

УПРОВАДЖЕННЯ КАТЕГОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ: ОКРЕМІ КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ

У статті розглядаються основні концептуальні проблеми запровадження у вітчизняне законодавство категорії кримінального проступку в контексті зв'язків між різними галузями права: міжнародного, конституційного, адміністративного, матеріального та процесуального кримінального права.

Ключові слова: кримінальне правопорушення, злочин, кримінальний проступок, класифікація кримінальних правопорушень.

Категорія «кримінальний проступок» останнім часом розглядається в багатьох публікаціях, що дедалі частіше з'являються на сторінках періодичних видань, збірників тез доповідей на конференціях та в Інтернеті [див., наприклад: 1–3]. Однак у більшості з цих публікацій не приділяється належна увага окремим проблемам, що, як видається, є основними в контексті запровадження у законодавство зазначеного поняття. Процес легалізації аналізованої категорії відбувається «задом наперед» – у межах процесуального, а не матеріального права. Можна припустити, що Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) писався із запасом, ніби на виріст. Його автори, очевидно, вважали, що категорія «кримінальний проступок» у матеріальному праві з'явиться неминуче, а тому вирішили наперед визначити відповідні процесуальні правила. Щоправда, створенням процесуальних норм вони не обмежилися, попутно закріпивши в КПК приписи, що мають матеріально-правовий характер (див., наприклад, п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК). Обраний можновладцями підхід до запровадження категорії «кримінальний проступок» у вітчизняне законодавство видається відверто волюнтаристським і таким, що ігнорує низку важливих обставин.

1. Навряд чи може бути піддано сумніву чи якимось застереженням аксіоматичне положення про те, що кримінальний закон має ґрунтуватися на Конституції України. У літературі вже неодноразово зазначалося, що в Основному Законі нашої держави не згадується поняття «кримінальне правопорушення», натомість вживається поняття «злочин». Відтак майбутній закон України про кримінальні проступки не узгоджуватиметься з низкою конституційних норм. Опоненти могли би зауважити, що у згаданому законі можна розширити зміст приписів,

закріплених у Конституції України, як це зроблено у тексті чинного КПК. Наприклад, презумпція невинуватості за Основним Законом поширюється лише на злочини, тоді як відповідна за змістом ст. 17 КПК розрахована на кримінальні правопорушення, тобто і на злочини, і на проступки. Однак таке «розширення», ймовірно, допустиме лише у частині визначення обсягу прав і свобод людини і громадянина, оскільки їх перелік, закріплений у Конституції України, не є вичерпним.

Водночас звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод людини і громадянина при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів прямо заборонено ч. 3 ст. 22 Конституції України. Відтак обмеження цих прав, що згідно зі статтями 29, 30, 31, 34, 39 Конституції України можливе у зв'язку зі скоєнням злочину, а також усунення Президента України з поста в порядку імпичменту, є неприпустимим у разі вчинення особою кримінального проступку.

Особливої уваги потребує конституційне положення про те, що тільки законами України визначаються діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них (п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України). Якщо наведений перелік правопорушень не буде доповнено кримінальними проступками, можна припустити, що одного гарного дня відповідальність за їхнє вчинення буде передбачена, наприклад, указом Президента України чи іншим підзаконним нормативно-правовим актом.

Вирішення зазначених вище питань неможливе без внесення змін до Конституції України.

2. Встановлення процесуальних правил провадження у справах про кримінальні проступки відбулося до визначення сутності цих проступків та кола діянь, які визнаватимуться правопорушенням

даного виду, що вочевидь суперечить логіці (про правила законодавчої техніки можна не згадувати – вітчизняні нормотворці вже давно засвідчили зневажливе ставлення до них). Це сталося не випадково, а цілком свідомо, заплановано. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27 серпня 2008 р. № 1153-р «Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України» як першочергове завдання передбачено розроблення та подання в установленому порядку проекту КПК. Лише протягом шести місяців після прийняття КПК планувалося розробити проекти Кодексу України про кримінальні проступки, закону про внесення змін до Кримінального кодексу України (далі – КК) щодо розмежування правопорушень залежно від ступеня їхньої суспільної небезпеки, обмеження сфери застосування покарань, пов'язаних із позбавленням волі, а також Кодексу України про адміністративні проступки.

Нині КПК містить низку положень, що обмежують повноваження слідчого, слідчого судді, суду в кримінальному провадженні щодо кримінального проступку. Так, за змістом статей 176 та 299 КПК до особи, яка підозрюється чи обвинувачується у вчиненні кримінального проступку, можуть бути застосовані запобіжні заходи лише у вигляді особистого зобов'язання та особистої поруки. Чому до цього кола не увійшла, наприклад, застава?

Відповідно до ст. 208 КПК особу, підозрювану у вчиненні кримінального проступку, не можна затримати. Як тоді, наприклад, встановлювати особистість підозрюваного, складати протокол (натепер у Кодексі України про адміністративні правопорушення передбачено можливість застосування адміністративного затримання на строк до трьох годин, а в окремих випадках – до трьох діб)?

Згідно зі ст. 300 КПК для досудового розслідування кримінальних проступків не дозволяється виконувати негласні слідчі (розшукові) дії. Чому заборонено застосовувати контрольовану поставку чи закупку (наприклад, закупку предметів порнографічного характеру, збут яких передбачено ст. 301 КК, або закупку незаконно вироблених дисків для лазерних систем зчитування, відповідальність за незаконну реалізацію яких встановлено у ст. 201 КК)?

Раціонально відповісти на ці запитання можна було би лише за умови визначення тих діянь, які є кримінальними проступками. Тепер коло таких правопорушень буде, напевно, формуватися з оглядкою на положення КПК. Практика підготовки законопроектів, яка простежується остан-

нім часом, дає підстави вважати, що, коли розроблятиметься проект закону України про кримінальні проступки, навряд чи буде запропоновано вносити істотні зміни до чинного КПК, який можновладці видають за виняткове досягнення у галузі реформування кримінальної юстиції.

3. Упровадження категорії кримінального проступку в чинне законодавство здійснюється за відсутності ґрунтовної доктринальної основи. Концепція реформування кримінальної юстиції України (далі – Концепція) [4] не може служити дороговказом, оскільки у ній не визначено чіткі критерії, за якими має формуватися коло кримінальних проступків. Автори Концепції пропонують віднести до цієї категорії (1) окремі діяння, що за чинним Кримінальним кодексом України належать до злочинів невеликої тяжкості, які відповідно до політики гуманізації кримінального законодавства будуть визнані законодавцем такими, що не мають значного ступеня суспільної небезпеки¹; (2) передбачені чинним Кодексом України про адміністративні правопорушення діяння, які мають судову юрисдикцію і не є управлінськими (адміністративними) за своєю суттю (дрібне хуліганство, дрібне викрадення чужого майна тощо).

Посягання першого виду повинні володіти двома ознаками: 1) нині належати до злочинів невеликої тяжкості; 2) не мати значного ступеня суспільної небезпеки. Схожі підходи до розмежування злочинів та кримінальних проступків пропонують й окремі науковці, які, передусім, спираються на ознаку суспільної небезпеки, типову міру покарання, передбачену за вчинення того чи іншого злочину, ступінь тяжкості злочину [див., наприклад: 5, с. 44–45; 6, с. 6; 7, с. 199].

Наведені критерії пов'язані один з одним – останні є похідними від першого – суспільної небезпеки. Адже встановлений вид та розмір покарання є відбиттям суспільної небезпеки відповідного злочину, результатом законодавчої оцінки характеру та ступеня такої небезпеки, а відтак формалізованою підставою класифікації злочинів за ступенем тяжкості. Так має бути в ідеалі. Тож лише в ідеалі можна використовувати критерії міри покарання і тяжкості злочину для визначення тих суспільно небезпечних діянь, що можуть бути визнані

¹ Наведене положення Концепції сформульовано таким чином, що ним неможливо користуватися в процесі підготовки законопроекту, спрямованого на втілення її в життя. Адже ознакою аналізованої групи злочинів названо майбутню, ще невідому волю законодавця. По суті, зазначене положення Концепції можна читати так: кримінальними проступками мають стати ті злочини невеликої тяжкості, які ними стануть.

кримінальними проступками. На жаль, вітчизняні кримінально-правові санкції далекі від ідеалу – вони надзвичайно **розбалансовані**, що проявляється, насамперед, у встановленні абсолютно різних покарань за посягання однакової (наближеної) небезпечності, різному впливі однакових кваліфікуючих ознак на зміну міри типового покарання, а також існуванні великої кількості не виправдано широких санкцій [докладніше див.: 8; 9]. Таким чином, типову міру покарання, а відтак і ступінь тяжкості злочину, наразі не можна вважати адекватними мірилами суспільної безпеки злочинів та використовувати як критерії визначення тих кримінально караних посягань, які доцільно визнати кримінальними проступками.

Помилка у законодавчій оцінці суспільної безпеки злочинів може виявлятися у встановленні неадекватної типової міри покарання – менш суворої або більш суворої, ніж необхідно у певному випадку, а також у необґрунтованому визначенні критеріїв класифікації злочинів за ступенем тяжкості². Виходячи з викладеного, коло злочинів, які доцільно трансформувати у кримінальні проступки, можна буде обґрунтовано визначати лише після ревізії чинного кримінального законодавства, принаймні в частині нормативної оцінки суспільної безпеки кожного посягання, що має ґрунтуватися на системі критеріїв, чіткість яких, не виключено, має наближатися до математичної. Необхідно щонайменше (1) уніфікувати і типологізувати однойменні ознаки всіх складів злочинів, (2) визначити їхню ієрархію залежно від впливу на характер та ступінь суспільної безпеки злочину, (3) сформулювати критерії класифікації кримінальних правопорушень (проступків та злочинів) за ступенем тяжкості, (4) спроектувати класифікаційну модель на «роботу» норм та інститутів кримінального права і лише після цього можна буде (5) визначити, які саме діяння, що нині є злочинами, слід віднести до категорії кримінальних проступків. Викладене, як видається, свідчить, що визначення кола злочинів, які можуть бути передбачені як кримінальні проступки, неможливе за відсутності концепції нового кримінального законодавства, що, на думку А. А. Музики, має бути складовою концепції правової політики держави [10, с. 278].

Друга група посягань, що за Концепцією повинні стати кримінальними проступками,

характеризується такими ознаками: 1) відповідальність за їх вчинення наразі передбачено у Кодексі України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП); 2) вони мають перебувати у судовій юрисдикції; 3) вони не повинні бути управлінськими. Якщо з першою ознакою все ніби зрозуміло, то зміст двох останніх характеристик є щонайменше неоднозначним³.

Судова юрисдикція тією чи іншою мірою може поширюватися на будь-яке адміністративне правопорушення. По-перше, у ст. 221 КУпАП передбачено низку правопорушень, справи про які розглядаються лише судами. Оскарження відповідних рішень судів першої інстанції відбувається в порядку, передбаченому КУпАП. По-друге, справи про переважну більшість адміністративних правопорушень підвідомчі іншим органам (не судам). Постанови у цих справах можуть оскаржуватися до суду в порядку, передбаченому Кодексом адміністративного судочинства України. Виходячи з цього, важко достеменно встановити, що саме мали на увазі творці Концепції, коли вживали термін «судова юрисдикція», доводиться лише припускати, що йдеться про ті правопорушення, що відповідно до ст. 221 КУпАП підвідомчі лише судам. Якщо уявити, що таке припущення є правильним, то мимоволі напрошується нове запитання, відповідь на яке не видається очевидно: чим обумовлене обмеження кола адміністративних правопорушень, що мають бути визнані за кримінальні проступки, посяганнями, які підвідомчі судам?

«Управлінський» характер адміністративних правопорушень також є категорією доволі розмитою, її важко використати як чіткий критерій визначення тих адміністративних правопорушень, що мають бути визнані кримінальними проступками, адже, на думку фахівців з адміністративного права, «управлінський зміст певною мірою притаманний всім штрафним видам відповідальності і в цьому контексті вони є пов'язаними між собою» [11, с. 68].

На нашу думку, визначити коло адміністративних правопорушень, що слід перетворити на кримінальні проступки, необхідно виходячи з норм Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) та практики їхнього застосування – *використання такого підходу, що у загальних рисах окреслено нижче, досі не пропонувалося у сучасних публікаціях з кримінально-правової тематики.*

² Прикладом такої необґрунтованості, на нашу думку, є ст. 203² КК (зайняття гральним бізнесом). Не виключено що за вчинення цього злочину доцільно передбачити штраф у великому розмірі, однак зараховувати це посягання до категорії особливо тяжких злочинів видається безпідставним.

³ Мабуть, не випадково автори Концепції спробували роз'яснити зміст цих ознак, навівши кілька прикладів: «дрібне хуліганство, дрібне викрадення чужого майна тощо».

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) вже досить давно застосовує терміни «кримінальне обвинувачення» та «обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення», що вживаються у ст. 6 Конвенції, в автономному значенні [див., наприклад: 12, 13]. ЄСПЛ неодноразово підтверджував свою позицію про те, що на національному рівні певні правопорушення можуть вважатися адміністративними або дисциплінарними проступками, однак, виходячи з цілей Конвенції, окремі з таких проступків слід визнавати «кримінальними правопорушеннями» в автономному, конвенційному значенні цього поняття.

Критерії, за якими встановлюється кримінальний характер правопорушення, сформульовано у рішенні у справі Енгеля та інших проти Нідерландів [14]: 1) передусім потрібно встановити, до якого виду правопорушень віднесено певне діяння за національним правом; 2) визначити характер правопорушення; 3) визначити характер покарання (стягнення), яке може бути застосоване до правопорушника.

З позицій ЄСПЛ, перший критерій має лише відносне значення, оскільки невизнання певного правопорушення кримінальним на рівні національного законодавства не означає, що воно не є кримінальним у розумінні Конвенції. У такому разі суд віддає перевагу наступним критеріям.

У контексті визначення адміністративних правопорушень, які доцільно визнати кримінальними проступками, найістотніше значення має другий критерій – характер правопорушення. Адміністративний делікт, як правило, характеризується подвійною протиправністю, ним порушується регулятивна та охоронна норми (остання, власне, й передбачає відпові-

дальність за порушення норми регулятивної). Кримінальний характер правопорушення має місце тоді, коли регулятивна норма не належить до спеціальних – таких, що поширюються на осіб окремих категорій (державні службовці, військові тощо). Якщо дія такої норми розрахована не на якусь обмежену групу осіб зі спеціальним статусом, це, з позицій ЄСПЛ, свідчить про кримінальний характер правопорушення [15; 16]. За цим критерієм, наприклад, ЄСПЛ визнав, що передбачені у законодавстві ФРН адміністративні правопорушення (зокрема, у сфері дорожнього руху) є за своїм характером кримінальними в розумінні Конвенції [15].

Третій критерій – це кримінальна природа стягнення (покарання), що виявляється у каральному та (або) превентивному характері санкцій. З урахуванням цього критерію ЄСПЛ констатував, наприклад, кримінальний характер штрафу у розмірі 60 німецьких марок, передбаченого за порушення правил дорожнього руху [15].

Таким чином, є підстави вважати, що кримінальний характер (у конвенційному значенні терміна «кримінальне правопорушення») притаманний передбаченим у вітчизняному законодавстві адміністративним деліктам, які полягають у порушенні регулятивних норм права, що не можуть бути визнані спеціальними (такими, що регламентують поведінку окремих категорій осіб). Виходячи саме з цього, подібні адміністративні правопорушення доцільно визнати кримінальними проступками у процесі вітчизняної кодифікації кримінального та адміністративного законодавства. Такий підхід відповідатиме положенням Конвенції та практиці ЄСПЛ, які є джерелом права, що має пріоритет над національним законодавством.

Список літератури

1. Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2012. – 632 с.
2. Проблеми впровадження інституту кримінального проступку (на основі проекту Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» № 10136 від 03.03.2012): матеріали Всеукр. інтернет-конф. (15–20 червня 2012 р. [Електронний ресурс] // Всеукраїнська громадська організація «Асоціація кримінального права»; Ін-т вивчення проблем злочинності НАПрН України. – Режим доступу: <http://ivpz.org/golovna-konferents>. – Назва з екрана.
3. Кримінальні проступки: теоретичне підґрунтя та шляхи вдосконалення законодавства України: матеріали Всеукр. наук.-практ. інтернет-конференції (18–28 березня 2013 р.) [Електронний ресурс] / ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка. – Режим доступу: <http://lduvs.forum24.ru/?0-13>. – Назва з екрана.
4. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів»: Указ Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 27. – 18 квітня. – ст. 838. – с. 20.
5. Фріс П. Л. Злочин і кримінальна провина: проблеми нормативного закріплення / П. Л. Фріс // Право України. – 2011. – № 9. – С. 42–49.
6. Фріс П. Л. Карна провина: як удосконалити чинне законодавство? / П. Л. Фріс // Юридичний вісник України. – 2012. – № 17 (878). – С. 6–7.
7. Мирошніченко Н. А. Уголовные правонарушения и их виды / Н. А. Мирошніченко // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2012. – С. 197–200.
8. Азаров Д. С. Асистемність кваліфікуючих ознак та викривлена диференціація кримінальної відповідальності /

- Д. С. Азаров // Кримінальний кодекс України 2001 р. : проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності : Міжнародний симпозиум 11–12 вересня 2009 р. – Львів : ЛьвДУВС, 2009. – С. 14–18.
9. Азаров Д. С. Кваліфікуючі ознаки складів злочинів: вибрані риторичні запитання / Д. С. Азаров, А. В. Калуп // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20–21 травня 2011 р. / редкол.: Г. С. Болдарь, А. О. Данилевський, О. О. Дудоров та ін. ; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка – Луганськ : РВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2011. – С. 6–11.
 10. Музыка А. А. Уголовный кодекс Украины и «Кодификации» Реми Кабрियाка: юбилейные размышления / А. А. Музыка // Кримінальний кодекс України : 10 років очікувань : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозиуму, 23–24 вересня 2011 р. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 270–278.
 11. Лук'янець Д. М. Розвиток інституту адміністративної відповідальності: концептуальні засади та проблеми правореалізації : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.07 / Д. М. Лук'янець. – К., 2007. – 406 с.
 12. Neumeister judgment of 27 June 1968 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57544>. – Назва з екрана.
 13. Adolf judgment of 26 March 1982 [Електронний ресурс] // Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57417>. – Назва з екрана.
 14. Engel and Others judgment of 8 June 1976 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479>. – Назва з екрана.
 15. Öztürk judgment of 21 February 1984 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57553>. – Назва з екрана.
 16. Jussila judgment of 23 November 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78135>. – Назва з екрана.

D. Azarov

IMPLEMENTING THE CATEGORY OF CRIMINAL MISCONDUCT: SOME CONCEPTUAL ISSUES

The article discusses the basic conceptual issues of implementing into national legislation the category of criminal misconduct in the context of mutual relations between international, constitutional, administrative, substantive and procedural criminal law.

Keywords: criminal offense, crime, criminal misconduct, classification of criminal offenses.

Матеріал надійшов 09.04.2013

УДК 341.485:341.49

Антонович М. М.

ОБОВ'ЯЗОК ПОКАРАННЯ ЗА ЗЛОЧИН ГЕНОЦИДУ: СУДОВА ПРАКТИКА ДЕРЖАВ

У статті проаналізовано судову практику держав щодо притягнення до відповідальності за злочин геноциду відповідно до Конвенції ООН про запобігання злочину геноциду і покарання за нього. Зроблено висновки про застосування національними судами або безпосередньо самої Конвенції про геноцид, або ж національного законодавства, яке містило визначення злочину геноциду відповідно до Конвенції чи розширене визначення геноциду.

Ключові слова: Конвенція ООН про запобігання злочину геноциду і покарання за нього, судова практика держав, визначення злочину геноциду.

Конвенція ООН про запобігання злочину геноциду і покарання за нього 1948 р. (надалі – Конвенція про геноцид) безпосередньо передбачає обов'язок держав попередити злочин геноциду або покарати за нього. Відповідно до ст. I Конвенції про геноцид «Договірні сторони