



Зоя Загиней-Заболотенко

докторка юридичних наук, доцентка,
начальниця відділу підвищення кваліфікації прокурорів
з питань запобігання корупції
Інституту підвищення кваліфікації прокурорів
Національної академії прокуратури України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8679-124X>
trostuk@ukr.net

DOI: 10.33498/opus-2020-02-067

УДК 343.214

НЕВИЗНАЧЕНІСТЬ VS ВИЗНАЧЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. Визначеність vs невизначеність кримінального закону України є важливою проблемою сьогодення. Одним із завдань оновлення кримінального законодавства України є з'ясування оптимального рівня визначеного та невизначеного контенту у тексті Кримінального кодексу України (КК України).

Метою статті є встановлення співвідношення невизначених і визначених формулювань у тексті КК України та обґрунтування того, які з них доцільно використовувати у ньому. Для досягнення цієї мети поставлено такі завдання: 1) охарактеризувати основні проблеми встановлення співвідношення між визначеним і невизначеним у тексті нормативно-правових актів у наукових підходах, зокрема й зарубіжної правової доктрини, а також у практиці Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ); 2) виокремити об'єктивні та суб'єктивні причини існування невизначених формулювань у тексті КК України, навести конкретні приклади невизначеного контенту у чинному КК України; 3) дослідити можливість існування невизначеного контенту у тексті КК України.

Основні наукові результати полягають у такому: погляди у зарубіжній правовій доктрині відносно співвідношення визначеного та невизначеного у законодавстві здебільшого полягають у розумному балансі між вказаним вище контентом; в окремих рішеннях ЄСПЛ міститься вказівка на пропорційність визначеного та невизначеного у будь-якому законі; встановлюючи співвідношення невизначеного та визначеного у тексті КК України, доцільно вести мову не про усунення, а про оптимізацію невизначеності; правова невизначеність кримінально-правових норм обумовлюється як об'єктивними, так і суб'єктивними причинами; виокремлено таку якісну характеристику кримінально-правових норм, як ступінь їхньої визначеності; до невизначеного контенту віднесено оцінні поняття, відкриті переліки, дискреційні повноваження органів держави у кримінально-правових відносинах, латентність тексту КК України, юридичні фікції, юридичні презумпції; досліджено, що невизначеність можуть породжувати й формалізовані положення КК України, наприклад, казуїстичні переліки.

Ключові слова: невизначеність; невизначений контент; визначеність; Кримінальний кодекс України; тлумачення; реалізація правових норм.

© Зоя Загиней-Заболотенко, 2020

Визначеність vs невизначеність кримінального закону України є важливою проблемою сьогодення. Відомий компаративіст Р. Давид акцентував увагу на тому, що рівновага між застосуванням норми у конкретному випадку та загальними принципами права 'необов'язково повинна бути однаковою в усіх галузях права: більша конкретизація бажана у такій галузі, як кримінальне право, де потрібно зменшити свавілля адміністрації'¹. Такий підхід є цілком обґрунтованим, оскільки застосування кримінально-правових норм істотно обмежує права і свободи людей, породжує для них вкрай негативні наслідки.

У сучасний період оновлення кримінального законодавства України важливим вектором є встановлення оптимального рівня визначеного та невизначеного контенту у тексті Кримінального кодексу України (далі – КК України)². Аналіз змін цього нормативно-правового акта дає змогу зробити попередній висновок, що прагнення законодавця вдосконалити його текст зумовлює не лише інфляцію кримінального законодавства України, а й хронічну невизначеність. Намагання знизити невизначеність КК України шляхом постійної його новелізації не досягає своєї мети, оскільки здебільшого характеризується хаотичністю та базується на хибній методологічній основі. Зважаючи на це, у процесі нормотворчості у галузі кримінального права України потрібно використовувати парадигмально нові підходи, які стосуються, зокрема, вирішення питання про цінність невизначеного контенту для кримінально-правового регулювання порядку суспільних відносин.

Метою дослідження є встановлення співвідношення невизначених і визначених формулювань у тексті КК України та обґрунтування того, які з них доцільно використовувати у ньому. Для досягнення окресленої мети було поставлено такі завдання: 1) охарактеризувати основні проблеми встановлення співвідношення між визначеним і невизначеним у тексті нормативно-правових актів у наукових підходах, зокрема й у зарубіжній правовій доктрині, а також у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ); 2) виокремити об'єктивні та суб'єктивні причини існування невизначених формулювань у тексті КК України, навести конкретні приклади невизначеного контенту у документі; 3) дослідити можливість існування невизначеного контенту у тексті КК України.

Проблема невизначеності у КК України не була предметом самостійного наукового дослідження як у вітчизняних працях із теорії права, так і у кримінально-правовій доктрині. Відповідні питання розглядають-

¹ Р. Давид, К. Жоффре-Спинози, *Основные правовые системы современности* (Международные отношения 2009) 99.

² Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2341-14>> (дата звернення: 30.01.2020).

ся вченими-криміналістами здебільшого спорадично та субсидіарно: у контексті висвітлення різноманітних питань кримінально-правового спрямування. Серед дослідників, які висвітлювали проблему визначеного/невизначеного у тексті КК України, відзначимо науковий доробок П. Андрушка, Ю. Бауліна, П. Берзіна, О. Бойка, В. Борисова, Л. Брич, Н. Гуторової, О. Дудорова, А. Іванчина, О. Кваші, О. Книженко, М. Коржанського, С. Лихової, А. Музики, В. Навроцького, М. Панова, Ю. Пономаренка, В. Тація, П. Фріса, М. Хавронюка, С. Шапченка, М. Шаргородського, Н. Ярмиш та ін. У працях цих та інших учених невизначеність розглядається здебільшого як недолік тексту КК України. Однак вважаємо за доцільне переглянути відповідний науковий концепт і скоригувати негативне ставлення до невизначеного контенту у тексті КК України.

У межах нашої статті будемо використовувати такі поняття, як “невизначений контент” і “визначений контент” тексту КК України, які пропонуємо до вживання у поняттєвому апараті кримінально-правової науки. Слово “контент” означає ‘зміст будь-якого видання, телепередачі і т. ін.’³. Таким чином, визначений контент – це зміст кримінально-правових норм, що виражений у тексті КК України за допомогою точних та однозначних формулювань, а невизначений – за допомогою тих, що потребують додаткової конкретизації у процесі застосування.

Характеризуючи проблему визначеності/невизначеності у нормативно-правових актах, відзначимо, що європейська традиція нормотворення бере свій початок із того, що текст закону загалом повинен бути визначеним. Для цього правники виробили доктрину “нікчемності внаслідок невизначеності” (*void for vagueness*).

<...> Згідно з цією доктриною невизначеність нормативного акта, коли він викладений нечіткою, недостатньо зрозумілою мовою, зумовлює його нікчемність, що порушує вимоги про “належну правову процедуру” (*due process clause*). У зв’язку з відсутністю у законі зрозумілих та однозначно сформульованих вимог, зрозумілих кожному громадянину, на підставі яких можна було б передбачити наслідки вчинення або невчинення дій, вказана вище доктрина констатує неналежну правову процедуру⁴.

Водночас у зарубіжній правовій літературі превалювання визначеного контенту у нормативно-правових актах не є аксіоматичним. Здавна наукова полеміка була сконцентрована навколо доцільності використання для врегулювання порядку суспільних відносин таких юридич-

³ ‘Контент’ (Словник української мови online) <<http://services.ulif.org.ua/expl/Entry/index?wordid=193469&page=1381>> (дата звернення: 03.02.2020).

⁴ А Султанов, ‘Правовая определенность – часть должной правовой процедуры или как в закон об экстремизме правовую определенность вводили’ (2015) 1 Адвокат 6.

них форм, як норм-приписів, які точно визначають правила поведінки суб'єктів (“*bright line rule*”) та загальних стандартів, що потребують додаткової конкретизації у процесі правозастосування (“*flexible standard*”)⁵. Відповідні юридичні форми умовно можна зіставити з визначеним і невизначеним контентом у кримінально-правовому регулюванні. Прихильники кожної із цих юридичних форм наводять аргументи на користь доцільності використання у нормативних текстах однієї з них. Так, позитивними властивостями норм-приписів зарубіжні правознавці називають, зокрема, ‘передбачуваність правових результатів, прогнозованість результатів оцінки у межах норм права, зниження рівня судових помилок, попередження адміністративного свавілля’⁶. Окрім того, як вказують правознавці, ‘під час правозастосування норми-приписи потребують менше зусиль на інтерпретацію та юридичне консультування порівняно зі стандартами’⁷. Науковці, на думку яких мають превалювати, власне, стандарти, а не норми-приписи, відзначають, що ‘відкрита структура стандартів дає змогу швидко модифікувати їхній нормативний зміст, формально не змінюючи текстуальну “оболонку” стандарту’⁸. Водночас, як зазначають зарубіжні науковці, жодна з цих юридичних форм не має однозначної переваги порівняно з іншою.

Доктрина “нікчемності внаслідок невизначеності” схожа до розуміння правової визначеності закону у правових позиціях ЄСПЛ, яка є складовою принципу верховенства права. У цих рішеннях правова визначеність здебільшого розуміється як стабільність судових рішень, які набрали законної сили (*res judicata*) (наприклад, рішення у справах “Пономарьов проти України”⁹, “Рябих проти Росії”¹⁰). Однак у практиці ЄСПЛ правова визначеність розуміється і як: ‘включення у поняття “передбачено законом” не лише писаного права (норми писаних законів), а й неписаного права (прийнятих у суспільстві моральних правил та засад)’¹¹; ‘чіткість писаного та неписаного права, що б дало змогу громадянину, якщо виникне потреба, передбачати повною мірою наслідки, що може спричинити певна дія (правило чіткості та передбачуваності закону)’¹²; ‘забо-

⁵ P Schlag, ‘Rules and Standards’ [1985] 33(2) Ucla Law Review 379–430.

⁶ R Cass Sunstein, ‘Problems with Rules’ (1995) 83 California Law Review 953, 974–5.

⁷ L Kaplow, ‘Rules Versus Standards’ (1992) 42 An Economic Analysis, Duke Law Journal 569.

⁸ Ibid.

⁹ Пономарьов проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 3 квітня 2008 р. <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_434> (дата звернення: 30.01.2020).

¹⁰ Рябих проти Росії: рішення Європейського суду з прав людини від 21 лютого 2002 р. <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_172> (дата звернення: 30.01.2020).

¹¹ “Санді Таймс” проти Об’єднаного Королівства: рішення Європейського суду з прав людини від 6 листопада 1980 р. <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_164> (дата звернення: 30.01.2020).

¹² Стіл та інші проти Сполученого Королівства: рішення Європейського суду з прав людини від 23 вересня 1998 р. <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_106> (дата звернення: 03.01.2020); Круслен проти Франції: рішення Європейського суду з прав людини від 24 квітня 1998 р. <<http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=432>> (дата звернення: 30.01.2020).

рона ретроспективного застосування кримінального законодавства на шкоду обвинуваченому¹³. В останньому випадку втілюється принцип *nullum crime nulla poena sine lege*, відповідно до якого злочинність і караність діяння повинні визначатися лише законом, а кримінальне право не повинно надмірно тлумачитися на шкоду обвинуваченому. Водночас ЄСПЛ вказує, що хоча визначеність у законі надзвичайно бажана, забезпечення її може призвести до надмірної ригідності, тоді як закон не повинен відставати від обставин, що змінюються¹⁴. Таким чином, у рішеннях ЄСПЛ фактично містяться вказівки на пропорційності визначеного та невизначеного контенту у будь-якому законі, зокрема й у КК України.

Тож як у зарубіжній правовій доктрині, так і в практиці ЄСПЛ не надається перевага жодній із юридичних форм, визначеному чи невизначеному контенту. Вирішення питання про конкретну форму законодавчого конструювання залежить насамперед від особливостей конкретної галузі права, у межах якої воно здійснюється. У тих галузях права, що мають публічно-імперативний характер, до яких належить і кримінальне право України, конкретизація правових приписів, а отже, визначеність відповідних нормативних положень, повинна дотримуватися більшою мірою, аніж у приватно-диспозитивних галузях права. Так, в учасників кримінально-правових відносин зазвичай має місце своєрідна напружена конфліктність, що обумовлена, зокрема, їхніми різними інтересами. Такі діаметрально протилежні інтереси учасників правовідносин зумовлюють різний результат тлумачення кримінально-правових норм. Однією з причин відповідного стану є наявність у тексті КК України “зон невизначеності”, які будуть використовуватися відповідним учасником кримінально-правових відносин для отримання того результату тлумачення, який буде збігатися з його інтересом у вирішенні цих відносин.

Насамперед відзначимо, що визначеність кримінально-правових норм, на нашу думку, є основою їх адекватного тлумачення та реалізації. Подолання надмірної невизначеності та суперечливості кримінального законодавства України є тією проблемою, на подолання якої мають бути спрямовані зусилля науковців, законодавця і практиків. Досягнення абсолютної визначеності тексту КК України є ідеалом, до якого слід прагнути, однак цей ідеал є недосяжним. Вважаємо, що у цьому контексті доцільно вести мову не про усунення невизначеності з тексту цього Кодексу, а про його оптимізацію. Як вдало відзначає Г.-Л. А. Харт, ‘якими б не були норми, у конкретних ситуаціях вони будуть мати відкриту текстуру (*open*

¹³ Пухк проти Естонії: рішення Європейського суду з прав людини від 10 лютого 2004 р. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61628>> (дата звернення: 30.01.2020).

¹⁴ Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства: рішення Європейського суду з прав людини від 10 лютого 2004 р. <http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO0564.html> (дата звернення: 30.01.2020).

texture of law)¹⁵. Німецький теоретик права Р. Алексі виокремлює “зони невизначеності” позитивного права, які тією чи іншою мірою існують у кожній правовій системі¹⁶. Створити ідеальний закон, який був би визначеним і бездоганим – це певним чином утопічна мета, а намагання створити саме такий КК України приречені на невдачу. Американський правник Дж. Крісті вважає:

<...> мовна невизначеність дозволяє праву виконувати свою соціальну функцію. Використання у праві загальних понять із відкритою змістовною текстурою (*general terms with an open textured meaning*) імовірніше за все є необхідністю. При цьому невизначеність є незамінним інструментом для досягнення зрозумілості та точності в юридичній мові. Невизначеність юридичної мови наділяє всі нормативні методи соціального контролю гнучкістю, без якої людині доведеться робити вибір між повною відсутністю правового регулювання та неможливістю виконати завдання ретельної деталізації того, що може бути, а що не допускається¹⁷.

Правова невизначеність кримінально-правових норм обумовлюється як об'єктивними, так і суб'єктивними причинами. Об'єктивні причини детерміновані формою побудови норм права у романо-германській правовій системі, до якої належить і правова система України. Адже норми права у цій системі мають загальний характер, є моделлю поведінки людини, яка заборонена під загрозою кримінального покарання або застосування інших заходів кримінально-правового характеру. Норма права завжди розрахована на невизначене коло випадків та суб'єктів (*non possunt omnes articuli singillatim aut legibus comprehendere* – не можна охопити законами всі часткові випадки). Саме така абстрактність правових норм, як відзначається у теорії права, є надбанням сучасного нормотворення. Тому й дихотомія конкретного та абстрактного, своєрідна невизначеність іманентно закладена у самій правовій природі кримінально-правових норм. Порівнюючи ті чи інші норми на предмет невизначеності, не можна, на нашу думку, використовувати абсолютні характеристики (визначений/невизначений). Доцільно виокремлювати ступінь визначеності та характеризувати ступінь визначеності тієї чи іншої кримінально-правової норми (наприклад, низький, середній і високий).

¹⁵ H L A Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 1997) 128.

¹⁶ Р. Алексі, *Понятіє и действительность права (ответ юридическому позитивизму)* (Инфотропик Медиа 2011) 87.

¹⁷ G Christie, 'Vagueness and Legal Language' (1964) 48 *Minnesota Law Review* 885, 890, 911.

Текст КК України є своєрідним ‘знаковим виразом правових смислів’¹⁸, ‘знаковим феноменом’¹⁹, символічною системою, яка підлягає розкодуванню, з’ясуванню нормативного змісту кримінально-правових приписів. Знакова природа тексту КК України породжує необхідність здійснення зворотного перекладу, розшифрування тексту КК України. Для цього ‘потрібно знати шифр або код, яким у цьому разі є законодавчо-технічний інструментарій’²⁰. Сам процес розкодування інформації відбувається крізь суб’єктивне сприйняття адресата законодавчої інформації, що призводить до виникнення різних результатів тлумачення кримінально-правових норм. Окрім того, на момент норми відповідні проблеми можуть лише прогнозуватися (у найкращому випадку). Та життя завжди багатше від типової законодавчої моделі, а тому навіть визначені формулювання можуть зумовлювати неоднозначні підходи у судовій практиці та різні результати тлумачення учасниками кримінально-правових відносин, про що йшлося вище. Наприклад, ідеться про те, кого слід розуміти під поняттям “потерпілий”, яке вживається у ст. 46 КК України: безпосередню жертву злочинного посягання або учасника кримінального провадження, зокрема й близьких родичів особи, яка загинула внаслідок злочину. Вирішення відповідних питань було здійснено у правовому висновку Великої Палати Верховного Суду у справі від 16 січня 2019 р. № 439/397/17, відповідно до якого, зокрема,

У випадку заподіяння кримінальним правопорушенням шкоди у вигляді смерті потерпілого звільнення від кримінальної відповідальності у зв’язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК України) неможливе²¹.

Невизначеність, як не дивно, може бути наслідком використання законодавцем не лише понять із відкритим змістом, а й казуїстичних переліків як у самому тексті КК України, так і у тих нормативно-правових актах, до яких відсилають бланкетні диспозиції статей Особливої частини КК України. Ризик невизначеності у разі використання казуїстичних переліків обумовлений тим, що законодавець на етапі створення правової норми не може охопити все коло предметів, що включаються у зміст відповідного поняття. За вдалим висловом американського правника Ф. Шауера, ‘найбільш точні правила завжди потенційно неточні, що обу-

¹⁸ И Грязин, *Текст права (Опыт методологического анализа конкурирующих теорий)* (Ээсти раамат 1983) 19.

¹⁹ Т Губаева, *Словесность в юриспруденции* (Казанский государственный университет 1995) 78.

²⁰ А Иванчин, *Законодательная техника и ее роль в российском уголовном правотворчестве* (Юрлитинформ 2011) 65.

²¹ Постанова Великої палати Верховного суду від 16 січня 2019 р. у справі № 439/397/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79298600>> (дата звернення: 30.01.2020).

мовлено нашим недосконалим знанням про світ та нашими обмеженими здібностями передбачати майбутнє²². Один із таких випадків невизначеності був описаний нами спільно з О. Квашею у науковій публікації²³ та стосувався казуїстичного переліку осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбачених у ст. 3 Закону України “Про запобігання корупції”, які виступають суб’єктами декларування недостовірної інформації (ст. 366¹ КК України) та незаконного збагачення (ст. 368² КК України)²⁴.

Ще одним прикладом невизначеності у тексті КК України є казуїстичний перелік корупційних злочинів (примітка ст. 45). Окремі з них не відповідають дефініції поняття “корупція”, що закріплене у ст. 1 Закону України “Про запобігання корупції”²⁵. Ідеться, зокрема, про склад злочину, передбачений у ст. 366¹ “Декларування недостовірної інформації” КК України. Він став корупційним у процесі поточної нормотворчості²⁶. Згідно з Законом України “Про запобігання корупції” будь-які порушення вимог фінансового контролю (зокрема й ті, що досягають “порогу” кримінальної відповідальності) ідентифіковані законодавцем як правопорушення, пов’язані з корупцією, які, як відомо, не містять ознак корупції, тоді як корупційні правопорушення повинні відповідати базовому поняттю “корупція”, що закріплене у цьому Законі²⁷. На практиці це може зумовити питання про можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності (наприклад, у зв’язку з дійовим каяттям) у разі вчинення нею злочину, передбаченого у ст. 366¹ КК України. Враховуючи імперативне віднесення цього злочину до корупційних, таке звільнення від кримінальної відповідальності неможливе. Однак через хибне включення до переліку корупційних злочинів декларування недостовірної інформації (ст. 366¹ КК України) крізь призму принципів кримінального права України, практику ЄСПЛ відповідне питання має бути вирішено позитивно. І саме другий шлях у відповідній ситуації, на наше переконання, є найбільш прийнятним.

²² F Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford 1993) 36.

²³ З Загине́й та О Кваша, ‘Щодо імунітету від кримінального переслідування за незаконне збагачення окремих високопосадовців’ (2018) 11 Бюлетень Міністерства юстиції України 34–40.

²⁴ На момент написання цієї статті ст. 368² КК України визнана Конституційним Судом неконституційною (Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України у справі № 1-135/2018(5846/17) від 29 лютого 2019 р. <<http://www.ccu.gov.ua/docs/2627>> (дата звернення: 30.01.2020).

²⁵ Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>> (дата звернення: 30.01.2020).

²⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення ефективності інституційного механізму запобігання корупції: Закон України від 2 жовтня 2019 р. № 140-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/140-20#n23>> (дата звернення 30.01.2020).

²⁷ Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>> (дата звернення: 30.01.2020).

Правова невизначеність КК України може бути обумовлена й неможливістю охопити нормою всі аспекти кримінально-правових відносин, оскільки “на старті” неможливо вирахувати, яким чином ці відносини будуть розвиватися. Лише з плином часу проблемні місця правової норми стають надбанням науковців і практиків. Водночас оперативно відреагувати та внести потрібні зміни у КК України з тих чи інших причин буває досить складно. Прикладом невдалої заміни невизначеного контенту на визначений є зміна підходів у КК України відносно тлумачення понять “істотна шкода” та “тяжкі наслідки” у складах злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг (примітка ст. 364 КК України). Здавалося б, визначеність відповідних понять має сприяти належному кримінально-правовому реагуванню на факти вчинення тих злочинів, яких відповідні дефініції стосуються. Водночас, як убачається з ситуації, що склалася сьогодні, визначеність у цьому випадку стоїть на заваді адекватному застосуванню кримінального закону України. виправити цю ситуацію щодо окремих складів злочинів намагався Верховний Суд у межах повноважень, визначених Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України)²⁸. Зокрема, йдеться про можливість передачі кримінального провадження на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо ‘справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики’ (ч. 5 ст. 434¹ КПК України)²⁹. Як це не дивно звучить, визначений контент у вказаному вище випадку був відкоригований у правовій позиції Великої Палати Верховного Суду у справі від 5 грудня 2018 р. № 301/2178/13-к³⁰.

Правова невизначеність кримінально-правових норм, що зумовлена об’єктивними причинами, може бути викликана й прогалинами у сфері правового регулювання у випадку бланкетного способу конструювання диспозицій статей Особливої частини КК України. Регулювання відповідного порядку суспільних відносин нормами інших галузей права може бути неповним, що зумовлює фактичну невизначеність кримінально-правових норм. Наприклад, за порушення вимог фінансового контролю, як зазначалося вище, передбачена й кримінальна відповідальність (ст. 366¹ КК України). Водночас у Законі України “Про запобігання корупції” не встановлені альтернативні способи подачі декларації особи,

²⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 03.01.2020).

²⁹ Там само.

³⁰ Постанова Великої палати Верховного суду від 5 грудня 2018 р. у справі № 301/2178/13-к <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78426368?fbclid=IwAR04_tmy_GUqBeFliPxLhV1vMIMoocY-Gbzm-7s2zorMSrO4pgPZQxqR7YY> (дата звернення: 03.01.2020).

уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, окрім як в електронному вигляді на офіційному вебсайті Національного агентства з питань запобігання корупції (далі – НАЗК). Як відомо, інформація, що вказується у такій декларації, містить низку ідентифікаторів, від яких особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, можуть відмовлятися з тих чи інших міркувань, зокрема, з релігійних. Сьогодні в Україні існує два діаметрально протилежних рішення об'єктивно подібних ситуацій, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не подає електронну декларацію НАЗК, як це нині передбачено в Законі України “Про запобігання корупції”, а надсилає цьому агентству відповідну декларацію у паперовому вигляді. Версія кваліфікації у цьому випадку стосується того, чи містить діяння функціонера умисне неподання електронної декларації (ст. 366¹ КК України). Вищий антикорупційний суд визнав винуватою у вчиненні злочину, передбаченого у ст. 366¹ КК України, екссуддю Апеляційного суду Дніпропетровської області, яка відмовилася подавати електронну декларацію, однак надіслала її у паперовому вигляді до НАЗК, мотивуючи це тим, що законодавство України у сфері персональних даних надає можливість вилучати, знеособлювати, використовувати третім особам персональні дані людини³¹. Тоді як згідно з постановою Верховного Суду у складі Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 28 січня 2020 р. схожа ситуація, за якої особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, подала декларацію у паперовому, а не в електронному вигляді, але з релігійних міркувань, була оцінена як така, що не містить складу злочину, передбаченого у ст. 366¹ КК України³². Останнє рішення сьогодні викликає невдоволення у громадськості³³, хоча, на нашу думку, саме воно є таким, що відповідає букві та духу закону. Наведемо на підтримку цього рішення два основні аргументи. По-перше, у ст. 366¹ КК України встановлена відповідальність за умисне неподання електронної декларації, тоді як і в першому, і в другому випадку, що наводилися вище, функціонерки порушили порядок її подання (подали декларацію не в електронному, а в паперовому вигляді). Така поведінка, на нашу думку, може оцінюватись як дисциплінарний проступок, однак у жодному разі не як злочин. По-друге, у діяннях осіб, уповноважених

³¹ Вирок Вищого антикорупційного суду України від 30 жовтня 2019 р. у справі № 760/4297/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/86528248>> (дата звернення: 30.01.2020).

³² Постанова Верховного Суду у складі Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 28 січня 2020 р. у справі № 705/2583/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/87365886>> (дата звернення: 30.01.2020).

³³ ‘Верховний Суд поставив під загрозу декларування’ (Центр протидії корупції – сторінка у facebook) <<https://www.facebook.com/antac.ua/photos/a.218043741627757/2656898681075572/?type=3&theater>> (дата звернення: 10.02.2020).

на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, відсутня суб'єктивна сторона складу злочину. Адже для цього складу злочину є обов'язковим встановлення прямого умислу особи. Однак у ситуаціях, що розглядаються, функціонерки не бажали не подавати декларацію, однак зробили це у спосіб, не передбачений антикорупційним законодавством України. Аргументацію останнього підходу можна розширити.

Невизначений контент може з'являтися у тексті КК України з урахуванням і суб'єктивних причин. Відповідні причини обумовлені тим, що *errare humanum est* – людині властиво помилятися. Як вбачається, законодавчі помилки у тексті КК України – поширене явище, яке зумовлене насамперед фактичною відсутністю в Україні концепції кримінально-правової боротьби зі злочинністю, нехтуванням законодавцем загальноновизнаними правилами нормотворчої техніки, невдалим використанням її засобів і прийомів. Не слід забувати й про те, що причиною невизначеності у КК України є не лише законодавчі помилки, а й умисне лобювання таких норм, які вже на етапі прийняття приречені на фіаско. Наприклад, вже кілька років в Україні обговорюється проблема кримінальної відповідальності “злочинів у законі”. Останній законопроект (реєстраційний № 2513), яким пропонується змінити як чинні статті КК України (зокрема, ст. 255), так і передбачити відповідальність за нові склади злочинів (встановлення, посилення та поширення у суспільстві злочинного впливу – ст. 255¹, організація, сприяння у проведенні або участь у злочинному зібранні (сходці) – ст. 255², звернення до особи, яка здійснює злочинний вплив, – ст. 255³) вочевидь стосується спорадичних випадків і містить низку істотних недоліків. Окремі з них зумовлені невизначеністю контенту, який пропонується до включення у КК України. Наприклад, поняття “злочинний вплив” та “особа, яка перебуває у статусі суб'єкта підвищеного злочинного впливу”, що є ключовими для цього законопроекту, сформульовані з використанням оцінної лексики. Наприклад, відповідні поняття визначаються через такі поняття, як “авторитет”, “інші особисті якості чи можливості”³⁴, що не сприятиме у майбутньому належному застосуванню відповідних норм на практиці.

До невизначеного контенту у КК України можна відносити оцінні поняття, відкриті переліки, дискреційні повноваження органів держави у кримінально-правових відносинах, латентність тексту КК України, юридичні фікції, юридичні презумпції. Ці елементи невизначеності до-

³⁴ Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини, вчинені злочинною спільнотою: проект Закону України від 2 грудня 2019 р. (реєстраційний № 2513) до другого читання <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67506> (дата звернення: 30.01.2020).

сліджувалися у наших попередніх працях³⁵, тому їм увага у цій статті не приділятиметься.

Висновки. Таким чином, невизначеність у тексті КК України може проявлятися двоюко. По-перше, йдеться про своєрідний дефект правового регулювання, який підлягає усуненню. По-друге, прояв невизначеності може бути й позитивним, коли відносна невизначеність кримінально-правового припису використовується законодавцем цілеспрямовано як своєрідний прийом нормотворчої техніки, що дає змогу кримінально-правовій нормі бути гнучкою та знизити рівень невизначеності кримінально-правового регулювання. Основне завдання – це відшукати оптимальний баланс між формалізацією КК України, що забезпечує його стабільність, і гнучкістю кримінально-правового припису, що зумовлює динамічний розвиток цього Кодексу.

На нашу думку, невизначений контент потребує “реабілітації”. У випадку вмілого використання невизначених формулювань може бути подоланий зайвий формалізм і консервативність кримінального закону України, враховуючи індивідуальні особливості кримінального провадження. Наявність невизначеного контенту дає змогу забезпечити, з одного боку, стислість, компактність тексту КК України, а з другого – повноту регламентації кримінально-правових відносин. Тому й стратегічним напрямом у сучасних умовах є не вилучення невизначеного із тексту КК України, а відшукування шляхів оптимального співвідношення формалізованого та оцінного у ньому.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Hart, H. L. A. *The Concept of Law* (Oxford University Press 1997) (in English).
2. Schauer F, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (Harvard University Press 2009) (in English).
3. Aleksey R, *Poniatye y deistvytelnost prava (otvet yurydycheskomu pozytyvyzmu) [The Concept and Validity of Law (A Response to Legal Positivism)]* (Ynfotropyk Medya 2011) (in Russian).
4. Hriazyn Y, *Tekst prava (Opyt metodolohycheskoho analiza konkuryruuiushchykh teoryi) [Law Text (An Experience of Methodological Analysis of Competing Theories)]* (Eesty raamat 1983) (in Russian).
5. Hubaeva T, *Slovesnost v yurysprudentsyy [Words in Jurisprudence]* (Kazanskyi hosudarstvennyi unyversytet 1995) (in Russian).

³⁵ З Загинеї, *Кримінально-правова герменевтика* (АртЕк 2015) 380; З Загинеї, ‘Герменевтика кримінального закону України’ (дис д-ра юрид наук, 2016) 636.

6. Yvanchyn A, *Zakonodatelnaia tekhnika y ee rol v rossiiskom uholovnom pravotvorchestve* [Legislative Technique and Its Role in Russian Criminal Law-Making] (Yurlytyinform 2011) (in Russian).
7. Zahynei Z, *Kryminalno-pravova hermenevtyka* [Criminal Law Hermeneutics] (ArtEk 2015) (in Ukrainian).

Translated books

8. David R i Zhoffre-Spinozi K, *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti* [Main Legal Systems of Our Time] (Tumanov V per s fr, Mezhdunarodnye otnosheniya 2009) (in Russian).

Journal articles

9. Cass R. Sunstein, 'Problems with Rules' (1995) 83 California Law Review 1026 (in English).
10. Christie G, 'Vagueness and Legal Language' (1964) 48 Minnesota Law Review 885–911 (in English).
11. Kaplow L, 'Rules Versus Standards' (1992) 42 An Economic Analysis, Duke Law Journal 557–629 (in English).
12. Schlag P, 'Rules and Standards' [1985] 33(2) Ucla Law Review 379–430 (in English).
13. Sultanov A, 'Pravovaia opredelennost – chast dolzhnoi pravovoi protsedury yly kak v zakon ob ekstremizme pravovuiu opredelennost vvodyly' ['Legal Certainty – Part of Due Process or How Legal Certainty Was Introduced Into the Law on Extremism'] (2015) 1 Advokat 5–17 (in Russian).
14. Zahynei Z ta Kvasha O, 'Shchodo imunitetu vid kryminalnogo peresliduvannia za nezakonne zbahachennia okremykh vysokoposadovtsiv' ['Regarding Immunity from Criminal Prosecution for Illegal Enrichment of Certain Top Officials'] (2018) 11 Biuletyn Ministerstva yustytzii Ukrainy 34–40 (in Ukrainian).

Dissertations

15. Zahynei Z, 'Hermenevtyka kryminalnogo zakonu Ukrainy' ['Hermeneutics of Criminal Law of Ukraine'] (dys d-ra yuryd nauk, 2016) (in Ukrainian).

Websites

16. 'Verkhovnyi Sud postavyy pid zahrozu deklaruvannia' ['Supreme Court Jeopardizes Declaration'] (*Tsentr protydyi koruptsii – storinka u facebook*) <<https://www.facebook.com/antac.ua/photos/a.218043741627757/2656898681075572/?type=3&theater>> (accessed: 10.02.2020) (in Ukrainian).
17. 'Kontent' ['Content'] (*Slovyk ukrainskoi movy online*) <<http://services.ulif.org.ua/expl/Entry/index?wordid=193469&page=1381>> (accessed: 03.02.2020) (in Ukrainian).

Zoia Zahynei-Zabolotenko

UNCERTAINTY VS CERTAINTY OF CRIMINAL LEGISLATION
OF UKRAINE

ABSTRACT. Certainty vs uncertainty of criminal law is a topical issue of our time. One of the tasks targeted at updating criminal legislation of Ukraine is to ascertain the optimal level of certain and uncertain content in the text of the Criminal Code of Ukraine (CC of Ukraine).

This article aims at establishing the correlation of uncertain and certain formulations in the text of CC of Ukraine and at justifying which of them should be used in it. To achieve this goal, the following tasks are set: 1) to describe major difficulties of defining the correlation between the certain and the uncertain in the text of statutory acts in scientific approaches, including foreign legal doctrine, as well as in the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR); 2) to single out objective and subjective reasons leading to uncertain wording which is present in the text of CC of Ukraine, and to give specific examples of uncertain content in the current CC of Ukraine; 3) to investigate possible presence of uncertain content in the text of CC of Ukraine.

The basic scientific results are as follows: current viewpoints in the foreign legal doctrine about the correlation of the certain and the uncertain in legislation are mostly focused on a reasonable balance between the above content; some ECtHR judgments contain a reference to the proportionality of the certain and the uncertain in any law; when defining the correlation of the uncertain and the certain in the text of CC of Ukraine, it would be advisable to concentrate on optimization of uncertainty rather than on eliminating it; legal uncertainty of criminal law provisions is underlain by objective as well as subjective reasons; the author has singled out the degree of certainty as a qualitative characteristic of criminal law provisions; evaluative concepts, open lists, discretionary powers of public authorities in criminal law relations, latency of the text of CC of Ukraine, legal fictions, and legal presumptions are regarded as uncertain content; the author also shows that even formalized provisions of CC of Ukraine may generate uncertainty, for example, casuistic lists.

KEYWORDS: uncertainty; uncertain content; certainty; the Criminal Code of Ukraine; interpretation; application of legal provisions.