

КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА І КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО



Микола ХАВРОНЮК,
професор кафедри кримінального та
кримінального процесуального права
Національного університету
“Кієво-Могилянська академія”,
доктор юридичних наук, професор

В останні п'ять років суди України щороку виносили вироки стосовно 95-150 тис. осіб, а 70-80 тис. осіб отримували статус потерпілих у кримінальних провадженнях. Отже, протягом лише п'яти останніх років понад 1 млн. осіб безпосередньо потрапили у сферу дії закону про кримінальну відповідальність як підсудні чи потерпілі. Не погодившись з результатами вирішення кримінально-правових конфліктів судами першої інстанції, щороку понад 50 тис. осіб подавали апеляційні скарги на вироки судів першої інстанції, а тисячі осіб – касаційні скарги¹. Ще сотні скористались правом на звернення до Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) та іншими способами правового захисту.

Відповідно до Закону “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” від 2 червня 2016р. з'явився ще один такий спосіб – конституційна скарга. Поки що конституційних скарг саме з питань конституційності закону про кримінальну відповідальність не багато. На диво, адже Кримінальний кодекс України (КК) перенасичений положеннями, сумнівними під кутом зору конституційності. Часто кримінально-правові конфлікти виникають штучно – саме через вади закону про кримінальну відповідальність. Але наслідки винесення обвинувального чи виправдувального вироку суду для конкретної людини, забезпечення її прав і свобод надзвичайно важливі. З цього випливає необхідність дослідження питань, пов'язаних з можливістю використання інституту конституційної скарги як для захисту інтересів конкретної особи, яка є стороною кримінального провадження, так і для удосконалення КК.

Перша конституційна скарга надійшла до Конституційного Суду 10 жовтня 2016р.², а станом на 14 листопада 2017р. їх було 410. З цих скарг 12, судячи з їх назви, можуть стосуватися закону про кримінальну відповідальність, але в назві лише однієї з них прямо йдеться про неконституційність певних положень КК, а ще однієї – Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП).

Що ж до інших 10 скарг, очевидно, існують передбачені ст.62 Закону “Про Конституційний Суд України” (далі – Закон) підстави для відмови у відкритті конституційного провадження. Річ у тім, що згідно з ч.1 ст.55 Закону, конституційна скарга – це клопотання щодо перевірки на відповідність Конституції (конституційність) закону України чи його окремих положень, а вже із самих назв зазначених скарг випливає, що вони не є конституційними скаргами, оскільки в них міститься клопотання щодо “перегляду кримінальної справи засудженої заявниці (засудженого заявника)”, “скасування вироку”, “визнання висновків суду, прокуратури, слідчого по застосуванню законодавства у кримінальному провадженні такими, що порушують права особи та суперечать Конституції України”, або щодо конституційності “постанови Верховної Ради України” та “Ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України” (які, як загальновідомо, не є ні законом, ні окремим положенням закону).

Зареєстрована конституційна скарга Гирі І.Л. №18/3010 (17) від 14 серпня 2017р. – щодо відповідності Конституції України положення пункту “б” статті 254-2 Кримінального кодексу України 1960р., що застосоване в ухвалі Військового суду Центрального регіону України від 29 серпня 2000р. у

¹ У 2016р. на розгляді суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ перебувало майже 15,7 тис. касаційних скарг, справ, заяв, клопотань і матеріалів кримінального провадження, з яких по суті розглянуто 12,8 тис. справ і матеріалів кримінального провадження. Див.: У ВССУ проаналізовано результати роботи судів цивільної і кримінальної юрисдикцій у 2016р. та окреслено завдання на 2017р. – Офіційний сайт Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, 3 лютого 2017р., http://sc.gov.ua/ua/novini_zh_i_pivrichchja_2017roku/u_vssu_proanalizovano_rezultati_roboti_sudiv_civilnoji_i_kriminalnoji_jurisdikcij_u_2016_roci_ta_okr.html.

² Див.: Конституційні скарги, що надійшли до Конституційного Суду України, за станом на 14 листопада 2017р. – Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України, <http://www.ccu.gov.ua/novyna/konstytuciyni-skargy-shcho-nadiyshly-do-konstytuciynogo-sudu-ukrayiny-za-stanom-na-14-2>.



кримінальній справі по обвинуваченню заявника та гр. Коробки Ю.П., – ймовірно має бути визнана неприйнятною з двох причин: (1) у ній йдеться про давні рішення судів, а згідно з п.3 Прикінцевих положень Закону, “конституційну скаргу може бути подано, якщо остаточне судове рішення у справі особи набрало законної сили не раніше 30 вересня 2016р.”; (2) Конституційний Суд не схоче змінити свою юридичну позицію, яку він сформулював в Ухвалі від 30 червня 2004р. №55-у/2004 про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням громадянина Гирі І.Л. про офіційне тлумачення положення пункту “б” статті 254-2 Кримінального кодексу України 1960р.

Більш цікавою може бути конституційна скарга Свечкарьова О.В. №18/4833 (17) від 9 листопада 2017р. щодо відповідності Конституції України положень ч.1 ст. 33, ч.10 ст.294, частин 1, 2 ст.268, ст.130 КУпАП. У ній, судячи з номерів статей цього Кодексу, йдеться про судові рішення, якими особу засуджено за керування транспортним засобом у стані сп’яніння. На жаль, без оприлюднення самої конституційної скарги її аналіз здійснити неможливо.

Таким чином, наразі конкретних конституційних скарг, у яких би вказувалося на неконституційність положень закону про кримінальну відповідальність, ще немає. Проте, можна стверджувати, що підстави для їх внесення існують, а їх розгляд Конституційним Судом може бути пов’язаний із низкою питань, що потребують, насамперед, теоретичного осмислення й наступної апробації. Йдеться про такі питання.

1. Що саме означають слова “закон України” в контексті поняття “конституційна скарга”, яке міститься у ст.151-1 Конституції та в ч.1 ст.55 та інших положеннях Закону, і що саме є “законом України про кримінальну відповідальність (його окремими положеннями)”, застосованим в остаточному судовому рішенні у справі?

Слова “закон України” в Законі вжито в усіх випадках, де згадується про конституційну скаргу. Відповідно до Конституції України, законом є нормативно-правовий акт, який приймає Верховна Рада з визначених у Конституції питань, та підписує, беручи до виконання, і офіційно оприлюднює Президент України. Це ніби не повинно залишити сумнівів у тому, що не можуть бути визнані предметом розгляду інші акти, крім тих, що відповідають зазначеним ознакам. Але сумніви є.

По-перше, у ч.3 ст.57 Конституції визначено: “Закони та інші нормативноправові акти, що визначають права і обов’язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними”³.

Як відомо, порядок оприлюднення законів наразі регламентується Указом Президента “Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності” №503 від 10 червня 1997р.

Оскільки цей Указ, як і інші укази, не є законом, то і всі закони, що визначають права і обов’язки громадян, доведені до відома населення у порядку, встановленому цим Указом, *а не законом*, є нечинними. Іншими словами, на сьогодні в Україні не існує чинних законів, за винятком тих, положення яких не визначають права і обов’язки громадян.

Щоб виправити це становище, необхідно прийняти закон про порядок доведення нормативно-правових актів, що визначають права і обов’язки громадян, до відома населення, на підставі якого опублікувати всі відповідні закони – лише після цього вони можуть вважатися чинними.

По-друге, незважаючи на те, що в Законі йдеться не просто про “закон”, а про “закон України”, законами України слід вважати також і міжнародні договори, ратифіковані Верховною Радою. Такий висновок випливає з ч.1 ст.9 Закону “Про міжнародні договори України”, згідно з якою текст міжнародного договору України визнається *невід’ємною частиною закону* про ратифікацію. Це має значення в контексті кримінального права, оскільки ст.7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ) передбачає: “Нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом *або міжнародним правом*”. Тут треба згадати, що, наприклад, за ст.438 КК караються “інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою”, за ст.439 – “застосування зброї масового знищення, забороненої міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою”, а за ст.440 – “розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення, забороненої міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою”. Це означає, що національні суди можуть безпосередньо застосувати положення відповідних ратифікованих Україною міжнародних договорів як положення закону України про кримінальну відповідальність.

По-третє, не можна вважати законом України практику ЄСПЛ, незважаючи на положення ст.17 Закону “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”, згідно з яким суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію та практику Суду як *джерело права*. Адже поняття “закон України” і “джерело права”, очевидно, не є тотожними, закон України не є єдиним джерелом права і поняття “закон України” не охоплює собою поняття “практика Суду”. ЄСПЛ у своїй практиці враховує національне законодавство, в т.ч. закони України, а в ході законопроектної діяльності та під час застосування законів України враховується практика ЄСПЛ⁴. Наприклад, у ч.5 ст.9 Кримінального

³ Тут і далі курсив автора.

⁴ Див.: Шевчук С. Узгодженість практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України. – Вісник Конституційного Суду України, №4-5, 2011.



процесуального кодексу України (КПК) вказано: “Кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини”. Отже, можна говорити лише про взаємний вплив цих двох джерел права.

По-четверте, так само не можна вважати законами України ані декрети Кабінету Міністрів, які були видані в період з 18 листопада 1992р. до 21 травня 1993р. на підставі Закону “Про тимчасове делегування Кабінету Міністрів України повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання” від 18 листопада 1992р., ані укази Президента, які видавалися протягом трьох років після набуття чинності Конституцією на підставі її п.4 розділу XV “Перехідні положення”. Хоча деякі з цих актів досі є чинними, але ніколи ні декрети, ні вказані укази не приймалися в порядку, властивому для законів, і не визнавалися законами України. Вони є *підзаконними* актами.

По-п’яте, у частинах 1 і 2 ст.3 КК вказано, що “законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України...; закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності цим Кодексом, включаються до нього після набрання ними чинності”. З цього, на перший погляд, випливає, ніби слова “законодавство України про кримінальну відповідальність”, “закони України про кримінальну відповідальність” та “Кримінальний кодекс України” означають одне і те саме: адже не існує ані відповідного законодавства, ані відповідних законів, які б функціонували поза межами Кримінального кодексу України.

Проте, тут слід згадати Рішення Конституційного Суду у справі про тлумачення терміну “законодавство” №12 від 9 липня 1998р., де зазначено: “Термін “законодавство”... вживається в різних значеннях: в одних маються на увазі лише закони; в інших, передусім кодифікованих, в поняття “законодавство” включаються як закони та інші акти Верховної Ради України, так і акти Президента України, Кабінету Міністрів України, а в деяких випадках – також і нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади” (п.3 мотивувальної частини). У п.1 резолютивної частини Конституційний Суд дещо уточнив цю позицію, згадавши також чинні міжнародні

договори України, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою, і не згадавши розпорядження Президента і Кабінету Міністрів та нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади.

Оскільки, крім назви і ч.1 ст.3 КК, термін “законодавство України про кримінальну відповідальність” більше у КК не застосовується, водночас термін “закон (закони) про кримінальну відповідальність” застосовується багаторазово, то можна припустити, що перший з цих термінів вжито помилково і насправді законодавець не мав на увазі підзаконні акти як складову КК.

Далі, у ст.3 КК не враховано існування законів (їх окремих положень), прийнятих у розвиток положень КК, але з тих чи інших причин не включаються до нього після набуття ними чинності. Йдеться про три групи таких законів:

- 1) закони, які визначають порядок реалізації кримінальної відповідальності в тих чи інших формах або звільнення від неї. Це закони “Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні”, “Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі”, “Про застосування амністії в Україні”, відповідні закони про амністію, що приймалися неодноразово в різні роки, низка положень КПК, Кримінально-виконавчого кодексу України, КУпАП, Кодексу законів про працю України, а також інші закони чи їх окремі положення (зокрема ті, в яких йдеться про обов’язок звільнити з роботи засуджених осіб та заборону їх працевлаштування на певних посадах);
- 2) прикінцеві та перехідні положення законів, якими вносились зміни до КК. Так, нічим іншим не можуть бути “Прикінцеві та Перехідні положення” Закону від 5 квітня 2001р., згідно з якими набув чинності КК 2001р., або “Прикінцеві положення” Закону від 15 квітня 2008р., якими визначені особливості застосування положень КК в контексті гуманізації кримінальної відповідальності;
- 3) окремі положення інших законів, у разі зміни чи скасування положень яких може фактично відбутися криміналізація або декриміналізація того чи іншого діяння або посилення чи пом’якшення кримінальної відповідальності. Так, з прийняттям у 2001р. нового КК було декриміналізоване таке діяння, як контрабанда валютних цінностей. Але у 2002р. в Митному кодексі України валютні цінності були визначені як вид товарів, у зв’язку з чим їх контрабанда була фактично знову криміналізована – аж до того часу, доки у 2011р. зі ст.201 КК не була вилучена згадка про товари як предмет контрабанди. Інший приклад: той факт, чи є посягання на власність злочином, визначається не КК, а Податковим кодексом України (п.5 підрозділу 1 розділу XX). Саме шляхом змін до податкового законодавства неодноразово відбувалася штучна криміналізація і декриміналізація поширених видів посягань на власність (зокрема, крадіжки і шахрайства).



Усі три групи зазначених законів (їх окремих положень) можуть бути перевірені на відповідність конституційності, якщо вони були застосовані в остаточному судовому рішенні у кримінальній справі.

По-шосте. Хоча закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набуття чинності КК, включаються до нього після набуття ними чинності (ч.2 ст.3 КК), законодавець іноді діє у супереччя ним же встановленому правилу: закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набуття чинності КК, хоча і включаються до нього після набуття ними чинності, але не діють. Наприклад, закон від 14 жовтня 2014 р., яким КК України доповнено статтею 366-1, набув чинності 26 жовтня 2014р., але в дію його введено лише 26 квітня 2015р. Подібні колізії слід вирішувати на користь особи, яка притягується до відповідальності, і не поширювати чинність статті на діяння, вчинені в період до введення її в дію, виходячи з положення ч.2 ст.58 Конституції, згідно з яким “ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення”.

По-сьоме, окремими положеннями закону України про кримінальну відповідальність слід вважати його окремі структурні елементи (норми): розділи, статті, частини статей, примітки до статей, пункти, абзаци, речення, словосполучення, слова і цифри. Кожен з цих елементів може бути визнаний неконституційним.

2. Чи може бути визнано “законом України про кримінальну відповідальність” КК 1960р. і чи можуть бути його положення перевірені на відповідність Конституції України на підставі конституційної скарги?

Втрата з 1 вересня 2001р. чинності КК 1960р. є відносною. Положення попереднього КК, демонструючи феномен ультраактивної дії кримінального закону, можуть застосовуватися самостійно в порядку зворотної дії закону про кримінальну відповідальність, а також застосовуватись у поєднанні з приписами чинного КК, наприклад, під час встановлення специфічного кримінальноправового змісту окремих форм множинності злочину⁵.

Таким чином, положення КК 1960р. можуть перевірятися на відповідність Конституції України на підставі конституційної скарги, навіть незважаючи на те, що згідно з п.3 Розділу III “Прикінцеві положення” Закону, “конституційну скаргу може бути подано, якщо остаточне судові рішення у справі особи набрало законної сили не раніше 30 вересня 2016р.”. Слід також враховувати положення ч.2 ст.77 Закону, згідно з яким, як виняток, конституційна скарга може бути прийнята і тоді, коли з дня набуття законної сили остаточним судовим рішенням, у якому застосовано закон України (його окремі положення), сплинуло більше трьох місяців, – якщо Суд визнає її розгляд необхідним з мотивів суспільного інтересу, а також положення ч.3 ст.63 Закону, згідно з яким Суд може відмовити у

припиненні розгляду такої скарги навіть у разі подання суб’єктом права на конституційну скаргу заяви про її відкликання, якщо Сенат чи Велика палата вважає, що порушені в конституційній скарзі питання мають особливе суспільне значення для захисту прав людини.

Ця система винятків практично надає Конституційному Суду широкі дискреції для того, щоб права людини були захищені з максимальною гарантією.

3. Про які саме “права людини” йдеться в п.6 ч.2 ст.55 Закону в контексті обов’язкового зазначення, яке з гарантованих Конституцією України прав людини, на думку суб’єкта права на конституційну скаргу, зазнало порушення внаслідок застосування закону? Чи мають бути ці права винятково конституційними і чи йдеться лише про перелік прав, визначених в її Розділі II “Права, свободи та обов’язки людини і громадянина”?

Згідно зі ст.151-1 Конституції, Конституційний Суд вирішує питання про відповідність Конституції закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції. Отже, в цій статті йдеться не про суперечність закону правам людини, а про його суперечність Конституції України. Так само і в Законі йдеться про “гарантовані Конституцією України права людини” (п.6 ч.2 ст.55). Тому немає сумнівів у тому, що під зазначеними правами слід розуміти винятково конституційні права і не можна розуміти права людини, гарантовані, наприклад, ЄКПЛ або Цивільним кодексом України, – звідси, крім тих прав людини, які водночас гарантуються Конституцією України.

Що стосується другої частини питання, то очевидно, що права людини визначаються не лише в Розділі II Конституції, а і в інших її розділах. Такої ж думки і Конституційний Суд⁶. Зокрема, йдеться про розділи I, III, IV, VIII.

У ст.8 проголошено, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права, а також міститься гарантія звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції, у ст.19 – що правовий порядок в Україні є таким, що ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Ст.14 гарантує право власності на землю, а ст.17 – що Збройні Сили та інші військові формування ніким не будуть використані для обмеження прав і свобод громадян. Ст.13 закріплює право кожного громадянина користуватися природними об’єктами права власності народу відповідно до закону.

Ст.70 та деякі інші статті гарантують громадянам право голосу на виборах і референдумах і що вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права з гарантіями вільного волевиявлення виборців.

⁵ Докладно див.: Дудоров О., Хавронюк М. Кримінальне право (навч. посібн.). – Ваїте, 2014, с.22.

⁶ Див., зокрема, п.1 резолютивної частини Рішення у справі про рівність сторін судового процесу №9 від 12 квітня 2012р.



У ст.92 встановлено, що права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод, а також права корінних народів і національних меншин визначаються винятково законами України.

Ст.129 передбачає основні засади судочинства, які можна розглядати як права, тобто певні гарантовані можливості: рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; забезпечення доведеності вини; змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості; забезпечення обвинуваченому права на захист; забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення. Тут же визначено, що суддя, здійснюючи правосуддя, керується верховенством права, а у ст.147 – що діяльність Конституційного Суду ґрунтується на принципі верховенства права.

Таким чином, під “правами людини” в п.6 ч.2 ст.55 Закону слід розуміти *всі* без винятку конституційні права. Це важливо, адже, наприклад, підставою конституційної скарги за Конституцією Королівства Іспанія або за Основним Законом Німеччини є захист лише обмеженого кола конституційних прав і свобод⁷.

4. Які саме положення закону України про кримінальну відповідальність є сумнівними під кутом зору їх відповідності Конституції України?

Таких положень чимало.

По-перше, це всі положення КК, які передбачають кримінальну відповідальність за діяння, за які іншими законами України, насамперед КУпАП, передбачено адміністративну відповідальність.

Проблема в тому, що КУпАП в українській правовій системі насправді є не кодексом про адміністративні проступки, а кримінально-адміністративним кодексом, тобто, в розумінні ст.61 Конституції, законом, що передбачає *відповідальність одного виду* з тією, що передбачена КК. Така його природа визначається принаймні трьома факторами, а саме тим, що:

- 1) в Особливій частині КУпАП, поряд з адміністративними проступками (тобто проступками проти встановленого порядку управління в різних сферах, які полягають у порушенні уповноваженими

особами певних правил, порядків тощо), передбачена відповідальність за діяння кримінального характеру, тобто, пов’язаними з насильством одних осіб проти інших, розкраданням і знищенням власності, порушенням громадського порядку тощо (насильство в родині, дрібне викрадення чужого майна, дрібне хуліганство, заняття проституцією, доведення неповнолітнього до стану сп’яніння, незаконне виробництво наркотичних засобів або психотропних речовин, посів або вирощування снотворного маку чи конопель та багато інших);

- 2) за передбачені КУпАП проступки можуть бути застосовані санкції кримінально-правового характеру (зокрема, арешт, виправні роботи, громадські роботи), при цьому КУпАП не передбачає можливості звільнення від відповідальності чи покарання та заміни покарання більш м’яким;
- 3) під час розслідування проступків, що мають назву адміністративні, застосовуються примусові заходи, характерні для *кримінального* провадження (затримання особи, особистий огляд та огляд речей, вилучення речей і документів тощо). КУпАП передбачає суто інквізиційний процес без якихнебудь елементів змагального, і ці заходи здійснюються без будь-якого судового контролю, без належного гарантованого права на захист, водночас, за їх допомогою можуть бути отримані докази, важливі для певного кримінального провадження. На те, що адміністративний арешт заявника був безпосередньо пов’язаний з його затриманням як підозрюваного у кримінальній справі та триманням його під вартою, звернено увагу, зокрема, в Рішенні ЄСПЛ у справі “Доронін проти України” від 19 лютого 2009р. КУпАП уповноважує складати протоколи про правопорушення й ухвалювати юридично значимі рішення, що обмежують права людини (адміністративне затримання – до трьох діб, стягнення у виді позбавлення спеціального права тощо), посадовим особам, більшість з яких не мають юридичної освіти.

При цьому, згідно з ч.2 ст.9 КУпАП, адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо вони за своїм характером не тягнуть за собою, відповідно до закону, кримінальної відповідальності. Аналогічне положення міститься в ч.2 ст.458 Митного кодексу України. Проте, існують непоодинокі випадки, коли і КК, і КУпАП чи Митний кодекс або інший закон передбачають відповідальність буквально за одні і ті самі діяння, які неможливо відмежувати одне від одного за будь-якими кількісними чи якісними показниками. Отже, якщо виходити з припису ст.62 Конституції, згідно з яким “усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь”, у таких випадках особу слід притягувати, навпаки, до відповідальності, яка є найбільш м’якою для особи.

⁷ Гультай М. Конституційна скарга у механізмі доступу до конституційного правосуддя (монографія). – Право, с.62, 88.



Так, передбачають відповідальність за однакові діяння:

- ст.172 КК (грубе порушення законодавства про працю) і ст.41 КУпАП (порушення вимог законодавства про працю);
- ст.220-2 КК (фальсифікація фінансових документів з метою приховування ознак банкрутства чи стійкої фінансової неспроможності) і ст.166-16 КУпАП (фальсифікація документів, які відображають фінансову діяльність, у період провадження у справі про банкрутство);
- ст.204 КК (збут незаконно виготовлених алкогольних напоїв) і ст.177-2 КУпАП (реалізація фальсифікованих алкогольних напоїв);
- ст.245 КК (знищення або пошкодження лісових масивів вогнем) і ст.77 КУпАП (знищення або пошкодження лісу внаслідок необережного поводження з вогнем, порушення вимог пожежної безпеки в лісах, що призвело до виникнення лісової пожежі або поширення її на значній площі);
- ст.252 КК (умисне знищення або пошкодження шляхом підпалу об'єктів природно-заповідного фонду) і ст.77-1 КУпАП (випалювання рослинності в межах об'єктів природно-заповідного фонду);
- ст.269 КК (незаконне перевезення на повітряному судні вибухових або легкозаймистих речовин) і ст.133 КУпАП (порушення правил перевезення небезпечних речовин або предметів на повітряному транспорті);
- ст.277 КК (дії, спрямовані на приведення шляхів сполучення, споруд на них, рухомого складу у непридатний для експлуатації стан, якщо це могло спричинити аварію поїзда) і ст.109 КУпАП (підкладання на залізничні колії предметів, які можуть спричинити порушення руху поїздів);
- ст.283 КК (самовільне без нагальної потреби зупинення поїзда) і ст.109 КУпАП (самовільне без потреби зупинення поїзда);
- ст.304 КК (втягнення неповнолітніх у пияцтво) і ст.180 КУпАП (доведення неповнолітнього до стану сп'яніння);
- ст.307 КК (передача наркотичних засобів чи психотропних речовин у місце позбавлення волі) і ст.188 КУпАП (прихована від огляду передача особам, яких тримають в установах виконання покарань, засобів, що викликають одурманювання);
- ст.333 КК і ст.212-4 КУпАП (порушення порядку здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю);
- ст.334 КК і ст.113 КУпАП (порушення правил міжнародних польотів);
- ст.351-1 КК (невиконання службовою особою законних вимог Рахункової палати, члена Рахункової палати, створення штучних перешкод у їх роботі, надання їм завідомо неправдивої інформації) і ст.188-19 (невиконання законних вимог Рахункової палати, члена Рахункової палати, створення перешкод у їх роботі під час здійснення ними своїх повноважень, надання неправдивої або неповної інформації);
- ст.395 КК і ст.187 КУпАП (порушення правил адміністративного нагляду).

Цей перелік не є вичерпним.

У п.22 ч.1 ст.92 Конституції зазначено, що діяння, які є злочинами або адміністративними правопорушеннями, та відповідальність за них визначаються винятково законами України. Це означає, зокрема, що конкретні склади злочинів та адміністративних проступків повинні змістовно відрізнятися між собою, не можуть збігатися і мають бути визначені в різних законах. У випадках, коли одне і те саме діяння згідно з КК є злочином, а згідно з КУпАП – адміністративним проступком, виходить, що КК називає злочином діяння, яке не є таким. Це порушує конституційний припис, згідно з яким “кожному гарантується право знати свої права і обов'язки” (ст.57 Конституції).

Проблема стосується не лише фізичних осіб, але й юридичних осіб приватного права: з одного боку, вони також можуть бути суб'єктами подання конституційної скарги, з іншого – до них можуть застосовуватися заходи кримінальноправового характеру (ст.ст.96-3 - 96-11 КК). Одночасно з притягненням до кримінальної відповідальності на фізичних осіб - підприємців та уповноважених представників юридичних осіб за аналогічні діяння можуть накладатися адміністративні санкції відповідно до законів: “Про захист економічної конкуренції” (ст.ст.50, 52) і “Про захист від недобросовісної конкуренції” (ст.21), “Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції” (ст.44), “Про охорону праці” (ст.43) та ін. Наприклад, ст.203-2 КК передбачає відповідальність за зайняття гральним бізнесом (максимальне покарання – штраф до 50 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), а ст.3 Закону “Про заборону грального бізнесу в Україні” – за організацію чи проведення азартної гри (максимальне стягнення – штраф у розмірі 8 000 мінімальних зарплат).

По-друге, відповідно до ч.1 ст.57 Конституції, кожному гарантується право знати свої права і обов'язки. Це означає, що не можна інкримінувати особі порушення нею положення КК, яке сформульоване всупереч положенню ч.3 ст.3 самого ж КК: “Злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом”. У цьому контексті слід згадати, що існує кілька десятків статей Особливої частини КК, у бланкетних диспозиціях яких йдеться про порушення правил, порядку, законодавства тощо, тобто про порушення вимог, що містяться, серед іншого, і в підзаконних нормативно-правових актах. Саме у КК мають бути описані всі конкретні діяння, за які встановлюється кримінальна відповідальність. Наприклад, якщо відповідальність встановлено за порушення правил протипожежної безпеки, то безпосередньо у КК має бути вказано, за які саме, і де ці правила містяться (тут важливо уточнити: якщо Правила дорожнього руху є загальновідомим актом, то “чинні на транспорті правила, що забезпечують рух”, про які згадано у ст.291 КК, не є таким).

Крім того, згідно з ч.2 ст.74 КК, “особа, засуджена за діяння, караність якого законом усунена, підлягає негайному звільненню від призначеного судом покарання”. Отже, непоодинокими є та можуть бути випадки, коли особа відбуває покарання за діяння, яке полягало в порушенні правил, які скасовано, – без зміни норм відповідної статті КК, за якою цю особу засуджено (наприклад, певна речовина, за виготовлення якої особу засуджено, більше не визнається наркотичною).

Положення ч.2 ст.68 Конституції, згідно з яким *незнання законів* не звільняє від юридичної відповідальності, в сукупності з положенням ч.1 ст.19 Конституції, згідно з яким нікого не можна примусити робити те, що не передбачено законодавством, можна тлумачити так, що незнання особою іншого, крім закону, нормативно-правового акта, взагалі не може бути підставою для застосування до неї юридичної відповідальності. Ті або інші правила особа повинна знати лише тому, що це впливає з її службових, професійних, батьківських чи інших обов'язків, які їй були роз'яснені відповідно до законодавства. Тому сумнівним може бути притягнення звичайної особи до кримінальної відповідальності, наприклад, за порушення правил охорони вод, яке було викликане незнанням особою положень певних підзаконних актів. У всіх випадках, коли діяння полягає в порушенні правил, вимог законодавства або спеціальних обов'язків особи, у відповідних диспозиціях статей КК має міститися характеристика спеціального суб'єкта злочину.

Неможливість особи знати свої обов'язки також може бути пов'язана і з тим, що КК перенасичений оціночними поняттями, які характеризують, як правило, діяння і наслідки злочину. Іноді із статті КК незрозуміло, заподіяння якої саме шкоди тягне за собою кримінальну відповідальність (коли йдеться про такі її визначення, як *“значна шкода інтересам громадянина, державним або суспільним інтересам чи інтересам власника”*, *“шкода інтересам України”*, *“істотна шкода здоров'ю”* або *“шкода зонам лікування і відпочинку”*). При цьому, в різних статтях КК один і той самий наслідок може бути тяжким або особливо тяжким, або належить до істотної чи значної шкоди. Наприклад, у ч.1 ст.137 КК йдеться про *“істотну шкоду здоров'ю потерпілого”*, в ч.2 ст.137 КК як про обтяжуючу ознаку – про *“смерть неповнолітнього або інші тяжкі наслідки”*, а в ч.4 ст.323 КК – про *“істотну шкоду здоров'ю потерпілого або інші тяжкі наслідки”*, з чого випливає, ніби істотна шкода здоров'ю і смерть неповнолітнього – це наслідки одного порядку. У ст.242 КК наслідками однакового характеру та тяжкості визнаються *“загибель людей”* і *“масова загибель об'єктів тваринного і рослинного світу”*. У деяких статтях КК згадується про такі тяжкі наслідки, як *“нещасні випадки з людьми”*, *“масове захворювання людей”*, *“аварія”*, *“пожежа”*, *“значне забруднення довкілля”* тощо, а в інших тяжкими наслідками визнається заподіяння матеріальної шкоди в розмірі меншому, ніж вартість найдешевшого автомобіля. У більшості статей КК поняття *“тяжкі наслідки”* не визначається зовсім, і лише в кількох статтях воно визначається для випадків, коли ці наслідки полягають у заподіянні матеріальних збитків.

Такий підхід свідчить про відсутність будь-якої градації соціальних цінностей, взятих під охорону КК, та ігнорування у КК положення ст.3 Конституції: *“Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю”*.

По-третє, такими, що є дискримінаційними та суперечать статтям 8, 21, 24, 129 Конституції (*“В Україні визнається і діє принцип верховенства права”*; *“Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах”*; *“Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом”*; *“Основними*

засадами судочинства є... рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом”), слід вважати всі ті численні положення КК, згідно з якими за одне і те саме діяння окремі категорії осіб несуть відмінну від інших осіб відповідальність. Наприклад, крадіжка чужого (військового) майна військовослужбовцем карається – без обтяжуючих обставин – позбавленням волі на строк від 3 до 8 років, а такий самий злочин, вчинений цивільною особою – штрафом або виправними роботами, або позбавленням волі на строк до 3 років; службова недбалість, яка заподіяла матеріальні збитки, вчинена цивільною службовою особою, є кримінально караною, якщо шкода у 100 і більше разів перевищила неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а такий самий злочин, вчинений військовою службовою особою, – якщо шкода у 250 і більше разів перевищила вказаний мінімум. Відповідно до статей 133 і 134 Кодексу законів про працю, працівники за зіпсуття через недбалість виданих їм підприємством у користування інструментів, приладів, спеціального одягу та інших предметів несуть лише матеріальну відповідальність у розмірі заподіяної шкоди, але не більше свого середнього місячного заробітку, а військовослужбовці за такі самі діяння – сувору кримінальну відповідальність.

Те саме стосується деяких корупційних злочинів, коли відповідальність за аналогічне діяння (наприклад, одержання неправомірної вигоди чи зловживання службовим становищем) є різною, залежно від того, працює службова особа на підприємстві, у статутному фонді якого державна частка становить 51% або 49%.

У деяких випадках закон встановлює за однакові діяння для одних осіб дисциплінарну чи адміністративну відповідальність, а для інших – кримінальну. Прикладом цього є ст.390 КК, згідно з якою злісне ухилення від робіт, систематичне порушення громадського порядку чи встановлених правил проживання, вчинені особою, яка відбуває покарання у виді обмеження волі, карається позбавленням волі на строк до 3 років. Так само карається особа, яка вчинила злісну непокору законним вимогам адміністрації установи покарань (ст.391 КК), при цьому судові вироки підтверджують, що сотні осіб в Україні засуджені до позбавлення волі просто за кількаразову відмову прибрати постіль чи вимити посуд.

Так само дискримінаційними – але стосовно потерпілих від злочинів та їх родин – є положення КК, згідно з якими по-різному карається вбивство певних категорій осіб чи їх близьких родичів у зв'язку з виконанням цими особами службового або громадського обов'язку. Наприклад, судячи з санкцій відповідних статей, життя судді, присяжного чи адвоката є менш цінним, ніж життя державного діяча, керівника політичної партії чи військового начальника. Те саме стосується трьох статей КК, які передбачають різну відповідальність за захоплення різних категорій заручників, багатьох статей про різну відповідальність за втручання у діяльність або насильство щодо різних категорій службових осіб тощо.

По-четверте, відповідно до ст.12 КК критерієм класифікації злочинів є ступінь їх тяжкості, а роль формального класифікатора за таким критерієм виконують санкції статей Особливої частини КК. Відтак,



порівнюючи між собою склади злочинів, за вчинення яких КК передбачає повністю однакові, *ідентичні санкції*, мусимо дійти висновку, що цілком однаковим є ступінь тяжкості таких злочинів, як умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, та незаконне придбання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, що заподіяло істотну шкоду державним інтересам, або згвалтування неповнолітньої і незаконне заволодіння автомобілем вартістю понад \$8 000. З такого порівняння видно, яке місце в ієрархії соціальних цінностей насправді посідають життя і здоров'я людини, її честь і гідність, недоторканність і безпека, які у ст.3 Конституції проголошені найвищою соціальною цінністю. Невже з цього погляду санкції відповідних статей КК можна вважати пропорційними?

По-н'яте, окремі положення Особливої частини КК встановлюють кримінальну відповідальність за діяння, які є дозволеніми Конституцією і навіть соціально корисними.

Наприклад, ст.279 КК передбачає відповідальність за блокування транспортних комунікацій шляхом влаштування перешкод чи іншим способом, яке порушило нормальну роботу транспорту, а ст.293 КК – за організацію групових дій, що призвели до грубого порушення громадського порядку або суттєвого порушення роботи транспорту, підприємства, установи чи організації, а також активну участь у таких діях. При цьому не враховано (наприклад, у примітках до цих статей, – за аналогією з ч.3 ст.204-1 КУпАП), що відповідно до ст.39 Конституції України чинність цих статей КК не може поширюватися на випадки, пов'язані зі здійсненням громадянами гарантованого Конституцією України права збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про які завчасно були сповіщені органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування і щодо яких судом відповідно до закону не було встановлено обмежень. Іншими словами, блокування дороги або суттєве порушення роботи транспорту може відбуватися лише через те, що число учасників масового зібрання перевищує можливості інфраструктури. Так само жодна особа не може нести кримінальну відповідальність за дії, пов'язані із захистом нею від смертельної небезпеки свого життя чи життя інших людей або свого житла, – це прямо випливає зі змісту статей 27 і 30 Конституції. Те саме стосується ситуацій, коли вчинене особою діяння є реакцією на порушення її конституційного права, яке не може бути обмежене, наприклад: опір представникові влади у відповідь на порушення останнім гідності людини чи незаконне порушення її права на свободу, або викрадення майна власника у відповідь на безпідставну не виплату ним заробітної плати, або знищення певного об'єкта власності, який порушував право людини на безпечне довкілля.

По-шосте, сумнівними під кутом зору їх конституційності є усі положення КК, які не відповідають принципам законності та юридичної визначеності, оскільки в такому випадку вони не відповідають і принципу верховенства права, який, згідно зі ст.8 Конституції, визнається і діє в Україні. Згідно з Доповіддю “Верховенство права”, схваленою

Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25-26 березня 2011р.), “доступність закону означає, що закон має бути зрозумілим, чітким і передбачуваним”, “юридична визначеність вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишалися передбачуваними”, а “парламентові не може бути дозволено зневажати основоположні права [людини] внаслідок ухвалення нечітких законів”; хоча “потреба у визначеності не означає, що органи, який ухвалює рішення, не повинні надаватися дискреційні повноваження (де це необхідно) за умови наявності процедур, що унеможливають зловживання ними. У цьому контексті закон, яким надаються дискреційні повноваження певному державному органу, повинен вказати чітко і зрозуміло на обсяг такої дискреції. Не відповідатиме верховенству права, якщо надана законом виконавчій владі дискреція матиме характер необмеженої влади. Отже, закон повинен вказати на обсяг будь-якої такої дискреції та на спосіб її здійснення із достатньою чіткістю, аби особа мала змогу відповідним чином захистити себе від свавільних дій [влади]”⁸.

Юридична невизначеність суперечить також положенню ст.57 Конституції, згідно з яким кожному гарантується право знати свої права і обов'язки, та положенню ст.62 Конституції, згідно з яким “обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях”, а “всі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь”.

Наприклад, про яку юридичну визначеність можна говорити у випадку відповідальності за т.зв. “хуліганство”, коли диспозицію ч.1 ст.296 КК сформульовано з використанням винятково оціночних ознак – “грубе порушення громадського порядку”, “мотив явної неповаги до суспільства”, “особлива зухвалість”, “винятковий цинізм”? Між тим, за цією статтею КК лише у 2016р. засуджено 1 065 осіб, стосовно дій яких суди “припустили”, що мали місце саме *грубе* порушення або *особлива зухвалість*.

Свідченням існування випадків помилкового тлумачення судами положень КК є, наприклад, Рішення Конституційного Суду №10 від 18 квітня 2012р. у справі щодо застосування кваліфікуючої ознаки “працівник правоохоронного органу” до працівника державної виконавчої служби. Згідно з цим Рішенням, у супереч традиційним уявленням юристів країни, положення ст.2 Закону “Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів”, у якому визначено поняття “працівник правоохоронного органу”, непридатне для застосування при тлумаченні відповідної статті КК.

5. Яка саме конституційна скарга є неприйнятною в розумінні п.4 ч.1 ст.62 Закону?

Згідно із п.4 ч.1 ст.62 Закону, однією з підстав для відмови у відкритті конституційного провадження у справі є неприйнятність конституційної скарги. У ч.4 ст.77 Закону встановлено, що Суд відмовляє у відкритті конституційного провадження, визнавши конституційну скаргу неприйнятною, якщо зміст і вимоги конституційної скарги є очевидно необґрунтованими або наявне зловживання правом на подання скарги.

⁸ “Верховенство права”, доповідь, схвалена Венеційською комісією на 86-му пленарному засіданні. – Венеційська комісія, 25-26 березня 2011р., [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-ukr).

Для з'ясування підстав неприйнятності слід відповісти на два питання: (1) які зміст і вимоги конституційної скарги є *очевидно* необґрунтованими і (2) що означає *зловживання правом* на подання скарги. Відповідь на перше з цих питань міститься в частинах 1-3 ст.77 Закону, де передбачено критерії *прийнятності* конституційної скарги. З них випливає, що скарга може бути непринятною:

- (а) за оформленням (якщо в ній не дотримано встановлених у ст.55 Закону вимог щодо змісту скарги, додатків до неї, порядку засвідчення копії остаточного судового рішення у справі суб'єкта);
- (б) за суб'єктом (якщо суб'єктом є особа, яка не була стороною провадження, або недієздатна особа, або юридична особа публічного права);
- (в) за критерієм невичерпаності національних засобів захисту (якщо немає ухваленого в порядку апеляційного оскарження судового рішення, або це рішення ще не набуло законної сили, або немає судового рішення, винесеного в порядку касаційного перегляду, коли його передбачено законом);
- (г) за давністю (якщо з дня набуття законної сили відповідним остаточним судовим рішенням сплинуло більше трьох місяців, – за винятками, передбаченими частинами 2 і 3 ст.77 Закону).

Що ж до зловживання правом на подання скарги, то це поняття є оціночним і означає, скоріше за все, що особі може бути відмовлено в розгляді конституційної скарги, якщо вона вдруге скаржитися з того самого предмету, хоча Суд вже приймав рішення по суті скарги або ухвалу про відмову у відкритті провадження чи про його закриття. Не може розглядатись як зловживання правом на подання скарги повторне подання після її повернення суб'єкту керівником Секретаріату Конституційного Суду, оскільки Закон прямо встановлює: "Повернення конституційної скарги не перешкоджає повторному зверненню до Суду з дотриманням вимог цього Закону" (ч.3 ст.57).

Існує певна колізія між положеннями частин 2 і 3 ст.57 Закону, згідно з якими попередню перевірку звернень до Суду здійснює Секретаріат і якщо конституційна скарга за *формою* не відповідає вимогам цього Закону, керівник Секретаріату повертає її суб'єкту права на конституційну скаргу, та положеннями частин 2-6 ст.37, ч.3 ст.61, ч.2 ст.63, ч.1 ст.67, частин 1 і 4 ст.77 Закону, згідно з якими питання про неприйнятність конституційної скарги за її *формою* (оформленням) віднесено до компетенції Суду, а не його Секретаріату. Зі ст.50 Закону випливає, що Секретаріат може повернути конституційну скаргу суб'єкту її подання лише в очевидних випадках помилки у формі (наприклад, коли суб'єкт подав конституційну скаргу, але помилково назвав її касаційною скаргою, конституційним поданням або конституційним зверненням, або коли вже в самій назві скарги вимагається скасування вироку тощо).

6. Якими є правові наслідки встановленої Конституційним Судом неконституційності положення закону України про кримінальну

відповідальність у контексті визнання її виключною обставиною (ч.3 ст.459 КПК)?

3 жовтня прийнято і 30 жовтня 2017р. направлено на підпис Президенту Закон "Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів" (реєстр. №6232 від 23 березня 2017р.). Станом на 19 листопада 2017р., цей Закон Президентом не підписано.

Зазначеним Законом внесені зміни до КПК, у т.ч. у частині правових наслідків встановленої Конституційним Судом неконституційності положення закону (статті 459-467 КПК).

Якщо цей Закон набуде чинності, то стане реальним наступний алгоритм.

Встановлена Конституційним Судом неконституційність положення закону України про кримінальну відповідальність, застосованого судом під час вирішення справи, визнається виключною обставиною. Така обставина є підставою для перегляду судових рішень будь-якої інстанції, які набули законної сили, але ще не виконані. Відповідна особа має право подати заяву за формою, визначеною у ст.462 КПК, про перегляд судового рішення протягом 30 днів з дня офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду. Заява подається до суду тієї інстанції, який першим допустив помилку внаслідок незнання факту неконституційності положення закону.

Надалі заява про перегляд судового рішення розглядається судом протягом двох місяців з дня її надходження згідно з правилами, передбаченими КПК для кримінального провадження в суді тієї інстанції, яка здійснює перегляд. При цьому, суд своєю ухвалою має право зупинити виконання судового рішення, яке переглядається, до закінчення перегляду, а також має право не досліджувати докази щодо обставин, встановлених у судовому рішенні, яке переглядається, якщо вони не оспарюються. Розглянувши справу з урахуванням рішення Конституційного Суду, суд має право скасувати вирок чи ухвалу та ухвалити новий вирок чи постановити ухвалу або залишити заяву про перегляд судового рішення без задоволення.

Судове рішення за наслідками кримінального провадження за виключними обставинами може бути знову оскаржене в порядку, передбаченому КПК для оскарження судових рішень суду відповідної інстанції. З набуттям законної сили новим судовим рішенням втрачають законну силу судові рішення інших судів у цьому кримінальному провадженні. Якщо стаття Особливої частини КК, за якою особу було засуджено, визнана неконституційною, то відповідні положення закону України про кримінальну відповідальність втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом рішення про їх неконституційність, – і в цьому випадку вирок та відповідні рішення інших судів, що цей вирок підтверджують, підлягають скасуванню.

Таким чином, інститут конституційної скарги, якщо його вміло використовувати, здатен позитивно вплинути як на стан захисту прав засуджених, так і на якість закону України про кримінальну відповідальність. ■