis in idem* (ст. 20), *nullum crimen sine lege* (ст. 22), *nulla poena sine lege* (ст. 23), відсутність зворотної сили *ratione personae* (ст. 24), індивідуальна кримінальна відповідальність (ст. 25).

Хартія основних прав Європейського Союзу містить визначення принципів: законності (частини 1 і 2 ст. 49); пропорційності (ч. 3 ст. 49); *non bis in idem* (ст. 50).

У КК різних держав зміст відповідних принципів визначено з певними відмінностями. Наприклад, різні акценти є у визначеннях принципу законності у КК Австрії, КК Албанії, КК Франції і КК Швейцарії, у визначеннях принципу гуманізму у КК Молдови, КК Польщі та КК ФРН<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. К.: Юрисконсульт, 2006. С. 491-494.

Тож, хоча для змісту принципів кримінального права визначальним є міжнародно- чи європейсько-правовий консенсус, неминучими є і національні особливості, що впливають з ідеологічних, моральних та політичних впливів.

Члени Робочої групи, враховуючи усе зазначене, перш ніж формулювати визначення принципів у Проекті КК, провели власні дослідження (деякі їх результати опубліковано<sup>1</sup>).

У своїх висновках на Проект КК національні<sup>2</sup> та литовські<sup>3</sup> експерти піддали певному сумніву зміст лише окремих положень визначених у ньому принципів, і з більшістю висловлених пропозицій Робоча група погодилась як з такими, що удосконалюють відповідні формулювання.

Водночас важко погодитися з пропозицією включити до змісту принципу законності положення про можливість подолання прогалин у КК у спосіб його тлумачення на основі правових принципів (аналогія права). Члени Робочої групи дійшла згоди, що таке положення може конфліктувати із суворим розумінням положень *nullum crimen sine lege* і *nulla poena sine lege* як складових принципу законності. Так само зайве підкреслювати у змісті принципу гуманізму, що «КК ґрунтується на пріоритеті дотримання прав, свобод і законних інтересів потерпілої особи», як пропонують національні експерти. Цілком достатньо визначити, що Кодекс забезпечує визнання та дотримання прав, свобод і законних інтересів потерпілої особи. Очевидно, що виконання будь-якого закону, зокрема й КК, повинне забезпечувати баланс інтересів усіх членів суспільства, у цьому випадку – усіх учасників кримінального провадження, які мають у ньому свій законний інтерес.

<sup>1</sup> Зокрема: Хавронюк М.І. Щодо [не]відповідності Кримінального кодексу України принципу юридичної визначеності. *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки. Том 8 (2021). С. 69-84; Хавронюк М.І. Принципи нового Кримінального кодексу України: якими вони можуть бути. *Реформування кримінального законодавства України: сучасність та майбутнє: матеріали міжнар. наук. конф.* (м. Харків, 22-23 жовт. 2020 р.). Харків: Право, 2021. С. 18-22; Хавронюк М.І. Порухення принципу пропорційності у змінах до Кримінального кодексу під час війни. URL: <https://pravo.org.ua/blogs/porushennya-pryntsyru-proporsijnosti-u-zminah-kryminalnogo-kodeksu-pid-chas-vijny>; Хавронюк М.І. Порухення принципу законності й рівності перед законом у змінах до Кримінального кодексу під час війни. URL: <https://pravo.org.ua/blogs/porushennya-pryntsyru-zakonnosti-i-rivnosti-pered-zakonom-u-zminah-kryminalnogo-kodeksu-pid-chas-vijny/>

<sup>2</sup> Висновок на проект Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023 р.). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/03/16/vysnovok-natsionalnyh-ekspertiv.pdf>

<sup>3</sup> Висновок. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/05/19/vysnovok-lytovskyh-ekspertiv-shhodo-proyektu-novogo-kk-ukrayiny.pdf>

#### **1.5.4. Забезпечення відповідності майбутніх змін до нового КК його принципам**

Це питання є найскладнішим. Існує сподівання, що усі положення нового КК на момент його прийняття, ухвалення і набрання ним чинності будуть ґрунтуватися на визначених у ньому принципах. Але, з огляду на попередню практику, сумнівно, що кожного разу, коли парламент ухвалюватиме зміни до КК, він буде узгоджувати їх із кожним з його принципів.

Намагаючись все ж схилити законодавця до необхідності не ігнорувати принципи, Робоча група у ст. 1.2.9 Проекту КК виписала обов'язок Пленуму Верховного Суду надавати висновок щодо відповідності проекту Закону про внесення змін до КК, прийнятого Верховною Радою України у першому читанні за основу, вимогам статей 1.2.1–1.2.8 цього Кодексу, і обов'язок Верховної Ради України розглядати такий висновок в порядку, передбаченому законом.

Зрозуміло, що ці положення вимагають внесення змін до Закону «Про судоустрій і статус суддів» та Регламенту Верховної Ради України. Проте існують серйозні сумніви у тому, що і Верховний Суд, і Верховна Рада України не будуть заперечувати проти покладення на них зазначених обов'язків, а тому це положення ст. 1.2.9 до його прийняття «не доживе».

Тому слід подумати над альтернативами розв'язання описаного питання.

Національні експерти вважають, що після ухвалення КК Робоча група може трансформуватись у Раду експертів (на певний перехідний період), яка могла б надавати правові висновки щодо пропонуванних змін до КК<sup>1</sup>.

Проте можна обійтися й без такої трансформації, якщо внести зміни до Положення про Комісію з питань правової реформи, затвердженого Указом Президента України від 7 серпня 2019 року № 584/2019, якими розширити повноваження Робочої групи.

Крім того, нами давно запропоновані й інші способи забезпечення якості КК<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Висновок на проєкт Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023 р.). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/03/16/vysnovok-natsionalnyh-ekspertiv.pdf>

<sup>2</sup> Хавронюк М.І. Якість Кримінального кодексу: як її забезпечити та якою є справжня роль вчених-кримінологів? *Збірка тез доповідей учасників науково-практичного круглого столу «Кримінальний кодекс України 2001 року: 20 років після прийняття»* (29 квітня 2021 року) / упоряд. А.А. Стрижевська, К.П. Задоя, Д.С. Птащенко, С.Д. Шапченко. К., 2021. 127 с. С. 15-21.

Насамперед йдеться про кримінологічну експертизу, яку треба обов'язково проводити щодо всіх проєктів законів про внесення змін до КК. Було б доречно при НАПрНУ створити постійно діючу комісію у складі науковців-кримінологів, представників органів державної влади, аналітичних центрів та міжнародних організацій, члени якої, змінювані за принципом часткової ротації, на договірній платній основі проводили б таку експертизу, визначаючи щодо кожного законопроекту його відповідність Конституції України, міжнародним договорам, його узгодженість з КПК, КВК, іншими законами, його відповідність результатам наукових досліджень, а також надавали б науково-обґрунтований прогноз реалізації закону. Подібною за роллю і складом інституцією є створена у 2020 році Комісія з питань виконання рішень Європейського суду з прав людини як консультативно-дорадчий орган при Кабінеті Міністрів України.

Неврахування висновку кримінологічної експертизи парламентським профільним комітетом має обґрунтовуватися і бути предметом обговорення під час розгляду законопроекту Верховною Радою України (у необхідних випадках – із заслуховуванням представника комісії НАПрНУ). Зазначене слід закріпити в Регламенті Верховної Ради України.

Також слід постійно здійснювати моніторинг та оцінку державної антикримінальної політики. Створена з цією метою інформаційна система моніторингу повинна включати, зокрема, дані про внесення змін до КК, мету, з якою ці зміни були внесені, і дані, у тому числі статистичні, про позитивні та негативні результати реалізації цих змін. Такі моніторинг й оцінку мають взяти на свою відповідальність вчені-кримінологи й фахова громадськість.

Після прийняття Закону «Про правотворчу діяльність» з'явилися також нові можливості. Йдеться про положення цього Закону, згідно з якими:

- у разі прийняття законів, що розвивають положення кодексу у відповідній сфері, повинні дотримуватися основні принципи правового регулювання суспільних відносин, встановлені кодексом (ч. 2 ст. 11);
- здійснюється планування діяльності з розроблення проєктів законів (статті 20-25);
- розроблення проєкту закону включає оцінку його впливу на суспільні відносини з викладенням її результатів у пояснювальній записці, оцінку його відповідності зобов'язанням України у сфері європейської інтеграції та праву Європейського Союзу (acquis EC),

- гарантується дотримання техніки нормопроєктування (статті 31-42);
- проводяться експертизи законопроекту, зокрема наукова, юридична (правова), антикорупційна, антидискримінаційна (ст. 44). На жаль, кримінологічна експертиза прямо не згадана;
- щодо законопроекту проводяться публічні консультації (статті 29-30, 45). Проект Закону «Про публічні консультації» (реєстраційний №4254 від 23 жовтня 2020 року) у 2021 році прийнято Верховною Радою України в першому читанні та в березні 2023 року підготовлено до другого читання;
- здійснюється правовий моніторинг – зокрема в частині оцінки досягнення запланованих цілей нормативно-правового регулювання, його впливу на суспільство, визначення правових, соціальних, політичних, економічних, екологічних, адміністративних та інших запланованих наслідків чи виявлення незапланованих наслідків (статті 67-71).

#### **1.5.5. Забезпечення застосування КК відповідно до його принципів**

У ч. 1 ст. 1.2.9 Проекту КК визначено, що не лише сам КК, а і його застосування повинні відповідати принципам, визначеним його статтями 1.2.1–1.2.8.

Тут розробники Проекту КК частково орієнтувались на положення ч. 6 ст. 9 КПК і мали на увазі, що положення нового КК треба тлумачити з урахуванням змісту принципів КК.

Звісно, наївно сподіватися, що з самого початку дії нового КК все буде відбуватися саме так. Проте члени Робочої групи упевнені, що згадане положення ч. 1 ст. 1.2.9 Проекту КК певною мірою зобов'язуватиме суди до створення єдиної судової практики у кримінальних справах, яка буде ґрунтуватися на зазначених принципах.

Практика застосування КК має передбачати єдність тлумачення закону, доступність судових рішень, їхню обов'язковість і виконаність.

Єдність тлумачення закону можна забезпечити, зокрема, шляхом ведення у Верховному Суді контрольного примірника КК з постаційними матеріалами, в яких відображались би висновки щодо застосування норм права, викладені в постановах колегії суддів, палати, об'єднаної палати, Великої Палати Верховного Суду.